



Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

24QDL

Octubre de 2010



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



Cuadernos de Derecho Local

24

Octubre de 2010



d  Fundación
Democracia
y Gobierno 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

Rafael Jiménez Asensio
Domènec Sibina Tomàs

Coordinadora

Petra Mahillo García

Edición

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local
Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

General Castaños, 4, 2º dcha.
28004 Madrid

Producción

Edicions Saldonar

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

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

QDL24

sumario

- Domènec Sibina Tomàs
5 Presentación
- María Jesús García García
7 La iniciativa popular reglamentaria como forma de participación de los vecinos en la elaboración de disposiciones generales de carácter local
- M^a Mercedes Lafuente Benaches
35 La recaudación municipal por deudas tributarias sobre bienes inmuebles
- Daniel de Alfonso Laso
58 La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público
- José María Romero de Tejada
65 El delito del tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local
- Jacobo Quintans García
75 La contratación laboral en las administraciones públicas
- José Miguel Martín Rodríguez
101 La participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas: la hora de la verdad
- Encarnación Montoya Martín
144 Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local
- Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales**
- 164 Juan Carlos Velasco Parra
Publicidad de las actas del Pleno y de otros órganos colegiados en la web corporativa
- 183 Luis Arduña Lapetra y Jorge I. Pueyo Moy
Propuesta de Reglamento de Administración electrónica para las entidades locales de Huesca
- Crónica de jurisprudencia**
- Domènec Sibina Tomàs
199 A) Jurisdicción constitucional
200 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
203 C) Tribunal de Justicia de la Unión Europea
214 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
240 E) Jurisdicción civil



QDL24

presentación

El primer estudio que publicamos en este número de los QDL, lo firma María Jesús García García, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia; lleva por título: "La iniciativa popular reglamentaria como forma de participación de los vecinos en la elaboración de disposiciones generales de carácter local", y su objeto es analizar esta forma novedosa de participación reconocida en el artículo 70 bis de la LBRL. La autora, una vez enmarcada la iniciativa popular reglamentaria local desde la perspectiva constitucional de la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales, y desde la perspectiva legal, la distingue de los trámites legales de participación (de audiencia e información pública) y de la colaboración de los administrados en el ejercicio de funciones administrativas (así, por ejemplo, los planes de iniciativa particular). En este punto configura la iniciativa popular como el derecho subjetivo a que la proposición normativa presentada sea incluida en el orden del día de las sesiones plenarios, y a que el asunto sea debatido y votado por el Pleno, que no está vinculado a resolver en el sentido planteado por la iniciativa. A lo largo del trabajo analiza el procedimiento, los sujetos, su ámbito objetivo, y presta especial atención al supuesto de iniciativa popular a la que se acompaña la petición de que sea sometida a consulta popular.

El siguiente estudio, "La recaudación municipal por deudas tributarias sobre bienes inmuebles", lo ha realizado M^º Mercedes Lafuente Benaches, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia. La autora desarrolla de manera sintética el fundamento y el procedimiento de la recaudación municipal, y las consecuencias que conlleva sobre los mismos el principio de territorialidad, para centrarse, al final del estudio, en el régimen jurídico de la anotación preventiva del embargo de los bienes inmuebles que radican fuera del término municipal. En relación a este extremo, examina la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que valida la denegación por los registradores de la inscripción de la anotación de embargo, y el contrapunto que significa la sentencia de 28 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta), que establece que la anotación es un derecho del acreedor para proteger su crédito, que a él le corresponde actuar y que el límite territorial del término municipal no puede ser un obstáculo para ello.

Daniel de Alfonso Laso, magistrado, y José María Romero de Tejada, teniente fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, publican respectivamente: "La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público", y "El delito del tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local". Los autores sintetizan el régimen jurídico de estos ilícitos penales, la posición de los tribunales, y ponen de relieve los aspectos más relevantes, desde la perspectiva de las administraciones públicas, a las que estos delitos lesionan de manera enormemente gravosa en su recto y normal funcionamiento.

Jacobo Quintans García, magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, publica: "La contratación laboral en las administraciones públicas". En este trabajo examina los principios constitucionales y la normativa aplicable al sistema de selección de personal laboral y al desarrollo de los procesos selectivos y los contratos temporales laborales que pueden realizar las administraciones públicas.

José Miguel Martín Rodríguez, colaborador del Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pablo de Olavide, publica: "La participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas: la hora de la verdad". El autor nos recuerda que la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma (PICA), es una de las grandes asignaturas pendientes del desarrollo de nuestro texto constitucional. Inicia la exposición con el marco constitucional del artículo 142 CE, piedra angular del sistema de financiación de las entidades locales, y analiza



el papel que el constituyente pareció asignar a la PICA y el que ocupa a día de hoy, que pone de manifiesto lo urgente de su puesta en marcha efectiva. En el trabajo analiza exhaustivamente la Ley 6/2010 que configura un régimen de participación de los entes locales en los tributos de la Comunidad Autónoma andaluza. Se trata de una iniciativa pionera, pero que conlleva una dotación económica modesta, que al autor le plantea la preocupación de que el modelo planteado por el texto andaluz pudiera perpetuar una visión secundaria de la PICA.

El último trabajo de la sección de estudios, lo firma Encarnación Montoya Martín, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Se trata del artículo: "Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local", que tiene por objeto dar a conocer las principales novedades de la Ley de autonomía local de Andalucía y hacer un primer análisis más detenido del título II, dedicado a los servicios de interés general e iniciativa pública local. Es importante destacar, para poner de manifiesto la relevancia de la norma legal y el interés de su análisis por la autora, que la Ley que se ha aprobado bajo las nuevas claves de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, no se compadece con los postulados de la todavía vigente LBRL de 1985 y del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986. Y es claro, como señala la autora, que algunos de los preceptos de la Ley andaluza de autonomía local no resisten el contraste con la LBRL.

Domènec Sibina Tomàs
*Codirector del QDL y director de publicaciones
de la Fundación Democracia y Gobierno Local*



La iniciativa popular reglamentaria como forma de participación de los vecinos en la elaboración de disposiciones generales de carácter local

María Jesús García García

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

- 1. El reconocimiento constitucional de la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales**
 - 1.1. Consideraciones generales
 - 1.2. El principio de audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales
- 2. Nuevas formas de participación en la elaboración de los reglamentos: la iniciativa popular reglamentaria**
 - 2.1. La iniciativa popular reglamentaria: concepto y finalidad. Distinción de los trámites de audiencia e información pública
 - 2.2. Iniciativa popular reglamentaria e iniciativa legislativa
 - 2.3. La distinción entre la iniciativa popular reglamentaria y la colaboración de los administrados en el ejercicio de funciones administrativas: en especial, los planes de iniciativa particular
- 3. La regulación jurídica de la iniciativa popular reglamentaria**
- 4. La naturaleza jurídica de la iniciativa popular reglamentaria: su configuración como derecho subjetivo**
- 5. Procedimiento y efectos de la iniciativa popular reglamentaria**
- 6. La iniciativa popular como forma de control de la inactividad reglamentaria de la Administración**
- 7. Los sujetos de la iniciativa popular reglamentaria**
 - 7.1. El derecho a la iniciativa popular en materia reglamentaria
 - 7.2. El ejercicio del derecho a la iniciativa popular reglamentaria y las asociaciones ciudadanas
- 8. El ámbito objetivo de la iniciativa popular reglamentaria**
- 9. Un supuesto específico: la iniciativa popular reglamentaria con propuesta de consulta popular**

1. El reconocimiento constitucional de la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales

1.1. Consideraciones generales

La Constitución promueve la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a lo largo de su articulado. Así, el artículo 9.2 recoge el deber de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los

ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La participación ciudadana queda elevada a la categoría de principio constitucional.¹

Posteriormente este principio proyecta su influencia sobre los distintos ámbitos de actuación pública, tanto a nivel legislativo como administrativo y judicial, de forma que todos los ámbitos funcionales de lo público tienen reconocida en el texto constitucional una forma de participación ciudadana. En el ámbito legislativo, el artículo 87 de la Constitución remite a una ley orgánica

1. SÁNCHEZ MORÓN, M., "El principio de participación en la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979, p. 171 y ss. Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", en el *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, coord. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., 1989, p. 437 y ss. SÁNCHEZ BLANCO, A., "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho", *RAP*, núm. 111, 1986. Sobre este tema puede verse también SÁNCHEZ BLANCO, A., "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho", *RAP*, núm. 119, 1989.

la regulación de las formas de ejercicio y de los requisitos de la iniciativa legislativa popular, e igualmente en el ámbito judicial el artículo 125 reconoce la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través de la institución del Jurado.

Pero la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos se manifiesta especialmente, y se hace más patente, en el ámbito de actuación del Gobierno y Administración.² Así, por ejemplo, el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, en relación al cual el artículo 105 de la Constitución (EDL 1478/3879) garantiza la audiencia de los ciudadanos.³

Con todo, la referencia más importante resulta del artículo 23 de la Constitución, que eleva a la categoría de derecho fundamental la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes. La redacción de este precepto y la ambigüedad de la expresión “asuntos públicos” han dado lugar a distintas interpretaciones acerca del alcance omnicompreensivo de este artículo, y la posibilidad de que por esta vía quedara configurado un derecho constitucional a la participación de los ciudadanos en cualesquiera parcelas o ámbitos públicos,⁴ posición que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha

venido a reconducir a sus justos términos en la sentencia 119/1995 de 17 de julio (EDJ 1995/3837).

Según el Tribunal Constitucional, el artículo 23 garantiza un derecho de participación que puede ejercerse directamente o a través de representantes y que supone el ejercicio de poder político. Solo allí donde la llamada a la participación comporte el ejercicio directo o por medio de representantes del poder político, esto es, solo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder, estaremos en el marco del artículo 23.1 y podrá aducirse el derecho fundamental aludido.⁵

El Tribunal Constitucional reconoce, por tanto, en esta sentencia dos formas de democracia que encuentran su fundamento en el artículo 23 de la Constitución: la representativa y la directa. Esta última se manifiesta en aquellos casos en los que el llamamiento al titular de la soberanía se produce sin intermediación alguna de partidos o representantes. Según la citada sentencia, quedarían integradas dentro de esta forma de democracia directa la iniciativa legislativa popular del artículo 87.3 de la Constitución, las formas de organización basadas en el Concejo Abierto y las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. Por su parte, y siguiendo la jurisprudencia del

2. Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

3. Pero además de este precepto, la Constitución está salpicada de referencias a otras manifestaciones de la participación ciudadana en las funciones administrativas. El artículo 48 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. El artículo 27.5 y 7 alude a la participación en la programación de la enseñanza y en el control y gestión de los centros públicos. El artículo 129.1 remite a la ley el establecimiento de formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de determinados organismos públicos. Otros artículos, como el 51.2, se refieren a las organizaciones de consumidores y usuarios, y a la audiencia a las mismas en las cuestiones que puedan afectarles, remitiendo a las determinaciones legales posteriores. El artículo 52, referido a las organizaciones profesionales, implica también una cierta participación en los asuntos públicos, al encomendarles la defensa de los intereses económicos que les son propios. Por su parte, el artículo 31 se refiere a la planificación de la actividad económica, tomando en consideración el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas.

4. A favor de la inclusión en el ámbito del artículo 23 de la CE de la participación administrativa se han pronunciado autores como PÉREZ MORENO, “Crisis de la participación administrativa”, *RAP*, núm. 199, 1989, p. 107 y ss. Igualmente SANTAMARÍA PASTOR, *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, F., Civitas, 1985, p. 445, y SÁNCHEZ BLANCO, en el volumen colectivo *La Participación*, Anuari de la Facultat de Dret, Estudi General de Lleida, Barcelona, 1985, p. 253.

5. “Este entendimiento de la expresión «participar en los asuntos públicos», que hasta ahora hemos examinado desde la perspectiva del derecho de participación a través de representantes, es perfectamente trasladable (o más bien habría que afirmar que debe ser trasladado, puesto que nos movemos dentro del mismo precepto y no parece conveniente otorgar a una única expresión dos sentidos distintos) a la participación directa a la que igualmente se refiere el artículo 23.1 CE. Aunque han sido menos las ocasiones en que este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en ellas ha afirmado que «la participación directa que en los asuntos públicos ha de corresponder a los ciudadanos es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (artículos 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3)» (STC 63/1987, fundamento jurídico 5.º y ATC 399/1990, fundamento jurídico 2.º). Todos los preceptos enumerados se refieren a distintas modalidades de referéndum y, en última instancia, a lo que tradicionalmente se vienen considerando como formas de democracia directa, es decir, a aquellos supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un llamamiento directo al titular de la soberanía. Dentro de ellas habría que encuadrar también el denominado régimen de Concejo Abierto al que se refiere el artículo 140 CE y, asimismo, este Tribunal ha vinculado con el artículo 23.1 CE la iniciativa legislativa popular que establece el artículo 87.3 CE (STC 76/1994 y AATC 570/1989 y 140/1992)”

Tribunal Constitucional, la democracia representativa incluye dos derechos "que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político":⁶ el derecho electoral activo y pasivo, que aparecen como modalidades o vertientes del mismo principio de representación política.

Pero, además de la democracia directa y representativa, existe una tercera manifestación de esta, la democracia participativa,⁷ que no significa ni presupone el ejercicio de la soberanía popular como las dos anteriores, sino que otorga a los ciudadanos la posibilidad de proporcionar a los poderes públicos (Administración) elementos de juicio suficientes para garantizar no solo la legalidad, sino también el acierto y oportunidad de las decisiones administrativas, y revestirlas además de legitimidad democrática.⁸ Esta modalidad de participación democrática se manifiesta en el ámbito administrativo,⁹ y tiene su máximo exponente en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, procedimiento con relación al cual el artículo 105 de la Constitución¹⁰ garantiza la audiencia de los ciudadanos, y para cuya regulación remite a la ley.¹¹

El texto constitucional, sin embargo, no agota ni mucho menos las distintas formas de participación ciudadana en la actuación administrativa, pues la formulación del principio de participación en su artículo 9.2 ha dado pie a la configuración legislativa de formas

de participación que, aunque no están expresamente previstas en el texto constitucional, sí resultan directamente de sus directrices y principios.

Y sobre la base de este principio constitucional el legislador ha previsto otras formas de participación inscritas en el marco de la democracia participativa, aunque no concretamente expresadas en la Constitución. En estas coordenadas han de inscribirse nuevos cauces de participación tendentes a legitimar las decisiones de la Administración, o a dotarlas de ciertas garantías de acierto y oportunidad que complementan los cauces de participación expresamente previstos en la Constitución, al tiempo que buscan implicar a los administrados en la gestión pública.¹² Un buen ejemplo de estas afirmaciones lo encontramos en el ámbito de la Administración local, en cuanto cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos, donde se han instaurado formas de participación ciertamente novedosas, como puedan ser la iniciativa ciudadana para presentar proyectos de actuaciones, decisiones y normas, o la posibilidad de celebrar consultas populares.

Se trata en definitiva de complementar la democracia representativa con los mecanismos de la democracia participativa, y ello por varias razones. En primer lugar porque no puede negarse que existe un progresivo desinterés por parte de los ciudadanos en los asuntos públicos, así como un cierto descrédito de los poderes

6. STC 71/1989 de 20 de abril (DEJ 1989/4233).

7. Sobre el significado del término Estado social de Derecho y las exigencias de participación ciudadana que conlleva puede verse SÁNCHEZ MORÓN, M., "El principio de participación en la Constitución española", *REDA*, núm. 89, 1979, p. 176 y ss.

8. Así, por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN, M., refiriéndose a las administraciones locales, ha señalado que la participación ciudadana ha de ser un complemento de la democracia representativa, y no una alternativa a la misma (salvo en el caso del Concejo Abierto). "El sistema político local: formulas de gobierno y participación ciudadana", *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio de Administraciones Públicas, 1992, p. 317.

9. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La participación del administrado en las funciones administrativas", *Hacienda Pública Española*, núm. 4, 1979, p. 11-23.

10. Sobre esta cuestión puede verse CASTELLÀ ANDREU, J., "La participación ciudadana en la Administración pública. Estudio del artículo 105 a) de la Constitución", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, 1992, p. 39-83. Igualmente puede citarse EZQUERRA HUERVA, A., "En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos por las Comunidades Autónomas", *Autonomías*, núm. 18, 1994, p. 335 y ss.

11. Desde el punto de vista de estos planteamientos, es evidente que no todas las formas de participación recogidas en la Constitución están incluidas en el ámbito del artículo 23 de la Constitución, que no agota las manifestaciones de la participación ciudadana. Así, junto a la democracia representativa y la democracia directa, existiría una tercera manifestación, la democracia participativa, no incluida en el ámbito de protección del artículo 23 y diferida a la posterior configuración legislativa, que implica la colaboración de los ciudadanos con los poderes públicos, pero sin sustituir en ningún momento la capacidad de decisión de los órganos competentes, ámbito donde habría que situar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Lógicamente, la distinta fundamentación y acomodo constitucional de esa forma de participación ciudadana incide no sólo en la vinculación del legislador para su reconocimiento normativo, sino en unos mecanismos de protección y tutela jurídica diferenciados de los que protegen las formas de participación directa amparadas en el artículo 23 de la Constitución.

12. PEMÁN GAVÍN, J., "El nuevo impulso a las fórmulas de participación ciudadana en la Administración local", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 27, 2005, p. 19-60.

públicos, motivado quizá por la falta de acercamiento o sintonía entre la esfera pública y los verdaderos intereses e inquietudes de la ciudadanía. Cada vez más, los mecanismos de la democracia representativa se revelan insuficientes para justificar determinadas actuaciones de los poderes públicos, por lo que es necesario complementarlos y buscar la implicación de los ciudadanos en el Gobierno y en la adopción de decisiones públicas.

De ahí la necesidad de respetar no solo los mecanismos de la democracia participativa ya establecidos, sino también de ampliarlos, reconociendo incluso la iniciativa para presentar a los poderes públicos propuestas de actuaciones, decisiones e incluso proyectos normativos.

Precisamente es objeto de este trabajo analizar una de esas formas novedosas de participación, como es la iniciativa popular en la elaboración de normas de carácter reglamentario, por su alcance general y vocación de permanencia.

1.2. El principio de audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales

De las distintas formas de participación ciudadana previstas en la Constitución, el artículo 105 a) se ha ocupado de regular una forma de participación a través de la intervención en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, reconociendo la audiencia a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones

y asociaciones reconocidas por la ley. Esta garantía constitucional cumple una triple finalidad¹³ en función del trámite a través del cual se articule: por un lado permite proteger los derechos e intereses de los particulares que puedan verse afectados por la disposición administrativa de que se trate, en segundo lugar es garantía del acierto y eficacia de la concreta norma administrativa, y por último reviste de legitimidad democrática la norma sobre la que se proyecta.¹⁴

La jurisprudencia ha entendido que esta participación que propugna el artículo 105 de la Constitución se materializa, fundamentalmente, a través del trámite de audiencia, que queda elevado por ley a la categoría de derecho subjetivo, y que será preceptivo únicamente cuando existan asociaciones o agrupaciones reconocidas por la ley, representativas de intereses cuyos fines guarden directa relación con el objeto de la disposición, siempre que la adscripción o pertenencia a las mismas resulte obligatoria, o bien cuando la disposición afecte a sujetos individuales perfectamente determinados. El trámite de audiencia queda configurado como una forma de participación en defensa de los intereses particulares que resulten directamente afectados por la disposición que se dicte, y en este sentido su carácter preceptivo queda limitado a los supuestos indicados.¹⁵ La audiencia corporativa ha sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia, que ha entendido que únicamente es preceptiva cuando se trate de asociaciones o colegios profesionales en que la pertenencia a los mismos no sea de carácter voluntario, y representen intereses de carácter general o corporativos,¹⁶ siendo

13. Sobre los tres fines que cumple el artículo 105 de la Constitución, puede verse PARADA VÁZQUEZ y BACIGALUPO SAGGESE, "Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VIII, dirigidos por ALZAGA, O., Edersa, Madrid, 1998, p. 525-534.

14. Sobre la crisis de legitimación de la Administración pública y el significado de la participación ciudadana para el Derecho Administrativo, puede verse MUÑOZ MACHADO, S., "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración", *RAP*, núm. 84, 1977, p. 519-536.

15. Véase DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana y disposiciones generales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 32, 1994, p. 111-141.

16. Véase la STS de 10 de marzo de 2003 (EDJ 2003/6723) que señala: "Y, por lo que se refiere a la Asociación actora, entiendo la Sala que no era obligado solicitar su parecer en el proceso de elaboración de la disposición impugnada, pues, según el artículo 24.1 c) de la Ley del Gobierno, la audiencia sólo es preceptiva respecto de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley cuyos fines guarden relación directa con la disposición. Pues bien, para precisar esa condición, consideramos aplicable la jurisprudencia de esta Sala que, desde la Sentencia de 8 de mayo de 1992, no incluye, en principio, a las asociaciones voluntarias entre las que preceptivamente deben ser oídas bajo sanción de nulidad en caso de incumplimiento de ese trámite. Las razones que justifican esta interpretación las expresa la propia Sentencia citada del siguiente modo:

"«Por consiguiente, las asociaciones empresariales, en cuanto amparadas en el art. 22 de la Constitución, podrán ser oídas, si lo solicitan, en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general que afecten a los intereses que son propios de cada una (art. 7 CE), pero, dado su origen voluntario y su multiplicidad, y como viene señalando la jurisprudencia (S. 5-2-1990) y la propia contradictoria de 19-1-1991, no pueden pretender que la Administración conozca

facultativo el trámite cuando la pertenencia a dichas asociaciones tenga carácter voluntario.¹⁷

Es evidente que esta forma de participación proporciona a la Administración elementos de juicio para resolver, pero estos elementos de juicio se proporcionan desde el punto de vista de los intereses afectados, por lo que más que una forma de colaboración con la Administración, el trámite de audiencia a los ciudadanos se plantea como un cauce de defensa de los derechos e intereses afectados, y en este sentido dicho trámite se configura como garantía procedimental mínima de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, cuya ausencia, cuando resulte preceptiva, origina la nulidad de la disposición general.

Lo dicho anteriormente, no ha de entenderse en el sentido de que quede excluida toda intervención, en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, de asociaciones distintas de las que se ha dicho anteriormente. Así, por una parte, la propia Administración puede otorgar, con carácter facultativo, audiencia a otras entidades o asociaciones, aunque no sean de afiliación obligatoria. En tal caso, la audiencia es facultativa y no preceptiva, y por consiguiente estas entidades no ostentan un derecho subjetivo a la audiencia, y su omisión no determina la nulidad del reglamento, si bien ello no quiere decir que la audiencia en tales casos no sea aconsejable y pertinente como viene declarando la jurisprudencia.¹⁸

Por su parte, el trámite de información pública en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales se articula cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje o lo establezca así la ley. A través de este trámite cualquier ciudadano, tenga o no interés directo

o legítimo, puede efectuar alegaciones. La información pública va dirigida a la generalidad de los ciudadanos como garantía del acierto y oportunidad de la norma, ya que dicho trámite va referido a un interés general y colectivo que trasciende del propio de quienes pueden verse afectados directamente en sus derechos e intereses. Los llamados a participar son los ciudadanos sin necesidad de ningún requisito de afectación, titularidad o interés legítimo.

Pero, por otro lado, el trámite de información pública tiene una virtualidad añadida, que se hace patente sobre todo en aquellos casos en que no se dan los requisitos que imponen el preceptivo trámite de audiencia, por no haber podido ser determinados los sujetos afectados o no existir asociaciones representativas de intereses afectadas directamente o de afiliación obligatoria. En estos casos, el trámite de información pública permite, por un lado, que los ciudadanos aleguen lo que estimen conveniente en defensa del interés general, y, por otro, permite que los ciudadanos afectados, que no han podido ser determinados por la Administración, comparezcan en el procedimiento y hagan valer sus intereses ante la Administración. La información pública garantiza así el conocimiento generalizado de las disposiciones que van a ser aprobadas por la Administración, y aunque dirigida a la generalidad de los ciudadanos, no excluye la posibilidad de realizar alegaciones por los ciudadanos u organizaciones y asociaciones afectados que se personen en el procedimiento, y en los que no concurren los criterios restrictivos antes apuntados para considerar preceptivo el trámite de audiencia. Así pues, el trámite de información pública es una forma de instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones, a efectos de que sirvan

su existencia y otorgue el trámite de audiencia a todas las asociaciones empresariales, constituidas e inscritas en cualquier punto de la geografía nacional, por limitado que sea su ámbito de actuación, que puedan estar interesadas en el contenido de la disposición, máxime cuando, como sucede en el presente caso, ésta puede afectar a numerosas entidades empresariales y financieras relacionadas con el sector de la construcción; razones todas ellas que impiden atribuir a estas entidades asociativas el mismo tratamiento que a los Colegios Profesionales, en orden a la exigencia del trámite de audiencia del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...).”

17. Es ilustrativa en este sentido la STS de 25 de junio de 2003 (EDJ 2003/50971): “Dejando a un lado la impropiedad de considerar como infracción del principio de jerarquía normativa la omisión del trámite de audiencia que se acusa, lo cierto es que la reiterada doctrina de esta Sala ha venido estableciendo que el trámite de audiencia de los posibles y legítimamente interesados en el contenido de las disposiciones reglamentarias en trámite de aprobación, únicamente es preceptivo cuando se trate de asociaciones profesionales de carácter obligatorio, y no cuando se trata de asociaciones de carácter meramente voluntario, sin perjuicio naturalmente del derecho de estas últimas a personarse en el expediente seguido al efecto y hacer las alegaciones que consideren oportunas (Sentencias de 11 y 25 de noviembre de 1996, 28 de abril y 10 de noviembre de 1997, 27 de mayo de 1998, 20 de diciembre de 1999, 26 de enero y 1 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2001 y 25 de noviembre de 2002, entre otras muchas). Y esa conclusión resulta aplicable, tanto a la interpretación del artículo 130.4 de la derogada Ley de 17 de julio de 1958, como a la del artículo 24.1.c) de la Ley 50/97, de contenido sustancialmente análogo al anterior.”

18. Ver en este sentido la STS de 12 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/197416).

como fuente de información a la Administración para garantizar el acierto y oportunidad de la norma que se vaya a adoptar, pero al mismo tiempo permite establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos que puedan verse afectados.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha ido trazando una línea argumental que tiene como resultado el reconocimiento de una competencia básica estatal para fijar, a través de su legislación, la garantía de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las normas con valor reglamentario. Esta competencia encontraría su título habilitante en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que permite al Estado establecer las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas,¹⁹ ya que dichas bases tienen por finalidad garantizar a los administrados un tratamiento común ante las administraciones públicas, y por tanto deben hacerse extensivas a aquellas cuestiones que remiten a las relaciones entre la Administración y los administrados, relaciones en las que sin duda cabe incluir la participación ciudadana.²⁰

2. Nuevas formas de participación en la elaboración de los reglamentos: la iniciativa popular reglamentaria

2.1. La iniciativa popular reglamentaria: concepto y finalidad. Distinción de los trámites de audiencia e información pública

La audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, son manifestaciones de una participación funcional en el procedimiento administrativo, que gozan de una cierta tradición en nuestro Derecho. Pero estos mecanismos son insuficientes para garantizar la implicación de los administrados en la adopción de decisiones públicas. Es necesario avanzar más en su reconocimiento y regulación. No es suficiente con reconocer la participación de los ciudadanos en la adopción de actos y disposiciones públicas promovidos por la Administración, sino que

hay que dar un paso más y reconocerles el derecho a ejercer la iniciativa popular proponiendo a la Administración actuaciones, decisiones e incluso proyectos normativos. Un buen exponente de estas propuestas puede encontrarse en el ámbito de la Administración local, donde la iniciativa popular reglamentaria ha alcanzado su principal reconocimiento.

La iniciativa popular reglamentaria, como la audiencia e información pública, es una forma de participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales. Sin embargo, pese a tratarse todas ellas de manifestaciones de la democracia participativa que suponen e implican una participación directa de los ciudadanos en la elaboración de normas con valor reglamentario, presentan entre ellas notables diferencias, tanto por lo que se refiere a su diferente tratamiento constitucional como a su diferente funcionalidad y ubicación en el marco del proceso de producción normativa.

Así, la primera diferencia a considerar es su distinto tratamiento constitucional, puesto que mientras que el principio de audiencia a los ciudadanos viene expresamente previsto en el artículo 105 de la Constitución, instrumentándose, como hemos visto, a través del trámite de audiencia o de información pública dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, la iniciativa popular reglamentaria carece de reconocimiento constitucional más allá del principio general de participación que la Constitución asegura a lo largo de su articulado. De ello resulta que los poderes públicos no están obligados a prever este cauce participativo ni a regularlo a través de una Ley, a diferencia de lo que ocurre con los dos anteriores, cuyo tratamiento legislativo resulta del principio de audiencia a los ciudadanos del artículo 105 de la Constitución y de la remisión constitucional a la Ley para su regulación.

El reconocimiento de la iniciativa popular reglamentaria es una de las formas de garantizar la participación de los administrados de que dispone el legislador, pero sin que exista una vinculación constitucional en este sentido, sino que deriva de los valores y principios propugnados por la Constitución. Ha sido por tanto el

19. En base a estos razonamientos el Texto refundido de la Ley del suelo 2/2008, de 20 de junio (EDL 2008/89754), reconoce en su artículo 4 el derecho de los ciudadanos a participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanística y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas, y a obtener de la Administración una respuesta motivada. Y en un sentido similar cabe citar también la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y de la biodiversidad (EDL 2007/212251).

20. STC 164/2001 de 11 de julio.

legislador ordinario el que ha decidido dotar al ámbito local de esta forma de participación en la adopción de decisiones administrativas.

Por otro lado, estos cauces de participación ciudadana se manifiestan en distintos momentos del proceso de producción normativa, y tienen un distinto trasfondo funcional. A diferencia de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias a través de la audiencia o la información pública, que suponen la intervención de los ciudadanos en un procedimiento ya iniciado, la iniciativa reglamentaria implica la ausencia de procedimiento y la participación activa de los administrados en la iniciación del mismo. De esta forma la iniciativa reglamentaria constituye una nueva forma de participación en la que los ciudadanos toman la iniciativa normativa y se adelantan a la Administración, presentando un proyecto de reglamento que someten a la consideración de la Administración, y sobre el que esta deberá necesariamente pronunciarse.

La iniciativa reglamentaria se adelanta a las actuaciones normativas de los poderes públicos, expresando las necesidades de la comunidad vecinal y poniendo en marcha un procedimiento administrativo que, si bien no es propiamente el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas, sí es el procedimiento que en su caso le precede y que comporta como mínimo la toma en consideración de la propuesta, tanto por el órgano que ostenta la representación política de la totalidad de los vecinos del municipio como por el órgano competente para resolver, que en el caso de las disposiciones normativas reglamentarias será igualmente el pleno municipal. Y así como los trámites de audiencia e información pública son cauces de participación funcional, que se inscriben en el marco de un procedimiento administrativo en la elaboración de disposiciones generales ya iniciado, la iniciativa reglamentaria tiene como peculiaridad que se anticipa a dicho procedimiento, instando de los órganos competentes la iniciación del mismo y reconociendo a los vecinos o ciudadanos la capacidad para incidir en el proceso de producción normativa.

Al margen de los aspectos comunes que suponen la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, ya sea en el

marco de un procedimiento ya iniciado, ya sea anticipándose al mismo y promoviendo su iniciación, hay que señalar la distinta funcionalidad de unas y otras formas de participación.

Así, la iniciativa reglamentaria supone el reconocimiento de un derecho a ejercer la iniciativa normativa ante la Administración, y en este sentido como hemos señalado es previo a la iniciación del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. El fundamento de esta modalidad de participación ciudadana en las funciones públicas normativas, se inscribe en el marco general que justifica las formas de intervención propias de la democracia representativa y se legitima en la búsqueda de decisiones adecuadas a las demandas sociales, es decir, en la búsqueda de decisiones oportunas especialmente relevantes en los ámbitos donde se manifiesta de forma más destacada la discrecionalidad administrativa.²¹ Y, al igual que la información pública, es una forma de participación abierta a la colectividad, que no requiere la presencia de intereses legítimos o directamente afectados por la propuesta normativa que se formula, a diferencia del trámite de audiencia, con el que se trata de dar oportunidad a los sujetos afectados por la norma de pronunciarse al respecto y defender sus intereses. En este sentido la iniciativa reglamentaria implica la colaboración de los ciudadanos con la Administración, al constituir una fuente de información que pone de manifiesto las demandas y necesidades de la comunidad vecinal, que pretende favorecer el acierto y oportunidad de las decisiones que se adopten por esta a propuesta de los vecinos, pero va más allá, en la medida en que no solo evidencia estas demandas o aspiraciones vecinales y las pone en conocimiento de la Administración, en forma de propuestas o proyectos normativos, sino que, además, su reconocimiento normativo implica la realización de las actuaciones administrativas dirigidas a su toma en consideración por la Administración y a la aprobación de la norma en su caso. En este sentido la iniciativa reglamentaria no solo supone una manifestación de la participación y colaboración ciudadana con la Administración, sino que va más allá y supone reconocer a los ciudadanos

21. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La participación del administrado en las funciones administrativas", *Revista de Seguridad Social*, 1979, núm. 4, p. 14, la oportunidad de la decisión se mide normalmente no por una simple perfección técnica en su preparación y concepción, sino por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo social, previamente investigada, además de promovida e implicada, a través de las técnicas participativas.

el derecho a ejercer la iniciativa normativa, proponiendo a la Administración no solo la aprobación de disposiciones generales, sino además el contenido de las mismas, pero sin sustituir en ningún momento las decisiones de la Administración.

El reconocimiento de este derecho permite a los vecinos promover el ejercicio de la autonomía local, instando a la Administración a regular aquellas materias para las que la entidad local tiene reconocidas competencias en virtud de una habilitación legal y que la corporación no ha desarrollado todavía, orientando el sentido y el contenido de las normas en aquellos casos donde el margen de discrecionalidad es amplio.²² No hay que olvidar que del desarrollo reglamentario dependerá en muchos casos el verdadero ejercicio de los derechos que los vecinos tienen reconocidos en la Ley.

Pero también permite intervenir a los vecinos en aquellos ámbitos sectoriales cuya actuación se manifiesta a través de la aprobación de instrumentos de valor reglamentario, y donde además existe una gran discrecionalidad por parte de la Administración, como puede ser por ejemplo la ordenación urbana, donde la iniciativa popular reglamentaria puede tener por objeto la modificación o aprobación de instrumentos de planeamiento, a través de los cuales se delimita el espacio físico de convivencia de los vecinos.

Por último es necesario tener en cuenta también la relación existente entre la reglamentación administrativa y la prestación de servicios públicos, en la medida en que el artículo 116 del TR de la Ley de contratos del sector público 30/2007 de 30 de octubre (EDL 2007/175022), establece que antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico. De acuerdo con ello puede decirse que el establecimiento de un servicio requiere la previa reglamentación del mismo, lo que pone de relieve también en este ámbito la importancia de la iniciativa popular reglamentaria, como condición previa para el establecimiento de las correspondientes prestaciones. En todo caso hay que señalar que cuando se trata del establecimiento de servicios públicos de carácter obligatorio,²³ los vecinos disponen del reconocimiento legislativo de una acción para exigir su prestación, de modo que la

iniciativa popular reglamentaria no será la vía más apropiada para su exigencia.

2.2. Iniciativa popular reglamentaria e iniciativa legislativa

Pero la iniciativa popular reglamentaria no es solo una forma de colaboración de los ciudadanos con la Administración, sino una forma de colaboración cualificada que implica el reconocimiento de la iniciativa normativa a favor de los ciudadanos. En este sentido la iniciativa reglamentaria sería una forma de iniciativa normativa tal y como sucede con la iniciativa legislativa. Pero, a diferencia de la iniciativa legislativa, configurada por el Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho a participar en los asuntos públicos de forma directa, derecho reconocido y tutelado por el artículo 23 de la Constitución, la iniciativa reglamentaria se configura no como una manifestación de la democracia directa, sino como manifestación de la democracia participativa. Esto es así porque la ley expresa la voluntad de la comunidad, es una manifestación de la soberanía popular y al ejercer la iniciativa legislativa popular se está haciendo uso de la soberanía, en tanto que el reglamento es una norma secundaria que obra en desarrollo de aquella y la complementa, es inferior y nunca puede contradecirla.

2.3. La distinción entre la iniciativa popular reglamentaria y la colaboración de los administrados en el ejercicio de funciones administrativas: en especial, los planes de iniciativa particular

El reconocimiento a los vecinos del derecho a plantear la iniciativa popular en materia reglamentaria, puede comportar una cierta confusión con otra forma de colaboración de los administrados con la Administración que se manifiesta en el ámbito de Derecho Urbanístico, y que supone el reconocimiento a los particulares de la capacidad de promover, redactar y plantear planes de iniciativa particular, y elevarlos a la Administración

22. Pensemos por ejemplo en las competencias que ostenta la Administración en la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, y que le permite incidir en la regulación de ciertas actividades en la vía pública tales como la prostitución, cuyo ejercicio se ha prohibido en algunos municipios, o la regulación del consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública (botellón).

23. Los que resultan del artículo 26 de la LRRL.

competente.²⁴ En la elaboración del planeamiento la legislación urbanística reconoce a las personas privadas la iniciativa para formar planes municipales, es decir, para redactarlos y elevarlos a la Administración competente, que viene obligada a tramitarlos, acordando la aprobación inicial y sometiendo a información pública, aunque la aprobación definitiva es competencia de la Administración con arreglo a los criterios de oportunidad que considere más apropiados.

Esta posibilidad, reconocida en el artículo 11.5 del Texto refundido de la Ley del suelo de 20 de junio de 2008, con el carácter de legislación básica, y desarrollada posteriormente por las correspondientes leyes autonómicas, es, sin embargo, una forma de intervención de los particulares en la actuación administrativa que presenta notables diferencias con la iniciativa reglamentaria reconocida en el artículo 70 bis de la LRRL.

Es importante subrayar esta cuestión puesto que, a primera vista, ambas formas de intervención recaen sobre un mismo ámbito objetivo, las normas con valor reglamentario, y en ambos casos los particulares formalizan dicha intervención formulando proyectos normativos de tal carácter que someten a la consideración de la Administración. Sin embargo el fundamento jurídico de una y otra actividad es muy distinto, pues mientras que la iniciativa popular en materia reglamentaria constituye un derecho subjetivo de los vecinos, que les habilita a dirigirse a la Administración para instarla al ejercicio de una función administrativa (el ejercicio de la potestad reglamentaria), la realización de planes de iniciativa particular supone en sí misma el ejercicio de una función administrativa que no se demanda de la Administración, sino que es directamente ejercida por los administrados. Se trataría de un supuesto en que los particulares actúan como auxiliares o vicarios de la Administración, en el ejercicio de una función administrativa que se concreta en la promoción del planeamiento a través de la redacción de los planes. Por tanto, más que de una forma de participación directa de los ciudadanos en la actividad administrativa, estaríamos hablando del ejercicio de una función administrativa que consiste en promover

la aprobación del planeamiento urbanístico,²⁵ y cuyo ámbito subjetivo es considerablemente más amplio que la iniciativa reglamentaria, al estar reconocida a los ciudadanos en general y no solo a los vecinos.²⁶

Sin embargo, esa actuación de los particulares se realiza bajo el control y supervisión de la Administración, que en ningún momento pierde sus facultades en este sentido, ni tampoco la titularidad de la función administrativa. Si no se puede dejar en manos privadas la decisión última acerca de la aprobación de un plan, no existe razón alguna que impida dejar a los particulares la tarea de elaborar y redactar los planes urbanísticos, sin perjuicio de que una vez redactados se sometan al régimen de aprobación de los planes elaborados por los entes públicos.²⁷

Pues bien, teniendo en cuenta el carácter de función pública que reviste el urbanismo, ha sido la legislación urbanística la que ha previsto esta forma de colaboración de los particulares en el ejercicio de las funciones urbanísticas. De este modo la Ley permite que la formulación de los planes de urbanismo se lleve a cabo por los ciudadanos. El particular que ha gestionado la redacción de un plan ofrece a la Administración un proyecto de ordenación del territorio que, de aceptarse, tendrá efectos fundamentales para la propiedad y para delimitar el marco físico de convivencia. Y al igual que la iniciativa popular reglamentaria, su formulación trasciende de los intereses puramente privados o de la titularidad de derechos o intereses legítimos.

Con todo, la distinta fundamentación jurídica de una y otra forma de intervención comporta también efectos y consecuencias jurídicas distintas. Así, la iniciativa popular reglamentaria comporta la iniciación de un procedimiento administrativo, que no es propiamente el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, sino un procedimiento diferente, cuyo objeto es conseguir una resolución administrativa que se pronuncie sobre la estimación o desestimación de la propuesta normativa, que, caso de aceptarse, dará lugar a la tramitación del correspondiente reglamento. En cambio, los planes de iniciativa particular obligan a la Administración a tramitarlos, acordando la aprobación inicial,

24. Sobre esta cuestión puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular", *REDA*, núm. 2, 1975, p. 241 y ss. Igualmente LISET BORREL, F., *La iniciativa urbanística de los particulares*, Montecorvo, 1975.

25. Así, SÁNCHEZ MORÓN, M., distingue la colaboración de la iniciativa privada del principio de participación. Así, puede verse "Elaboración y aprobación, efectos, vigencia y alteración de los planes urbanísticos", en la obra colectiva *El derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Lex Nova, 1999, p. 214.

26. En este sentido LISET BORREL, F., *La iniciativa urbanística de los particulares*, obra cit., p. 97.

27. En este sentido puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del suelo*, Civitas, 1990, p. 581.

a someterlos a información pública²⁸ y a impulsar su tramitación, es decir, obligan a la Administración a la tramitación de la norma reglamentaria que es el planeamiento. Y en este sentido la jurisprudencia ha configurado esa aprobación inicial como una actividad reglada, de forma que el Ayuntamiento deberá otorgar dicha aprobación siempre que el plan presentado a tramitación cumpla los requisitos de la Ley del suelo, y se acomode y no vulnere las previsiones del planeamiento de mayor rango, no siendo suficientes los criterios de oportunidad para la denegación de dicha aprobación inicial.²⁹ Así pues, el derecho a la formación de planes de ordenación urbana conferido a los administrados obliga a la Administración en todo caso a tramitar el procedimiento de elaboración y aprobación legalmente establecido, cuando dichos planes cumplan las previsiones formales y materiales imperativamente exigidas por la Ley y por los planes de rango superior de los que sean desarrollo, de manera que la Administración carece de potestad para denegar la aprobación inicial en base a criterios de oportunidad, al ser este un acto reglado.

3. La regulación jurídica de la iniciativa popular reglamentaria

La iniciativa popular reglamentaria es una forma de participación democrática que tiene su principal manifestación en el ámbito de la Administración local, donde constituye la única forma de iniciativa norma-

tiva posible por parte de los vecinos y donde alcanza la consideración de derecho subjetivo, tal y como le reconocen los artículos 18 y 70 bis de la Ley de bases de régimen local (EDL 1985/8184).

En cambio, en el ámbito estatal y autonómico el reconocimiento de la iniciativa legislativa hace innecesaria, por inoperante, la previsión de un mecanismo similar en relación con las normas reglamentarias, puesto que a través de la iniciativa legislativa los ciudadanos tienen reconocido el derecho a la iniciativa en un nivel normativo superior, respecto del cual el reglamento será un mero complemento o desarrollo.³⁰

Este planteamiento se reafirma si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico los reglamentos son, desde el punto de vista de su relación con la ley, fundamentalmente ejecutivos, puesto que su función viene a ser la de complementar, desarrollar o ejecutar la ley, y en definitiva colaborar con ella.

En efecto, el ámbito de los reglamentos tradicionalmente denominados reglamentos independientes es ciertamente reducido, vinculado exclusivamente a los aspectos de organización interna de la Administración.³¹ Pero ni siquiera en el ámbito interno de la Administración puede hablarse de reglamentos plenamente independientes, puesto que es evidente que, conforme a las previsiones constitucionales (artículo 103 de la Constitución), la creación, modificación y extinción de los órganos administrativos deben realizarse de acuerdo con la ley. Es decir que también en este ámbito el reglamento está supeditado a la ley, pues su contenido organizativo

28. La jurisprudencia señala que la aprobación inicial tiene por virtualidad la de poner en marcha o impulsar el procedimiento. En este sentido puede verse la STS de 25 de enero de 2002.

29. En este sentido puede citarse la STS de 26 de junio de 1985, que se plantea como único problema litigioso el consistente en determinar si el derecho a la formación de planes de ordenación urbana obliga a la Administración, en todo caso, a tramitar el procedimiento de elaboración y aprobación legalmente establecido, por carecer de potestad para denegar la aprobación inicial al ser este un acto reglado de inexcusable adopción. En este sentido la sentencia señala que los criterios de oportunidad carecen de entidad suficiente para justificar la negativa de la Administración a tramitar los planes de iniciativa privada, de forma que al denegar la aprobación inicial la Administración debe tener en cuenta sus facultades de control de la legalidad urbanística. Más recientemente la STS de 25 de enero de 2002 establece la misma conclusión, al considerar que el Ayuntamiento deberá otorgar dicha aprobación inicial como actividad reglada siempre que el plan presentado a tramitación cumpla los requisitos de la Ley del suelo, y además siempre que se acomode y no vulnere las previsiones del planeamiento de mayor rango.

30. En el plano autonómico no se reconoce la iniciativa reglamentaria. Hacer referencia únicamente al borrador de un anteproyecto de Ley de participación ciudadana en la Comunidad Valenciana, que se manejó con carácter previo a la aprobación de la Ley valenciana de participación ciudadana y que parecía seguir el criterio apuntado, si bien la aprobación definitiva de la Ley no ha recogido el derecho a la iniciativa popular reglamentaria. El artículo 9 del citado anteproyecto asociaba el derecho a la iniciativa normativa en materia reglamentaria a la condición de ciudadano, que se recoge en el artículo 2 del mencionado anteproyecto, según el cual tienen la condición de ciudadanos las personas que, con independencia de su nacionalidad, tengan su residencia en la Comunidad Valenciana, o tengan la condición jurídica de valencianos conforme al artículo 3 del Estatuto de Autonomía. Finalmente la Ley 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana en la Comunidad Valenciana no ha recogido la iniciativa reglamentaria.

31. En este sentido puede citarse la STS de 18 de diciembre de 1997 que señala que la potestad reglamentaria de los entes locales, reconocida implícitamente en el artículo 137 de la Constitución al dotarlos de autonomía para la gestión de sus intereses propios, puede ejercerse en la doble vertiente de relaciones de supremacía o sujeción especial y de relaciones

debe estar "de acuerdo con ella". Así pues, en el caso de los reglamentos que regulan aspectos organizativos puede decirse que la norma reglamentaria no es complemento de la ley, aunque su contenido sí resulta condicionado por ella. De acuerdo con ello, y puesto que en todo caso los aspectos normativos que tienen relevancia externa, deben estar de alguna manera previstos en una norma con rango de ley, se hace innecesario el reconocimiento de la iniciativa reglamentaria allí donde está reconocida la iniciativa legislativa, como ocurre en el caso de la Administración autonómica.³²

En efecto, dado el principio de legalidad que rige la actuación de las administraciones públicas, si la iniciativa normativa se puede ejercer en relación con una norma con rango de ley, carece de sentido reconocer paralelamente la iniciativa reglamentaria, que no hará sino desarrollar el contenido de lo dispuesto en la ley.

Por otra parte, es de señalar que los requisitos formales para plantear la iniciativa legislativa popular en el ámbito autonómico no son, por lo general, más gravosos que los previstos para el ejercicio de la iniciativa reglamentaria en el ámbito de la Administración local. Así, por ejemplo, la Ley 1/2006 del Parlamento catalán, que regula la iniciativa legislativa popular (EDL 2006/5628), establece como requisito que la iniciativa se presente con el apoyo de las firmas, debidamente autenticadas, de un mínimo de 50.000 personas, que deben cumplir las condiciones establecidas por el artículo 2. Si tenemos en cuenta que el artículo 70 bis

c) de la Ley de bases de régimen local exige para presentar la iniciativa popular un porcentaje de firmas del 10% de los vecinos en los municipios con población superior a los 20.000 habitantes, nos daremos cuenta en seguida de que en municipios con gran volumen de población (en un municipio con población equivalente a la de Valencia, por ejemplo), el porcentaje de firmas necesario para ejercer la iniciativa reglamentaria es superior al porcentaje de firmas exigido para plantear la iniciativa legislativa popular, con una diferencia importante, y es que la población de referencia en este último caso, será la población de la comunidad autónoma, y no solamente la de un municipio. En el ejemplo expuesto será más fácil ejercer la iniciativa legislativa que la reglamentaria, y ello tanto en términos absolutos como en términos relativos.

Reconducida la iniciativa popular reglamentaria al ámbito de la Administración local, el título competencial que delimita las competencias normativas en esta materia viene constituido por el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para establecer las bases de régimen jurídico de las administraciones públicas. Según esto, el régimen básico de la iniciativa popular reglamentaria forma parte de la legislación básica de régimen local.

De acuerdo con ello, el legislador estatal ha incluido el régimen jurídico de la iniciativa popular reglamentaria en el marco de la Ley de bases de régimen local, de forma que las comunidades autónomas no pueden

de supremacía o sujeción general. En la primera, al tratarse de relaciones *ad intra*, tales como las referentes a su propia organización, régimen de los servicios públicos, utilización especial o privativa (no general) de los bienes de dominio público, sus reglamentos u ordenanzas pueden tener el carácter de independientes, reconociéndose a tales entes una libertad de disposición normativa que se traduce en la producción de normas organizativas o *praeter legem* sin necesidad de una previa habilitación o cobertura legal distinta de la primaria atribución por ley de la potestad reglamentaria. En la segunda, por el contrario, al tratarse de relaciones *ad extra*, que van dirigidas a los administrados en general, no unidos a la Administración por vínculos estatutarios o contractuales, limitando sus derechos y libertades, la potestad reglamentaria de los mencionados entes locales precisa de una previa habilitación legal al modo de los reglamentos ejecutivos dictados en desarrollo de las leyes en la que se exprese en cada caso los criterios y directrices a que debe sujetarse la norma delegada. Quiere ello decir en el orden práctico, como indica la más moderna doctrina, que el establecimiento de medidas administrativas limitadoras de derechos privados por meros reglamentos supuestamente independientes de la Ley no es válido, y mucho más aún si esos derechos cuya limitación se pretende encuentran en la Ley su configuración y atribución. Así también lo manifiesta el Tribunal Supremo en sus sentencias de 14 febrero 1975 y 27 marzo 1985, e igualmente se infiere del artículo 1.º del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, al limitar la intervención de los ayuntamientos en la actividad de sus administrados a los casos de la función de policía en materia de tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, subsistencias, urbanismo, servicios de particulares destinados al público en que se utilicen de forma especial o privativa los bienes de dominio público, y en los demás casos autorizados legalmente.

32. En apoyo de estos argumentos puede decirse también que la jurisprudencia admite la solución de atribuir efecto directo a las disposiciones de la Ley en defecto del desarrollo reglamentario de las mismas, de modo que existiendo la Ley que reconozca unos derechos estos podrán hacerse valer incluso en el supuesto de inactividad reglamentaria de las administraciones estatal o autonómica. En este sentido puede citarse la STS de 21 de noviembre de 1985, que señala que el incumplimiento administrativo de los mandatos legales de desarrollo de sus normas dentro del marco que las mismas establezcan no puede en modo alguno impedir su aplicación por los tribunales, al producirse en estos casos un vacío reglamentario que debe ser suplido por los tribunales en ejercicio de su función integradora.

desconocer este título competencial ni el contenido básico de estos preceptos.

Según lo expuesto, la regulación de la iniciativa popular reglamentaria hay que buscarla, en primer lugar, en la Ley 7/85 de 2 de abril, que, con carácter de legislación básica, ha previsto su existencia y los requisitos para su ejercicio. En concreto fue la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del Gobierno local la que profundizó en su regulación, al introducir el artículo 70 bis en la Ley 7/85 de 2 de abril.³³ A través de dicho artículo la Ley establece los requisitos y cauces procedimentales para hacer efectivo un derecho que ya estaba reconocido en el artículo 18 de la Ley de bases de régimen local, y que formaba parte del estatuto de los vecinos, pero respecto al cual la citada Ley no añadía mayores precisiones. El artículo 70 bis de la LRBRL contiene la disciplina básica sobre la iniciativa popular reglamentaria, que deberá ser observada por las comunidades autónomas que la desarrollen en base a sus competencias sobre régimen local. Sin embargo, este mismo artículo señala que lo dispuesto en su apartado segundo se entiende sin perjuicio de la legislación autonómica, lo que pone de manifiesto que en esta materia la regulación estatal es una regulación de

máximos, de forma que, cuando se establecen los porcentajes mencionados, deben entenderse como límites máximos que la legislación autonómica no puede sobrepasar, pero sí disminuir.³⁴

Algunas comunidades autónomas han previsto la aprobación de normas en desarrollo de estos preceptos, como es el caso de Cataluña, que en la disposición final primera de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de iniciativa legislativa popular, otorga al Gobierno un plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de esta norma, para presentar un proyecto de ley que regule el derecho de iniciativa ciudadana para proponer la aprobación de disposiciones de carácter general a los entes locales, si bien esta norma todavía no ha sido aprobada.

Otras normas autonómicas ni siquiera han desarrollado la regulación referente a la iniciativa popular, reconociendo únicamente un derecho a las asociaciones de vecinos de elevar propuestas de actuación en el ámbito de las materias de competencia municipal. Y ello se constata tanto en normas autonómicas anteriores a la Ley 57/2003, como en normas posteriores que deberían haber reconocido el derecho a la iniciativa popular reglamentaria en los términos del artículo 70 bis de la LRBRL.³⁵

33. Ver el comentario de FERNÁNDEZ RAMOS, S., al artículo 70 bis en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, tomo II, dirigido por REBOLLO PUIG, M., Valencia, 2007, p. 1777 y ss. Sobre este artículo puede verse igualmente la obra colectiva *Modernización del Gobierno Local, Comentarios a la Ley 57/2003 de 16 de diciembre*, El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2004, p. 158 y ss.

34. Un buen ejemplo de esta cuestión lo constituye el artículo 96 bis de la Ley 6/90, de 2 de julio, de Administración local, en la redacción dada por la Ley foral 11/2004 de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra (EDL 2004/152208). De acuerdo con el citado precepto, los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de disposiciones generales en materias de la competencia municipal. Dichas iniciativas deben ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio:

- Hasta 2.000 habitantes, el 30%.
- De 2.001 a 5.000 habitantes, el 20%.
- De 5.001 a 50.000, el 10%.
- A partir de 50.000 habitantes, el 5%.

Como puede apreciarse, los porcentajes establecidos por la citada legislación se mantienen dentro de los márgenes establecidos por la legislación básica de régimen local, con excepción de los municipios de hasta 2.000 habitantes, en donde el porcentaje de suscripción de la iniciativa popular es superior al porcentaje previsto en la legislación estatal, que contempla como primer tramo a considerar el de los municipios de hasta 5.000 habitantes.

En mi opinión se trata de un porcentaje que en este punto en concreto no respeta la legislación básica, al establecer un porcentaje excesivamente gravoso en municipios de pequeño tamaño respecto de los cuales la legislación autonómica debería haberse mantenido en el límite marcado por el artículo 70 bis de la LRBRL.

35. Así, por ejemplo, cabe citar el artículo 122 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de Baleares (EDL 2006/324626); el artículo 167 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración local de La Rioja (EDL 2003/4025); el artículo 34 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad Autónoma de Madrid (EDL 2003/4599); el artículo 255 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de la Comunidad Autónoma de Galicia (1997/23759); el artículo 156 de la Ley 7/99 de Administración local de la Comunidad Autónoma de Aragón (EDL 1999/61302). En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la Ley 1/2006 del Parlamento catalán que regula la iniciativa legislativa popular (EDL 2006/5628) contiene en la disposición adicional primera una referencia al derecho de iniciativa ciudadana en el ámbito de los entes locales. Según el citado precepto, el Gobierno debe presentar, en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, un proyecto de ley que regule el derecho de iniciativa ciudadana para proponer la aprobación de disposiciones de carácter general a los entes locales. Sin embargo, la citada norma todavía no se ha dictado.

Incardinada por lo tanto la iniciativa popular reglamentaria en el ámbito de las administraciones locales, cabe plantearse otra cuestión, y es si la iniciativa popular es únicamente susceptible de ejercerse en relación con los municipios, o si el ámbito competencial de otros entes locales permite también el ejercicio de esta forma de iniciativa. En principio el artículo 70 bis delimita desde un punto de vista objetivo el ámbito de actuación, refiriéndolo a las competencias de carácter municipal. Esta referencia legislativa deja fuera del ámbito de la iniciativa reglamentaria a otras entidades locales tales como las provincias. Ahora bien, competencias municipales son también las que gestionan otros entes locales tales como las mancomunidades. Sin embargo en este caso estamos ante entes de carácter derivado, creados por voluntad de los municipios que los conforman, y que únicamente asumen la prestación o gestión de obras o servicios de competencia municipal quedando la titularidad de las mismas en manos de los municipios que las crean. Por tanto en ningún caso podemos hablar de competencias propias, presupuesto necesario para plantear la iniciativa reglamentaria. Por otro lado, y desde un punto de vista subjetivo, es un derecho reconocido a los vecinos, de forma que tal derecho únicamente podrá plantearse ante entes locales respecto de los cuales los sujetos que ejercen tal derecho puedan ostentar la vecindad administrativa.

En todo caso, lo que sí parece claro es que la iniciativa popular reglamentaria puede ejercerse en relación con entidades de ámbito territorial inferior al municipio, desde el momento en que ejercen competencias municipales cuya titularidad les asigna la legislación de bases de régimen local con el carácter de competencias propias y no por atribución de los municipios. Así lo reconoce por ejemplo la Ley foral 6/90, de 2 de julio, de Administración local del Parlamento de Navarra en su artículo 96 bis apartado 4 en relación con los concejos.³⁶ La iniciativa popular se ciñe al igual que el ámbito de los municipios a la presentación de propuestas de

acuerdo, actuaciones o proyectos de disposiciones generales en materias de la competencia del Concejo,³⁷ debiendo ir suscritas dichas iniciativas por un porcentaje no inferior al 30% de los vecinos residentes en el Concejo. La mencionada Ley supedita el ejercicio de este derecho al previo reconocimiento o acuerdo en este sentido por parte de la entidad local menor, estableciendo como requisito que el Concejo esté regido por Junta, y no por el sistema de organización basado en el Concejo Abierto. Es evidente que en este último caso no tiene sentido el ejercicio de la iniciativa popular, pues el Concejo Abierto supone una forma de democracia directa, donde todos los electores están llamados a adoptar las decisiones locales.

4. La naturaleza jurídica de la iniciativa popular reglamentaria: su configuración como derecho subjetivo

El artículo 18 h) de la Ley reguladora de bases de régimen local configura la iniciativa reglamentaria como un derecho de los vecinos, y remite su regulación más detallada al artículo 70 bis de la misma Ley, en el que se establecen los cauces procedimentales y los efectos jurídicos que comporta el ejercicio de esta forma de participación, que va más allá de la simple sugerencia, y que debe ser nítidamente separada del derecho de petición³⁸ en atención a los efectos y consecuencias jurídicas asociadas a ella. Pero para conferir a la iniciativa popular reglamentaria el carácter de un auténtico derecho subjetivo no basta con definirla como tal, sino que es necesaria una regulación concreta de su contenido y del procedimiento para su ejercicio, a fin de contar con parámetros expresos de legalidad que permitan enjuiciar el correcto ejercicio del derecho.

El ejercicio de la iniciativa popular en cualquiera de sus tres manifestaciones se canaliza a través de un procedimiento administrativo, y despliega unos efectos

36. Artículo añadido por el artículo 5 de la Ley foral 11/2004 de 29 de octubre (EDL 2004/152208).

37. Según el artículo 41 de la Ley 6/90 de 2 de julio, el Concejo tendrá las siguientes atribuciones:

- a) El control y fiscalización de los actos del presidente.
- b) La aprobación de presupuestos y ordenanzas, la censura de cuentas y el reconocimiento de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria.
- c) La administración y conservación del patrimonio, y la regulación del aprovechamiento de los bienes comunales.
- d) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas.
- e) La adopción de acuerdos sobre disposición de bienes, operaciones de crédito, expropiación forzosa, y cuantas atribuciones la ley asigne, con respecto a los municipios, al pleno del Ayuntamiento.

38. Sobre esta cuestión puede verse el comentario de FERNÁNDEZ RAMOS, S. al artículo 70 bis en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, tomo II, dirigido por REBOLLO PUIG, M., Valencia, 2007, p. 1777 y ss.

jurídicos preestablecidos y exigibles. Se trata, por tanto, del ejercicio de una pretensión fundada en derecho ante la Administración, cuyo desconocimiento engendra una verdadera y auténtica reclamación que debe diferenciarse del derecho de petición. El procedimiento establecido a tal efecto resulta del artículo 70 bis de la LRBRL y comporta la tramitación de la propuesta o proyecto presentado, sometiéndolo a la consideración del pleno, sin perjuicio de la resolución por el órgano que corresponda. Y, en el caso de que la propuesta o proyecto presentado incorpore una propuesta de consulta popular, los trámites serán los del artículo 71 de la Ley de bases de régimen local.

Es precisamente la existencia de un procedimiento específico para determinar la procedencia de la iniciativa popular, y la posibilidad de plantear recurso en caso de que se entienda vulnerado el derecho, lo que permite distinguirlo del derecho de petición caracterizado por la ausencia de procedimiento y por su carácter residual y graciable.³⁹

Pero el contenido del derecho que se confiere a los vecinos comporta también la obtención de una respuesta motivada de la Administración sobre la propuesta, proposición o proyecto presentado, debiendo para ello ser sometida a debate y votación del pleno, y resuelta por el órgano competente por razón de la materia.

Sin embargo, la iniciativa popular reglamentaria no implica que efectivamente haya de adoptarse la propuesta o aprobarse el proyecto normativo presentado, sino el derecho a poner en marcha un procedimiento que analice la conveniencia de su aprobación, y a obtener una resolución motivada y fundada en derecho, susceptible de recurso contencioso-administrativo.

La necesidad de que el ejercicio de la iniciativa popular reglamentaria concluya con una resolución motivada a través de la cual el órgano competente resuelve sobre la iniciativa planteada, puede dar lugar a una forma de control judicial de la inactividad de la Administración, especialmente cuando los entes locales están habilitados por ley a regular una determinada materia de cuyo contenido dependa el efectivo ejercicio de los derechos de los vecinos. Sería el caso del ejercicio de los derechos de participación ciudadana reconocidos en la legislación básica de régimen local, dado que

el artículo 70.1 bis establece que los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local.

5. Procedimiento y efectos de la iniciativa popular reglamentaria

La iniciativa reglamentaria, planteada en forma, es decir, con el cumplimiento de los requisitos formales establecidos legalmente, implica el ejercicio de un auténtico derecho subjetivo, que pone en marcha un procedimiento administrativo dirigido al examen y toma en consideración de la propuesta presentada y a la adopción de una decisión respecto a ella, que podrá consistir en el acuerdo de iniciación, en su caso, del procedimiento de elaboración de disposiciones generales. El artículo 70 bis de la Ley de bases de régimen local configura los trámites esenciales del procedimiento derivado del ejercicio de la iniciativa reglamentaria, que comportan que la propuesta o proyecto presentado sean sometidos ineludiblemente a debate y votación del pleno y a la toma en consideración del órgano competente para resolver por razón de la materia.

No obstante, también en esta cuestión la Ley de bases salvaguarda lo dispuesto en la legislación autonómica. E igualmente debe hacerse una interpretación del precepto garantista de los derechos de los administrados. Es decir, la legislación autonómica podrá concretar el procedimiento y establecer previsiones propias respecto al mismo, si bien la legislación básica actúa también en este caso estableciendo unas garantías mínimas para los administrados. Esta garantía mínima entiendo que en este caso implica una doble exigencia, ya que por un lado asegura el debate y votación en el pleno, y por otro la toma en consideración y posterior resolución de la iniciativa planteada por el órgano competente caso de que no coincida con el primero, lo que en definitiva implica la obtención de una resolución administrativa motivada sobre la cuestión planteada a instancias de la iniciativa popular.

39. En este sentido es interesante citar la STS de 18 de junio de 1979 (EDJ 1979/4625) donde se planteaba un supuesto de iniciativa reglamentaria instado por el Consejo General de Colegios de Ingenieros Técnicos Agrícolas y Peritos Agrícolas de España, y que la sentencia consideró encuadrable en el ejercicio del derecho de petición de todo ciudadano ante los poderes públicos.

La Ley de bases de régimen local establece también la necesidad de que la iniciativa planteada sea sometida al informe de legalidad del secretario, que ha de ser previo no solamente a la actuación del órgano competente para resolver sobre la iniciativa, sino también al debate y votación por parte del pleno, y cuando la iniciativa afecte a derechos y obligaciones de contenido económico del Ayuntamiento, exigirá también el informe del interventor.

Dicho informe deberá pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones que puedan afectar a la legalidad de la iniciativa planteada, lo que incluye no solo el examen de fondo de la cuestión planteada y la constatación de que se trata de una materia de competencia local, sino también el examen de las cuestiones de forma, es decir, si el ejercicio de la iniciativa cumple los requisitos exigidos por la ley, entre los que sin duda destaca la comprobación de que reúne el número de firmas suficiente, y que los promotores de la iniciativa son efectivamente vecinos que gozan del derecho de sufragio activo.

El sometimiento al pleno de la propuesta presentada en virtud de iniciativa popular está supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos, sobre cuya concurrencia cabe un auténtico control jurisdiccional. De esta manera, la Administración local, por medio de estos informes, realiza un control de admisibilidad basado en criterios legales, y no de carácter político o de oportunidad. La tramitación del procedimiento derivado del ejercicio de la iniciativa popular no es una facultad discrecional, sino que está condicionada por el cumplimiento de los requisitos formales establecidos, de forma que si estos concurren deberá someterse la propuesta presentada a debate y votación del pleno, y ser resuelta por el órgano competente por razón de la materia. Hay que tener en cuenta que la iniciativa popular reglamentaria se configura por la Ley como un derecho subjetivo, lo que implica el ejercicio de una pretensión fundada en derecho ante la Administración, razón por la cual su admisión y tramitación conforme al procedimiento establecido debe basarse en parámetros de legalidad.

Ha de entenderse que si del informe del secretario se deduce que dicha iniciativa no cumple los requisitos exigidos por la legislación vigente, sin que se haya procedido a su subsanación en plazo, las propuestas planteadas se admitirán a trámite, pero se encauzarán

como una manifestación del derecho de petición que comporta "el derecho a que el escrito de petición sea admitido, se le de el curso correspondiente y se reexponga en su caso al órgano competente, sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno al peticionario".⁴⁰

Planteada en forma la iniciativa popular, la ley garantiza su examen por parte del pleno, en el que deberá someterse a debate y votación. Será este órgano el que en sesión pública tome en consideración la iniciativa planteada, y en atención a los informes jurídicos y económicos se pronuncie sobre la propuesta presentada y la conveniencia o no de su adopción.

En el debate y votación de la propuesta se analizará no solo la legalidad de la iniciativa (ya constatada a través de los informes de secretario y, en su caso, interventor), sino sobre todo la oportunidad de la misma, y quedará fijada la postura de los distintos grupos políticos ante la misma, si bien la resolución corresponderá al órgano competente, que no quedará vinculado jurídicamente por el resultado de la votación. La intervención del pleno no es un trámite dirigido a la admisión o no de la propuesta, sino a averiguar el respaldo con que cuenta la iniciativa popular entre los distintos grupos políticos que conforman el órgano plenario, y en la medida en que es el órgano de representación de la comunidad vecinal, el debate y votación de la propuesta pondrá de manifiesto la conveniencia y oportunidad de la medida. De esta forma, la iniciativa popular como manifestación de la democracia participativa queda complementada por los mecanismos de la democracia representativa.

En el caso de la iniciativa reglamentaria, la competencia para la aprobación de los reglamentos corresponde también al órgano plenario, con lo cual el debate y votación tendrá por objeto decidir sobre la iniciación del procedimiento dirigido a la elaboración y aprobación de la correspondiente norma, dada la imposibilidad de que la resolución favorable de la iniciativa y por ende la aprobación del reglamento tenga lugar en un mismo acto de debate y votación.

En todo caso hay que tener en cuenta que la propuesta de reglamento planteada no vincula al órgano que tiene que resolver, que podrá aceptarla, modificarla o rechazarla en base a la apreciación de su oportunidad, aunque si se trata de una actuación de la Administración que venga directamente obligada por la Ley, la iniciativa popular servirá de mecanismo para instar

40. STS de 23 de junio de 1999.

una determinada actuación pública que, caso de no adoptarse, podrá ser objeto de reclamación judicial.⁴¹

De este modo puede decirse que el ejercicio de la iniciativa reglamentaria comporta un derecho subjetivo a que la proposición presentada sea incluida en el orden del día de las sesiones plenarios, y a que el asunto sea debatido y votado por dicho órgano, pero no vincula al órgano competente a resolver en el sentido planteado por la iniciativa. En este sentido hay que tener en cuenta el artículo 69.2 de la Ley de bases de régimen local, según el cual las formas, medios y procedimientos de participación que las corporaciones locales establezcan en ejercicio de su potestad de organización, no podrán menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio. La iniciativa reglamentaria comportaría, pues, el derecho de instar de los poderes públicos la puesta en marcha de un procedimiento administrativo dirigido al examen del proyecto o propuesta presentado y a obtener una resolución motivada, pero en ningún caso implica el derecho a que la propuesta formulada sea adoptada por parte del órgano competente para resolver.

Así pues, la iniciativa popular y el proyecto de reglamento presentado debe ser tenido en cuenta y ponderado por los órganos encargados de decidir, pero con efectos limitados, constituyendo un elemento más de juicio para la formación de la voluntad de los órganos administrativos, pero sin efecto vinculante. Hablamos, naturalmente, desde un punto de vista jurídico, porque desde un punto de vista político, lo cierto es que resulta muy difícil imaginar que los órganos de gobierno se aparten del criterio popular manifestado a través de la iniciativa popular, sobre todo teniendo en cuenta el elevado número de vecinos que según hemos visto deben ratificar esta propuesta. De este modo puede decirse que el verdadero efecto de la iniciativa popular reglamentaria es obligar al órgano competente a valorar en un plazo razonable la propuesta formulada, y adoptar una decisión al respecto. A partir del ejercicio de la iniciativa popular se someterá al pleno y al órgano competente para resolver la propuesta o proyecto presentado, para que a la vista de los mismos adopte la decisión más acertada.

La Ley de bases de régimen local no establece, sin embargo, los plazos para que se produzca el debate y votación inicial por parte del pleno, o para que se

resuelva la propuesta por el órgano local que sea competente para ello, de forma que habrá de ser la legislación autonómica la que, en el marco de las previsiones establecidas en la Ley 30/92 sobre la obligación de resolver y el plazo previsto para ello, lo determine. Por otra parte, no ha de desconocerse tampoco la capacidad de las entidades locales para regular estas cuestiones en el marco de las previsiones legales señaladas, ya que el artículo 70 bis, en su párrafo primero, remite a los ayuntamientos el deber de establecer y regular, en sus normas sobre organización y funcionamiento, los procedimientos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local.

6. La iniciativa popular como forma de control de la inactividad reglamentaria de la Administración

Se apunta con este título una de las posibilidades que ofrece el ejercicio de la iniciativa popular reglamentaria, en cuanto se perfila como una forma de controlar la inactividad de la Administración, cuando dicha inactividad se manifiesta en la ausencia, por falta de aprobación, de normas de carácter reglamentario. Esta afirmación trae causa del contenido del derecho a la iniciativa popular, que comporta según hemos señalado el deber de la Administración de resolver sobre la pretensión planteada, adoptando una decisión al respecto que lógicamente debe ser motivada.

En efecto hay que tener en cuenta que la Administración está dotada de competencias y potestades cuya atribución tiene carácter finalístico, que están justificadas en la posición institucional de la Administración, que la Constitución entiende vinculada al servicio de los intereses generales y a su sometimiento a la ley y al derecho. De acuerdo con ello, el ejercicio de sus competencias es irrenunciable, porque el destinatario o beneficiario final de su actividad es la colectividad, y en última instancia los ciudadanos.

Estas premisas son igualmente aplicables en el ámbito de la Administración local, donde, además, las competencias que le reconoce el legislador ordinario constituyen una forma de ejercicio de su autonomía local garantizada institucionalmente por la Administración. Pero no hay que olvidar que dicha autonomía está directamente vinculada con la satisfacción de los

41. Piénsese por ejemplo en el establecimiento de un servicio público de carácter obligatorio.

intereses colectivos de los vecinos, en la medida en que esa autonomía se define por el Tribunal Constitucional como el derecho a adoptar decisiones en aquellos asuntos más próximos a los intereses vecinales.

Esta vinculación entre el ejercicio de competencias locales y la satisfacción de los intereses generales, resulta no solo de la atribución concreta de competencias que efectúa la Ley de bases de régimen local primero, y el legislador sectorial después, sino que queda plasmada de forma genérica en la LRBRL⁴² en virtud del principio de subsidiariedad, según el cual el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

De este modo el ejercicio de las competencias para las que le habilita el legislador, y entre ellas el ejercicio de la potestad reglamentaria, se configura como elemento decisivo y esencial para el reconocimiento y correcto ejercicio de los derechos e intereses de los vecinos, de modo que estas circunstancias deben servir de parámetro para controlar el desarrollo normativo y la discrecionalidad de la Administración local en el desarrollo normativo de las materias sobre las que tiene atribuida competencia. Hay que tener en cuenta que, en virtud del principio de subsidiariedad, las competencias del municipio alcanzan todas aquellas actuaciones necesarias para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, pero esa generalidad impide que la cobertura legal que legitima la potestad reglamentaria y sancionadora de las entidades locales pueda determinar siempre cuál haya de ser la concreta intervención de la Administración local. Precisamente por esta razón, la modificación de la Ley de bases de régimen local por la Ley de 16 de diciembre de 2003 incidió en este sentido, tipificando en el artículo 140 una serie de conductas como infracciones administrativas, y prestando cobertura legal a las entidades locales

para establecer su regulación y el correspondiente régimen sancionador en ausencia de legislación sectorial.

De todo ello quiere colegirse el deber de la Administración de establecer la necesaria reglamentación y normación sobre aquellas materias sobre las que tenga atribuida competencia. No obstante, el problema que se plantea tanto en la Administración local como en el resto de administraciones es la ausencia de mecanismos jurídicos para impugnar la inactividad de la Administración, cuando dicha inactividad deviene de carácter reglamentario, y supone la ausencia total y absoluta de normativa en un determinado aspecto o materia que incide sobre el correcto desarrollo y ejercicio de los derechos de los vecinos. Obviamente quedan fuera de la problemática planteada los supuestos de impugnación de los reglamentos por ilegalidad omisiva, es decir, cuando el reglamento existe, pero carece de tratamiento de algunos aspectos que inciden negativamente en el reconocimiento o ejercicio de los derechos de los administrados, supuestos en los que no existe problema de impugnación y sobre los que la jurisprudencia no ha tenido problema de entrar a enjuiciar.⁴³

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos de ausencia total de reglamentos? ¿Y cómo puede forzarse la existencia de los mismos? En principio, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 29, reconduce el control judicial de la inactividad administrativa a aquellos supuestos en que la Administración esté obligada a realizar una prestación concreta, en virtud de una disposición general que no precise acto de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, y reconoce legitimación para reclamar a los titulares del derecho a la prestación. En principio, y en los términos en que está redactado el precepto, el control judicial de la inactividad administrativa parece remitir a actos administrativos singulares o actuaciones materiales, pero en ningún caso al control judicial de la inactividad de la Administración

42. Apartado primero del artículo 25 de la LRBRL.

43. En este sentido puede citarse la STS de 14 de diciembre de 1998 que hace referencia a la posible nulidad de un reglamento por infracción omisiva que es posible en dos supuestos: a) cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar; b) cuando el silencio del reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Y es únicamente en este caso de omisión reglamentaria, en el que el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la ley puede consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico.

En un sentido similar puede citarse también la STS de 18 de diciembre de 1997, o la STS de 20 de diciembre de 2007.

respecto a reglamentos inexistentes.⁴⁴ El carácter discrecional que tradicionalmente se ha conferido a la potestad reglamentaria de la Administración, así como las facultades revisoras de la jurisdicción contenciosa, han inclinado en este sentido la cuestión.

Desde este punto de vista, el ejercicio de la iniciativa reglamentaria puede favorecer el control judicial de la inactividad administrativa en este ámbito, en la medida en que fuerza a la Administración a pronunciarse, a petición de los vecinos, sobre la materia en relación con la cual se ha ejercido dicha iniciativa, bien aceptando la pretensión de desarrollo normativo o bien desestimándola, pero motivadamente.

Como hemos señalado, el contenido del derecho a ejercer la iniciativa popular comporta la tramitación del procedimiento indicado, que conlleva debate y votación por el pleno y resolución por parte del órgano competente, y es aquí, en la medida en que la iniciativa fuerza a la Administración a dictar una resolución, donde reside la eficacia de dicha iniciativa como forma de control de la inactividad administrativa, que resultará posible tanto si la Administración resuelve expresamente, como si la resolución se entiende dictada por silencio administrativo. Será, pues, la resolución de la Administración expresa o presunta, la que genere el acto administrativo que permita fiscalizar su actitud omisiva respecto al ejercicio de su potestad reglamentaria.

El ejercicio de la iniciativa y su verdadera eficacia en el control de la inactividad administrativa, pueden apreciarse en aquellos supuestos en que la potestad normativa se proyecta sobre ámbitos en los que la Administración tiene atribuida, genéricamente, una competencia normativa y también sancionadora en relación con materias de cuya regulación depende el efectivo reconocimiento y protección de los derechos de los vecinos. La cuestión entronca también con la potestad sancionadora, ineludible para la exigencia y cumplimiento del contenido reglamentario y, por ende, para el cumplimiento de los derechos reconocidos, y en concreto con el ámbito de materias reconocidas en el artículo 140 de la LRBRL, sobre las que cabe la potestad sancionadora del municipio y, por tanto, presuponen el ejercicio de la potestad normativa de la Administración local. Sobre estas materias

a las que la LRBRL presta cobertura legal, pero la intervención del municipio no está muy perfilada, cabe una mayor discrecionalidad, porque la habilitación legislativa se manifiesta en forma de finalidad u objetivo a conseguir, y no en el sentido de intervención concreta de la Administración local. Pensemos, por ejemplo, en la regulación normativa del uso de los espacios públicos del municipio, y la prohibición de realizar en ellos actividades tales como consumo de bebidas alcohólicas o prostitución. La iniciativa reglamentaria de los vecinos insta a la Administración a regular en un determinado sentido, pero al mismo tiempo permite controlar judicialmente la resolución de la Administración y obligar a la misma a dictar la reglamentación procedente. Obviamente el control judicial no puede entrar a determinar cuál haya de ser el concreto contenido de la normativa,⁴⁵ pero sí permite a los órganos jurisdiccionales constatar que el derecho de los vecinos está pendiente del oportuno desarrollo reglamentario, y obligar a la Administración a regular sobre el mismo. Igualmente por lo que se refiere al derecho de participación reconocido en el artículo 70 bis.

En todo caso cabe diferenciar el derecho a la iniciativa popular reglamentaria y su ejercicio del derecho a obtener la reglamentación o normación demandada por parte de los vecinos. La iniciativa reglamentaria comporta únicamente el derecho a poner en marcha el procedimiento que culmine con resolución administrativa sobre el asunto planteado, pero para entender satisfecho el derecho de iniciativa esa resolución no tiene por qué pronunciarse en el sentido planteado por la propuesta, ni siquiera aunque exista un deber por parte del municipio de adoptar una determinada regulación normativa respecto a la materia sometida a su consideración. El ejercicio de la iniciativa normativa se entiende válidamente ejercido y satisfecho cuando la Administración otorga a la pretensión o propuesta planteada la tramitación prevista en la Ley, y dicta una resolución en este sentido. Otra cosa es el derecho a obtener la prestación o la actuación administrativa demandada cuya procedencia deberá enjuiciarse a partir de la resolución obtenida, pero con arreglo a criterios de legalidad distintos a los que permiten entender si se vulnera o no el derecho de iniciativa.

44. Sobre esta cuestión puede verse *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, coordinado por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant lo Blanch, 2006, p. 30 y ss.

45. La STS de 8 de noviembre de 1990 señala que ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no pueden deducirse pretensiones encaminadas a lograr un pronunciamiento judicial que sustituya a la Administración en el ejercicio de una potestad tan genuinamente suya como es la potestad reglamentaria.

Por tratarse de dos derechos diferentes los titulares de los mismos son distintos, lo que incidirá necesariamente en la distinta legitimación para impugnar la resolución dictada por el órgano competente para resolver. En efecto, los promotores de la iniciativa reglamentaria, en cuanto titulares de un derecho subjetivo, estarán legitimados para impugnar dicha resolución en la medida en que entiendan vulnerado su derecho a ejercer la iniciativa reglamentaria. Así, por ejemplo, por la falta de motivación de dicha resolución, o por entender que concurre algún defecto formal en la tramitación del procedimiento establecido por el legislador.

Cuestión distinta es la impugnación de la resolución basada en la desestimación de la pretensión normativa planteada, a cuyos efectos estarán legitimados únicamente aquellos cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados por la ausencia de formación, y que en ocasiones podrán coincidir con los promotores de la iniciativa, y en general con los vecinos, cuando se trate de derechos o intereses que afecten a toda la comunidad vecinal, o bien solo a un grupo de ellos.

El ejercicio de la iniciativa reglamentaria permite conjugar las dos perspectivas desde las cuales el legislador ordinario configura a los municipios, en tanto en cuanto, según el artículo 1.1 de la LRBRL, los municipios son entes que gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades y, por otro lado, son cauce de participación ciudadana.

7. Los sujetos de la iniciativa popular reglamentaria

7.1. El derecho a la iniciativa popular en materia reglamentaria

El artículo 18 de la Ley de bases de régimen local configura la iniciativa popular como un derecho de los vecinos, si bien el artículo 70 bis de la misma Ley restringe el ámbito subjetivo, reservando este derecho únicamente a los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. Esta cuestión es importante, puesto que ello supone incluir o no en el ejercicio de este derecho a un colectivo en ocasiones muy numeroso en

algunos municipios como son los extranjeros no comunitarios, que, una vez inscritos en el padrón municipal, ostentan la condición de vecinos según el artículo 15 de la LRBRL, o incluso a aquellos vecinos menores de edad para el ejercicio de derechos de carácter político, pero en los que cabe presuponer capacidad para apreciar lo que es de interés general, y manifestar una iniciativa en este sentido. Me estoy refiriendo a los vecinos mayores de 16 años que todavía no han alcanzado la mayoría de edad.

En todo caso, la eficacia de la iniciativa popular se hace depender de que dichas iniciativas vayan suscritas por un determinado porcentaje de vecinos en la siguiente escala:

- Para municipios de hasta 5.000 habitantes, el 20%.
- De 5.000 a 20.000 habitantes, el 15%.
- A partir de 20.000 habitantes, el 10%.

En el establecimiento de esta tabla porcentual, un dato llama la atención, y es el hecho de que se incluya un porcentaje de suscripción que se relaciona con la totalidad de los vecinos del municipio, a pesar de que solo los que están dotados del derecho de sufragio activo pueden promover la iniciativa.

Así pues, según el citado artículo no basta con ostentar la condición de vecino del municipio, sino que además es necesario gozar del derecho electoral de participación activa en las elecciones municipales. Sin embargo, el porcentaje de participación exigido para plantear válidamente la iniciativa popular, no se calcula tomando en consideración a los vecinos habilitados para plantear la iniciativa, sino a todos los habitantes del municipio, es decir que solo pueden plantearla los vecinos titulares del derecho de sufragio activo, aunque el porcentaje de participación queda referido a la totalidad de los vecinos.⁴⁶

Ahora bien, ¿cuál es el valor de los porcentajes establecidos por la Ley de bases de régimen local? Es decir, ¿podrían las comunidades autónomas a través de su legislación de desarrollo ampliar las expectativas de participación ciudadana rebajando el porcentaje de suscripción exigido? El artículo 70 bis de la Ley reguladora de bases de régimen local establece que lo dispuesto en dicho precepto se entiende sin perjuicio de la legislación autonómica en la materia. Esta afirmación legal viene a suponer que la legislación básica estatal actúa como una legislación de máximos,⁴⁷ estableciendo

46. Así, según el apartado segundo del artículo 70 bis de la Ley reguladora de bases de régimen local, hasta 5.000 habitantes se exige el 20%. De 5.000 a 20.000 habitantes, el 15%. A partir de 20.001, el 10%.

47. Una valoración sobre los porcentajes fijados en la Ley puede verse en MONTIEL MÁRQUEZ, A., *La participación ciudadana en la vida local. La consulta popular*, obra cit., p. 142.

unos umbrales porcentuales que las comunidades autónomas no podrán en ningún caso superar, pero que en el contexto de su propia regulación sí podrán ser rebajados. Y esta misma posibilidad es admisible para las ordenanzas municipales, siempre que se sitúen en el marco habilitado por la legislación autonómica.⁴⁸

En todo caso, entiendo que merece una reflexión el contenido de la Ley de bases de régimen local, en la medida en que limita el ejercicio de un derecho de participación, como es la iniciativa popular reglamentaria, a los vecinos que ostenten el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. Esto se hace especialmente evidente si tenemos en cuenta que no estamos hablando de un instrumento de participación de la democracia directa o representativa, ni de un derecho que comporte el ejercicio de poder político, para lo cual es imprescindible ostentar el derecho de sufragio activo. Por el contrario, estamos hablando de una manifestación de la democracia participativa, de participación en las funciones de naturaleza administrativa, a través de la cual es posible presentar proyectos o propuestas de interés local y de naturaleza administrativa. Y esta propuesta o proyecto puede ser relevante para los vecinos, con independencia del reconocimiento de un derecho de participación política.

Por esta razón me parece mucho más coherente dotar de una mayor amplitud el reconocimiento del derecho, permitiendo que la iniciativa popular pudiera suscribirse por los vecinos del municipio que, siendo mayores de edad, consten en el padrón municipal, lo que abriría la posibilidad de participación a los inmigrantes, e incluso a los vecinos mayores de 16 años pero menores de edad.

Cuestión distinta es el reconocimiento de este derecho a personas que no ostenten la condición de vecino, por no figurar inscritos en el correspondiente padrón de habitantes. Es decir, ¿podría ampliarse el ámbito subjetivo de este derecho a todos aquellos que pudieran tener intereses en el ámbito municipal a pesar de no estar empadronados y, por ende, no ostentar

la condición de vecinos? En este sentido es necesario señalar que los mecanismos de participación ciudadana van fundamentalmente referidos a quienes fueran vecinos de la corporación local, no a quienes no lo son, puesto que el transeúnte actualiza su derecho de participación allí donde sea vecino. El artículo 18 de la Ley reguladora de bases de régimen local es claro en este sentido al referirse a los derechos y deberes de los vecinos.⁴⁹ Un reglamento municipal no puede regular aspectos del derecho de participación al margen de lo que dispone la Ley, razón por la cual ha de entenderse que la titularidad y ejercicio de estos derechos quedan restringidos a quienes tengan la condición de vecino.

7.2. El ejercicio del derecho a la iniciativa popular reglamentaria y las asociaciones ciudadanas

La iniciativa popular es un derecho reconocido individualmente a los vecinos por el artículo 18 h) de la LRBRL, pero cuyo ejercicio se realiza de manera colectiva.

En este sentido hemos puesto de manifiesto en el epígrafe anterior los requisitos formales para plantearlo, y el porcentaje de firmas necesario para que prospere una propuesta normativa reglamentaria planteada a través de la iniciativa popular.

La Ley de bases de régimen local no exige, sin embargo, la intervención de entidades o asociaciones ciudadanas que canalicen el ejercicio de este derecho, a pesar de que el artículo 72 de la citada Ley se refiere a ellas. La participación ciudadana puede realizarse a través de dos formas diferenciadas: por vía indirecta, a través de la integración de los interesados en determinadas instituciones representativas, o bien directamente. Pues bien, es evidente que el artículo 70 bis de la LRBRL establece una forma directa de ejercicio del derecho a la iniciativa popular, aunque colectiva en su manifestación, dados los requisitos necesarios para su planteamiento.

48. Lógicamente estos porcentajes vienen referidos a aquellos supuestos en que la iniciativa popular reglamentaria se ejerza en el ámbito de la Administración local, en cuyo caso el legislador autonómico debe de tener en cuenta lo establecido en la citada Ley básica.

Cuestión distinta se plantea si la regulación se establece en relación con la iniciativa reglamentaria en el ámbito de la Administración autonómica, en cuyo caso, y en virtud del principio de autoorganización, el legislador autonómico puede establecer sus propios requisitos porcentuales para validar la iniciativa popular en materia reglamentaria. En este sentido, el borrador de anteproyecto de Ley de participación ciudadana de la Comunidad Valenciana establece, en su artículo 9.2, que estas solicitudes deben estar respaldadas por un número de firmas de ciudadanos igual o superior a las veinticinco mil.

49. Con excepción quizá del artículo 18.1 e) que puede predicarse de todos los ciudadanos, de conformidad con el artículo 70 de la LRBRL y 35 de la Ley 30/92 de procedimiento administrativo.

De este modo, entiendo que la legislación autonómica de desarrollo en el ámbito local no puede imponer como requisito formal la necesidad de canalizar la iniciativa popular a través de estas asociaciones,⁵⁰ pues ello supondría incrementar las exigencias formales para el ejercicio del derecho, y establecer requisitos más gravosos que los previstos en la LRBRL.⁵¹

Es evidente que una regulación planteada en estos términos no haría sino dificultar los requisitos subjetivos para el planteamiento de la iniciativa normativa, puesto que a las exigencias relativas al número de firmas necesarias, habría que añadir la de la concurrencia de entidades ciudadanas representativas de derechos e intereses legítimos afectados.

En principio, la presencia de estas entidades ciudadanas puede incluso facilitar que prosperen este tipo de iniciativas ciudadanas, en tanto en cuanto pueden ser las promotoras de las mismas.⁵² Pero una cosa es esto, y otra bien distinta es que la legislación establezca su presencia e intervención como requisito formal, sin cuya concurrencia no se entienda validamente ejercido el derecho a la iniciativa normativa. La legislación reconoce su existencia como instrumento para favorecer la defensa de los intereses de los vecinos, de forma que uno de sus objetivos ha de ser necesariamente facilitar la participación ciudadana, pero su presencia nunca puede convertirse en un requisito que dificulte y haga más gravosa la ya de por sí compleja iniciativa popular, y es evidente que su exigencia puede complicar extraordinariamente estas pretensiones.

Por esta razón, entiendo que no son aceptables desarrollos autonómicos de la legislación de régimen local que introduzcan este requisito, que está ausente del artículo 70 bis de la LRBRL, en la medida en que intensifican las exigencias impuestas por la legislación básica. Es cierto que el propio artículo 70 bis establece su contenido sin perjuicio de la legislación autonómica en esta materia, pero esta precisión debe entenderse en el sentido de que la Ley de bases funciona en esta materia como una legislación de máximos, tanto en relación a los porcentajes como a los requisitos exigidos,

que no podrán ser incrementados por la legislación autonómica, pero sí reducidos, mejorando así los requisitos y expectativas para el ejercicio del derecho a la iniciativa ciudadana.

Hay que tener en cuenta, además, que exigir la presencia de las entidades ciudadanas para que prospere la iniciativa popular reglamentaria puede suponer, al mismo tiempo, exigir un plus de "legitimidad" para el ejercicio de este derecho, que, en principio, dado el ámbito en que se plantea, es innecesario, y que podría contradecir incluso el fundamento de esta forma de participación, enraizada en razones de interés general.

La iniciativa popular reglamentaria tiene un fundamento similar al trámite de información pública, puesto que está, en principio, abierta a cualquier ciudadano, tenga o no interés directo o legítimo en el asunto. Así pues, ambas formas de participación van dirigidas a la generalidad de los ciudadanos, y son una garantía del acierto y oportunidad de la norma, ya que dichas actuaciones vienen referidas a un interés general y colectivo que trasciende el propio de quienes pueden verse directamente afectados en sus derechos e intereses. Ambos constituyen una garantía formal de participación en la formulación de normas de carácter general, en la cual los llamados a participar son los ciudadanos, sin necesidad de la presencia de intereses directamente afectados. Se manifiestan, eso sí, en momentos procedimentales distintos, puesto que, mientras que la información pública presupone la existencia de un procedimiento ya iniciado a instancias de la Administración, la iniciativa reglamentaria se refiere a la posibilidad y al derecho concedido a los ciudadanos de proponer a la Administración la iniciación de este procedimiento a instancias de las necesidades o demandas de la comunidad vecinal, de forma que la iniciativa reglamentaria trasciende los intereses legítimos o directamente afectados, lo que no quiere decir que no pueda referirse también a ellos. Por eso, articular el ejercicio de la iniciativa reglamentaria en torno a la exigencia legal de concurrencia de asociaciones ciudadanas representativas de los derechos

50. El Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales establece en el artículo 235 una serie de supuestos en que la participación ciudadana se canaliza a través de las asociaciones de vecinos.

51. El artículo 9 del borrador de anteproyecto de la Ley de participación ciudadana de la Comunidad Valenciana, preveía el ejercicio del derecho a la iniciativa normativa de los ciudadanos a través de las entidades ciudadanas representativas de los derechos e intereses legítimos afectados por la norma en cuestión. Según el citado proyecto, las solicitudes de iniciativa normativa debían estar respaldadas por, al menos, tres entidades ciudadanas y por un número de firmas de ciudadanos, miembros o no de las mismas, igual o superior a las veinticinco mil.

52. Así, por ejemplo, el Reglamento de participación ciudadana del Ayuntamiento de Valencia señala que la iniciativa podrá ser ejercida por los ciudadanos, y promovida por las asociaciones y entidades, pero sin contener una exigencia de este tipo.

e intereses afectados por la norma, supondría, en mi opinión, restringir las posibilidades de este derecho, y la exigencia de unos requisitos que no están de acuerdo con su naturaleza o finalidad. Lo lógico será pensar que estas entidades estarán entre aquellas que promuevan la iniciativa, pero esta concurrencia debe considerarse como una consecuencia lógica del ejercicio del derecho de iniciativa, no como una exigencia legal que restringiría el objeto y fundamento de esa iniciativa.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la iniciativa popular otorga a los ciudadanos la posibilidad de proporcionar a los poderes públicos, a la Administración en este caso, elementos de juicio suficientes para garantizar el acierto y oportunidad de las decisiones administrativas y dar respuesta a las necesidades de la comunidad, además de revestirlas de legitimidad democrática, lo que se hace especialmente relevante en aquellos ámbitos o materias con un elevado grado de discrecionalidad administrativa, de tal forma que, a través del ejercicio de la iniciativa popular reglamentaria, la Administración pueda conocer, antes de adoptar una decisión, cuáles son las demandas o necesidades de la comunidad, a través de las propuestas de un sector cuantitativamente cualificado de los vecinos.

El llamamiento a las entidades ciudadanas representativas de derechos o intereses afectados por la norma, supone confundir el fundamento y justificación de la iniciativa reglamentaria con el fundamento de otros cauces de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales tales como el trámite de audiencia. La jurisprudencia ha interpretado que el llamamiento a los ciudadanos ha de entenderse básicamente como un llamamiento de carácter corporativo, es decir, como un llamamiento a las asociaciones o corporaciones que representen o defiendan los intereses afectados directamente por la norma, siempre y cuando la pertenencia o afiliación a las mismas presente carácter obligado. Sin embargo, estas exigencias quedan perfectamente justificadas cuando hablamos del trámite de audiencia, puesto que, aun tratándose de una forma de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, su fundamento difiere considerablemente de la iniciativa popular o del trámite de información pública, ya que con este trámite se trata de dar oportunidad a los sujetos afectados por la norma de pronunciarse al respecto y defender sus propios intereses, justificación que como hemos visto no concurre en el caso de la iniciativa popular, cuyas

pretensiones tienen que ver con los intereses comunes o generales de la colectividad, con la oportunidad de la norma y con su legitimación democrática, con independencia de que al mismo tiempo pueda ser usada como instrumento para hacer valer los intereses legítimos de algún colectivo afectado.

En este sentido, no puede negarse que las asociaciones de vecinos son cauces de participación ciudadana, cuya finalidad justifica sobradamente el reconocimiento de derechos como los recogidos en los artículos 228 y siguientes del Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales, pero ello no puede suponer el desconocimiento del derecho de los vecinos a hacer uso de los suyos propios, sin necesidad de que sean canalizados a través de dichas asociaciones o entidades ciudadanas.

8. El ámbito objetivo de la iniciativa popular reglamentaria

La modificación de la Ley de bases de régimen local por la Ley de modernización del Gobierno local, ha establecido un ámbito considerablemente amplio sobre el que ejercer la iniciativa popular. En este sentido el artículo 70 bis de la Ley 7/1985 señala que la iniciativa popular podrá plantearse respecto de propuestas de acuerdos, actuaciones o proyectos de reglamentos. Así pues, el ámbito de la iniciativa popular es muy amplio desde un punto de vista formal, y abarca tanto actuaciones de carácter jurídico como actuaciones materiales, e incluso iniciativas de carácter normativo, como la aprobación de reglamentos que, en todo caso, han de referirse a materias de la competencia municipal.

Esta última referencia al ámbito competencial en relación con el cual puede ejercerse el derecho a la iniciativa popular reglamentaria, presenta, sin embargo, numerosas cuestiones que el precepto no resuelve. Es necesario señalar que los supuestos en los que la entidad local tiene competencia para ejercer la potestad reglamentaria y dictar normas reguladoras con este carácter, suelen deducirse con claridad de las leyes sectoriales que delimiten su competencia, de modo que la iniciativa reglamentaria podrá ejercerse sobre aquellas materias en que el municipio tenga reconocida potestad reglamentaria. En otras ocasiones la habilitación legislativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria proviene de la propia LRBRL, cuyo artículo 140 proporciona a las administraciones locales la cobertura

legal necesaria para establecer la regulación normativa y el régimen sancionador en ausencia de legislación sectorial. No obstante, la cuestión no siempre es tan sencilla en relación a instrumentos de carácter sectorial que tienen valor reglamentario y en donde pueden intervenir varias administraciones, como es el caso de la aprobación de los planes de urbanismo.

Así, el artículo 70 bis de la LRBRL habla de materias de la competencia municipal, pero el precepto no especifica si han de ser competencias propias o pueden ser también competencias delegadas, o si han de ser competencias exclusivas o cabe la posibilidad de ejercicio de este derecho en relación con materias sobre las que también se proyecten competencias de otras administraciones públicas, de modo que podamos hablar de competencias concurrentes.

En principio, y como decimos, el artículo 70 bis de la LRBRL no da respuesta a estas cuestiones. Sin embargo, el citado artículo sí establece que la iniciativa popular puede incorporar una propuesta de consulta popular, en cuyo caso tales iniciativas serán tramitadas por el procedimiento y con los requisitos del artículo 71 de la misma Ley, precepto que sí contiene una referencia más detallada al ámbito competencial, indicando que los asuntos que pueden ser sometidos a consulta popular son aquellos de la competencia propia municipal, de carácter local, que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, exceptuando los relativos a la Hacienda local.

Entendemos que, aunque referidos a las consultas populares, estos mismos requisitos competenciales son trasladables al ámbito del ejercicio de la iniciativa popular, y ello en atención a distintas razones. En primer lugar, porque estamos hablando en ambos casos de manifestaciones de participación ciudadana, que comparten un mismo fundamento, y que tienen una finalidad similar, pues en ambos casos se trata de conseguir que las decisiones adoptadas por la Administración tengan en cuenta los intereses y las demandas de la comunidad vecinal, por lo que deben desarrollarse en el marco de un mismo plano competencial. Y en segundo lugar, porque son dos manifestaciones de participación

ciudadana que pueden confluir en su ejercicio (en los casos de iniciativa popular de la consulta, que se ejerce asociada al ejercicio de la iniciativa reglamentaria), por lo que los requisitos competenciales deben ser comunes a ambas. De ahí que los criterios que proporciona el artículo 71 de la Ley de bases de régimen local, aun referidos a las consultas populares, resulten de gran interés y se puedan aplicar también a los supuestos de iniciativa reglamentaria.

De acuerdo con estas conclusiones, para plantear la iniciativa reglamentaria es necesario que esta se proyectara sobre una materia de la competencia propia municipal. Con esta expresión, el precepto declara expresamente que no cabe proyectar el ejercicio de la iniciativa popular en relación con materias que el municipio ostente por delegación, y que el ámbito de aplicación de este derecho es el de las competencias propias, es decir, de aquellas que el municipio ejerce en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, aunque de manera coordinada con el resto de administraciones públicas, y que se contraponen a las competencias ejercidas por delegación a que se refiere el artículo 7 de la LRBRL. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el ámbito de la Administración local no cabe hablar de competencias delegadas en materia reglamentaria, pues en este ámbito la delegación se refiere más bien a actuaciones de gestión o ejecución, con lo que este criterio será relevante para determinar la posibilidad o no de realizar propuestas de acuerdo o actuaciones a través de la iniciativa popular, pero no cabe siquiera plantearlo en relación con la potestad reglamentaria.

Pero esta vinculación de la iniciativa popular al ámbito de las competencias propias del municipio, merece otra aclaración que se refiere a la posible incidencia sobre estas mismas materias de competencias de otras administraciones públicas, y es que en ningún caso cabe identificar competencias propias con competencias exclusivas, ni plantear como conceptos antagónicos el ámbito de las competencias propias de carácter local con ámbitos competenciales concurrentes con otras administraciones públicas, en relación con una misma materia y ámbito territorial.⁵³

53. Así lo indica la STS de 23 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/173167) que señala:

“La lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1 f) y 71 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias

La autonomía local se constituye al amparo de la garantía institucional que establece la Constitución, lo que significa que no existe un ámbito competencial previamente diseñado por el constituyente, sino que este se configura por el legislador básico primero y sectorial después. Esto implica que no existen competencias exclusivamente de carácter local, pues no hay ámbitos competenciales exentos cuyo interés corresponda única y exclusivamente a la Administración local. Por tanto, no cabe identificar las competencias propias con competencias municipales exclusivas, ni plantear como conceptos antagónicos el ámbito de las competencias propias de carácter local con ámbitos competenciales concurrentes con otras Administraciones públicas, en relación con una misma materia y ámbito territorial.

Uno de los ámbitos en que se manifiesta de forma evidente esta concurrencia competencial es el urbanismo, que sin duda forma parte de las competencias propias que se asignan al municipio por el artículo 25 de la LRBRL, pero donde la diversidad de intereses presentes hacen del mismo una materia de titularidad compartida por los municipios y las comunidades autónomas. La ordenación urbanística es una materia que forma parte indiscutible del ámbito de los intereses del municipio,⁵⁴ y sobre ella se proyecta de forma particularmente intensa el principio de autonomía local.⁵⁵ El Tribunal Constitucional ha señalado que son las comunidades autónomas las que, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, deben regular el nivel de participación de los municipios en los

distintos ámbitos en que tradicionalmente se ha dividido el urbanismo (planeamiento, gestión y disciplina), pero estas deben ajustarse al parámetro de legalidad y constitucionalidad que marcan tanto el principio de autonomía local de la Constitución como el artículo 25 de la Ley reguladora de régimen local, en cuanto impone desde su condición de legislación básica la necesidad de que los municipios ejerzan competencias en materias de ordenación, gestión y disciplina urbanística, intervención que las normas autonómicas no pueden desconocer, pero que puede revestir distintas manifestaciones.⁵⁶

La STC 51/2004 de 13 de abril (EDJ 2003/23388) analiza el grado y la forma de intervención de los municipios en relación con la aprobación del planeamiento urbanístico. La sentencia condiciona la forma e intensidad de la participación en función de los intereses que resulten afectados por el instrumento de planeamiento, de forma que si se trata de planes que afectan a intereses que exceden del ámbito competencial del municipio, es decir, que afectan a intereses supramunicipales, no será necesaria una participación tan intensa del municipio, y el principio de autonomía local quedará garantizado a través del trámite de audiencia previa o la emisión de informes o dictámenes, que en este caso será suficiente para garantizar el umbral mínimo de participación de las entidades locales en las decisiones que les afecten.⁵⁷

En cambio, cuando se trata de planes que afectan a cuestiones comprendidas principalmente en el ámbito de

básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aún teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales."

54. Algunas reflexiones sobre las consultas populares y la aprobación del planeamiento urbanístico pueden verse en ORDUÑA PRADA, E., "La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia", *REALA*, núm. 294-295, 2004, p. 315 y ss.

55. En este sentido puede verse la STC 51/2004 de 13 de abril.

56. La STS de 23 de septiembre de 2008 analiza esta cuestión con motivo de la posibilidad de celebración de una consulta popular sobre la aprobación inicial de un plan general de ordenación urbana, partiendo del presupuesto de que los asuntos de la competencia propia municipal no equivalen a asuntos de la competencia exclusiva del municipio.

57. Es el supuesto que se plantea en la STC 51/2004 de 13 de abril en relación con la modificación de un Plan General Metropolitano. Según la referida sentencia, "... que la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano está atribuida a la Comisión de Urbanismo de Barcelona cuando dicha modificación exceda del ámbito de los intereses cuya gestión corresponde a un municipio o a una comarca, no significa que estas entidades locales carezcan de posibilidades de participación en el procedimiento de aprobación de la modificación del planeamiento general metropolitano correspondiente (...)

"La circunstancia de que, por la definición del supuesto del primer inciso del precepto cuestionado, los intereses afectados excedan del ámbito competencial del municipio o la comarca afectados permite afirmar que esta vía de participación es, en estos casos, suficiente para garantizar el umbral mínimo de participación de las entidades locales en las decisiones que les afecten exigido por la autonomía local garantizada constitucionalmente."

actuación del municipio, como es su ordenación urbanística, es necesario reconocer una mayor participación a los municipios, y ello tanto si la incidencia del plan queda limitada al ámbito estrictamente local, resultando solo implicados intereses municipales y ninguno supramunicipal, como cuando estas decisiones puedan afectar también a otros intereses supramunicipales⁵⁸ presentes en el ámbito territorial afectado por el planeamiento.⁵⁹

Por esta razón la participación de las administraciones locales se manifiesta de manera más intensa en la intervención de sus instrumentos generales de ordenación, revistiendo la forma de aprobación inicial, si bien la posible concurrencia de intereses de carácter supramunicipal o los controles de legalidad justifican la intervención de otras administraciones públicas en un momento posterior a la intervención municipal, convirtiendo la aprobación del planeamiento en una potestad de titularidad compartida por los municipios y las comunidades autónomas,⁶⁰ y ello pese al reconocimiento jurisprudencial de que la ordenación urbanística del término municipal es tarea que corresponde fundamentalmente al municipio.

La STS de 23 de septiembre de 2008 admite estas mismas conclusiones, señalando que la concurrencia competencial no debe oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que corresponde fundamentalmente al municipio, y que la intervención de otras administraciones se justifica solo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que se atribuyen a las administraciones supraordenadas sobre las inferiores. Desde estos argumentos, la sentencia analizada afirma que la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbana es una competencia propia municipal que habilita el planteamiento de una consulta popular, y desde este mismo punto de vista cabría justificar la iniciativa popular reglamentaria.

De acuerdo con estas conclusiones ha de afirmarse, por tanto, que la iniciativa popular reglamentaria puede plantearse en relación con instrumentos que revisiten el valor de normas reglamentarias, aunque dichos instrumentos estén sometidos a un procedimiento de aprobación bifásico dada la concurrencia de competencias en la materia, en donde exista una aprobación

58. La Ley del Parlamento de Andalucía 7/2002 de 27 de diciembre (EDL 2002/56733) define el Plan General de Ordenación Urbana como el instrumento de planeamiento que tiene como objeto la ordenación urbanística en la totalidad del término municipal, y en su artículo 3 señala que corresponde a los municipios la formulación de proyectos de instrumentos de planeamiento de ámbito municipal, incluyendo la aprobación inicial, como Administración responsable de la tramitación de dicho Plan General, y la aprobación definitiva de las innovaciones de los planes generales de ordenación urbanística que no afecten a la ordenación estructural de estos.

59. La STC 51/2004 de 13 de abril hace depender de la presencia o no de intereses supramunicipales concurrentes con los intereses locales la iniciativa de la Comunidad Autónoma para modificar un Plan General Metropolitano. La disposición transitoria octava del Texto refundido de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto legislativo 1/1990 de 12 de julio, señalaba: "De conformidad con la Ley 7/1987 de 4 de abril, en tanto no se apruebe el Plan territorial Parcial del ámbito de las comarcas del Barcelonés, el Baix Llobregat, el Maresme, el Vallés Occidental y el Vallés Oriental, la iniciativa para la modificación del Plan General Metropolitano y de la Revisión del Programa de actuación corresponde a la Comisión de Urbanismo de Barcelona. Si la modificación del Plan afecta a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal o a una comarca, la iniciativa corresponderá los entes locales interesados."

En su versión en catalán, la última frase del precepto transcrito añadía, sin embargo, el adverbio *també*, de forma que existe una discrepancia entre la versión catalana y la castellana del precepto. De acuerdo con esto, la redacción en catalán sería la siguiente: "*Si la modificació del Pla afecta elements amb una incidència territorial limitada a un terme municipal o a una comarca, la iniciativa correspon també als ens locals interessats.*"

Esta divergencia no es irrelevante, en la medida en que el precepto en catalán atribuye la competencia de iniciativa de forma concurrente a los entes locales interesados y a la Comisión de Urbanismo de Barcelona.

La sentencia del Tribunal Constitucional, además de analizar desde un punto de vista formal el exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y la existencia de un vicio de *ultra vires*, analiza también desde un punto de vista material la competencia atribuida a la Administración autonómica a través de la Comisión de Urbanismo de Barcelona para asumir la iniciativa de modificación del Plan General Metropolitano también en los supuestos en que dicha modificación afecta únicamente a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal o a una comarca, tomando como referencia el principio de autonomía local. Entiende el Tribunal Constitucional que el supuesto de hecho de la norma se refiere a las modificaciones en que estén solo implicados intereses estrictamente locales (municipales), y ninguno supramunicipal, de forma que la modificación del Plan carece de toda trascendencia con respecto a intereses supralocales. De acuerdo con ello, "Si la graduación de la intensidad de la participación del municipio ha de llevarse a cabo en función de la relación entre intereses locales y supralocales, es claro que, cuando únicamente aparecen aquellos y no éstos, es necesario concluir que la competencia atribuida en el segundo inciso del precepto cuestionado a la comisión de urbanismo de Barcelona vulnera la autonomía municipal garantizada por los artículos 137 y 140 de la Constitución."

60. Véase, entre otras muchas, la STS de 25 de octubre de 1995 (EDJ 1995/6935).

inicial por parte del municipio y una aprobación definitiva por parte de la Comunidad Autónoma. En tal caso la iniciativa popular reglamentaria podrá referirse sin duda al ámbito de intervención que corresponde al municipio, es decir, a la aprobación inicial del instrumento correspondiente, en este caso un Plan General de Ordenación Urbana.

Por lo demás la Ley de bases de régimen local parece reconocer el derecho a la iniciativa popular reglamentaria con bastante amplitud, al reconducirla a los asuntos de competencia municipal de interés general, sin establecer ninguna otra limitación por razón de la materia. La cuestión se plantea especialmente en relación con aquellos ámbitos materiales en donde puede producirse una cierta confrontación entre los intereses generales y los individuales, o en los que la apreciación del interés público por parte de los vecinos no es del todo objetiva, por afectar a intereses patrimoniales particulares o individuales. Me estoy refiriendo a aquellas cuestiones que tienen que ver con materias de carácter tributario y presupuestario, aprobación de normas fiscales y materia impositiva.

Precisamente por esta razón el artículo 71 de la LR-BRL excluye las materias relativas a la Hacienda local del ámbito de las consultas populares, exclusión que, en mi opinión, debería aplicarse también a la iniciativa popular reglamentaria. E igualmente cabría preguntarse si es posible establecer esta misma restricción en relación con aquellas materias que se refieren a la organización municipal, por entender que son cuestiones de trascendencia interna alejadas de los intereses vecinales.

En mi opinión esta exclusión tendría menos justificación en el ámbito de la Administración local, por la proximidad de los vecinos a los órganos de Gobierno, y por la posibilidad de participación en los mismos, ya sea coyuntural o estructuralmente, que reconoce en algunos casos la propia legislación de régimen local, razón por la cual la composición y funcionamiento de los órganos de gobierno local tendrá una mayor trascendencia externa hacia los administrados y sus relaciones con la Administración de cara sobre todo al ejercicio del derecho de participación. Por otro lado, esta iniciativa popular reglamentaria puede incidir en la creación de determinados órganos de carácter complementario,⁶¹ en los que la composición de los mismos

es un cauce de participación vecinal, razón por la cual entiendo que no puede negarse la capacidad de ejercer la iniciativa popular en esta materia.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el artículo 70 bis de la LR-BRL alude expresamente a la iniciativa popular para presentar proyectos de reglamentos, que son las normas que tradicionalmente contienen las cuestiones relativas a la organización municipal, por contraposición a las ordenanzas, que regulan el resto de materias de competencia local, con lo que la Ley parece admitir abiertamente esta posibilidad. En todo caso no debe caerse en una interpretación excesivamente literal del precepto, ya que, con la expresión "proyectos de reglamentos", la Ley hace referencia a las distintas manifestaciones formales de la potestad normativa de las entidades locales, ya sean reglamentos u ordenanzas, de forma que las limitaciones al ejercicio de la iniciativa popular reglamentaria vendrán dadas por razón de la materia y no por la forma que adopte la norma que las regula.

Admitir esta posibilidad permite también implícitamente concluir sobre la posibilidad de plantear la iniciativa popular reglamentaria incluso en relación con aquellas cuestiones que requieren de mayoría cualificada (absoluta) para su aprobación, ya que esta es la mayoría requerida para la aprobación de los reglamentos de organización.⁶²

En todo caso, cabe entender que el objeto de la iniciativa puede ser no solo la presentación de proyectos normativos con objeto de regular *ex novo* una materia que no tenía regulación previa, sino también la modificación de normas preexistentes, e incluso la sustitución de un reglamento por otro, lo que llevaría implícita la petición de derogación del anterior.

9. Un supuesto específico: la iniciativa popular reglamentaria con propuesta de consulta popular

La LR-BRL no solo reconoce la iniciativa reglamentaria de los vecinos en los términos que hemos visto más atrás, sino que prevé además la posibilidad de que en el ejercicio de esta iniciativa los ciudadanos puedan no solo proponer a la Administración un proyecto normativo, sino también la celebración de una consulta popular tal y como prevé el artículo 70 bis de la citada Ley.

61. Para municipios que no estén incluidos en la categoría de gran población.

62. Artículo 47 f) de la LR-BRL. Aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la corporación.

Las consultas populares son un mecanismo de participación previsto también en la legislación de régimen local, a través del cual los vecinos, previo cumplimiento de los requisitos y cauces procedimentales fijados por la Ley, pueden manifestar su opinión sobre un determinado asunto de relevancia local, pero sin que el resultado de esta consulta resulte vinculante para los órganos que deben decidir.⁶³

De acuerdo con el artículo 71 de la citada LRBRL, constituyen una forma de democracia participativa que otorga a los ciudadanos la posibilidad de proporcionar a los poderes públicos (Administración) elementos de juicio suficientes para garantizar el acierto y oportunidad de las decisiones administrativas y revestirlas de legitimidad democrática, ya que, si bien suponen una participación directa en los asuntos públicos, sin embargo no implican el ejercicio de poder político ni una manifestación de la soberanía popular, sino más bien una participación administrativa propiciada por el hecho de que el ámbito en el que se plantean las consultas populares es el de las competencias municipales de índole más administrativa que política.

Se insertan en el marco de una función o actividad de naturaleza administrativa, de forma que la consulta popular no constituye una manifestación de soberanía popular que vincule a los poderes públicos, sino la expresión de una opinión o parecer que implica la colaboración de los ciudadanos con los poderes públicos, pero sin sustituir en ningún momento la capacidad de decisión de los órganos competentes, sino simplemente como un complemento de su actuación.

La regulación de las consultas populares y su celebración a iniciativa de la Administración estaba prevista en la redacción inicial de la LRBRL. En cambio la consulta popular a petición de los vecinos estaba reconocida como un derecho de los vecinos en el artículo 18 de la LRBRL, aunque la citada Ley no contenía ninguna otra

referencia al respecto. Tras la reforma efectuada por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, el derecho de los vecinos a pedir la celebración de la consulta se asocia con el derecho a ejercer la iniciativa popular, regulada como sabemos en el artículo 70 de la LRBRL, a través de la cual es posible plantear también la propuesta de celebración de la consulta, aunque en tal caso el procedimiento a seguir será el previsto en el artículo 71 de la LRBRL, que implica someter la iniciativa al pleno del Ayuntamiento para acordar su celebración por mayoría absoluta, a lo que deberá seguir la autorización del Gobierno.⁶⁴

Las consultas populares se inscriben, al igual que la iniciativa reglamentaria, en el marco de una forma de participación administrativa que implica la colaboración de los ciudadanos con la Administración, y constituyen un mecanismo cualificado de participación directa en la actividad administrativa, en la medida en que su regulación remite a un conjunto de garantías y formalidades, que permiten considerar el resultado obtenido en las mismas como representativo de la opinión general expresada democráticamente.

La participación ciudadana alcanza así su máxima expresión, pues supone no solo la propuesta por parte de los vecinos de un proyecto normativo, sino también la apreciación de su relevancia y la petición de su sometimiento a consulta popular. Y además constituyen un elemento de participación cualificado, pues el resultado de las mismas puede considerarse representativo de la opinión general, dados los requisitos exigidos para su celebración y la remisión a normas de carácter electoral para su celebración. En efecto, las normas autonómicas que han regulado esta materia han establecido una remisión a las normas electorales,⁶⁵ lo que garantiza la realización de las consultas populares a través de procedimientos que garantizan el derecho de participación de todos los sujetos convocados, así

63. Sobre este punto puede verse NÚÑEZ LOZANO, C., "Las consultas populares locales", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, p. 427-435. Igualmente RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L., "Una primera aproximación a la Ley de regulación de las consultas populares locales en Andalucía 2/2001, de 3 de mayo", *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 286-287, p. 457-493. MONTIEL MÁRQUEZ, A., "La participación ciudadana en la vida local. La consulta popular", UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, p. 115 y ss.

64. El artículo 96 bis de la Ley 6/90 de 2 de julio de Navarra desarrolla este supuesto, al señalar que las iniciativas populares pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, de conformidad con lo previsto en la legislación reguladora de las consultas populares en el ámbito local.

En los casos en que el porcentaje mínimo de vecinos preciso para la iniciativa sea inferior al exigido para tramitar la consulta, de conformidad con lo dispuesto en su normativa específica, habrá de completarse dicho porcentaje con las firmas que resulten necesarias para alcanzar el mismo.

65. Así el artículo 11 de la Ley foral 27/2002, de 28 de noviembre, reguladora de las consultas populares de ámbito local. Decreto 294/1996 de 23 de julio de la Generalitat de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de consultas populares municipales. Igualmente la Ley del Parlamento andaluz, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía.

como la transparencia de la consulta y el resultado obtenido, en la medida en que contienen un conjunto de garantías ineludibles para considerar las consultas populares como una forma cualificada de participación administrativa, encauzada a través de un procedimiento democrático de participación y representativa de la opinión general.

Y revisten una virtualidad especial en aquellos asuntos en que, por su especial trascendencia y su carácter discrecional, el trámite de información pública se revela insuficiente para apreciar la valoración de la comunidad vecinal, pues si bien dicho trámite constituye una garantía formal de participación abierta a la generalidad de los ciudadanos, carece de los mecanismos y garantías necesarios que permiten asegurar que el resultado obtenido manifiesta la opinión general de los vecinos. Por el contrario, la experiencia demuestra que las alegaciones formuladas en el trámite de información pública proceden sobre todo de ciudadanos afectados de una u otra manera por la normativa de referencia, de forma que hacen valer más sus intereses particulares que los generales que pudieran resultar afectados.

En estos casos las consultas populares se revelan como un complemento a la garantía formal de participación que resulta del trámite de información pública.

Este carácter representativo de la opinión de los vecinos, está ausente en el resto de los cauces de participación habilitados por la legislación para conocer la opinión de los vecinos (foros, sondeos, encuestas de opinión, etc.), pues ninguno de ellos se encuentra revestido de las garantías y formalidades necesarias para considerarlo exponente de la opinión general expresada democráticamente.⁶⁶

Pues bien, cuando la iniciativa popular reglamentaria incluye también una propuesta de consulta popular, el artículo 70 bis señala que se seguirá el procedimiento regulado en el artículo 71, que implica someter la iniciativa al pleno del Ayuntamiento, que podrá acordar su celebración por mayoría absoluta, a lo que deberá seguir la autorización del Gobierno.

Con independencia del procedimiento dirigido a la celebración de la consulta popular, es necesario señalar, por lo que a nuestros efectos interesa, que la propuesta y posterior celebración de la consulta popular

incide en el procedimiento previsto para el ejercicio de la iniciativa reglamentaria, en la medida en que supone que el debate y votación del pleno, previo a la resolución por el órgano competente, y dirigido a apreciar la oportunidad de la propuesta, es sustituido por la opinión de los vecinos manifestada a través de la consulta popular. Es decir, que una vez celebrada la consulta a iniciativa popular debe retomarse el procedimiento previsto en el artículo 70 bis de la LRBRL, a los efectos de que el órgano que tiene la competencia para resolver adopte una decisión en este sentido, a cuyos efectos deberá tomarse en consideración el resultado de la consulta.

Así pues, el principio de participación democrática en la actividad administrativa alcanza su máxima expresión en aquellos supuestos en que la iniciativa popular reglamentaria lleva incorporada la propuesta de celebración de consulta popular, pues en tal caso los vecinos no solo colaboran con la Administración y ejercen la iniciativa normativa, sino que además manifiestan su parecer respecto al acierto y oportunidad de la propuesta, manifestándose dicho parecer a través de un procedimiento dotado de garantías que permiten considerar dichas opiniones como representativas de la opinión general de los vecinos, y que el órgano competente para resolver habrá de valorar antes de resolver. ■

66. Algunos de estos instrumentos de participación no implican la participación de todos los vecinos, sino solo de un grupo representativo de los mismos, en algunos casos elegidos discrecionalmente por la Administración; además, la ausencia de un procedimiento formalizado para articular dicha participación, no permite asegurar que estas opiniones sean representativas de la opinión general.

La recaudación municipal por deudas tributarias sobre bienes inmuebles

M^a Mercedes Lafuente Benaches

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

1. **Fundamento de la recaudación municipal**
2. **El derecho de la Administración local al cobro de la deuda tributaria impagada y la potestad de ejecución forzosa**
3. **El procedimiento administrativo de recaudación. Actuaciones que lo integran**
4. **La competencia municipal en el procedimiento ejecutivo de recaudación. La controvertida interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) al denegar la anotación preventiva del embargo de un bien inmueble por radicar fuera del término municipal**
 - 4.1. El artículo 8º de la LHL
 - 4.2. El límite de la territorialidad
 - 4.3. La colaboración interadministrativa
5. **La anotación preventiva de embargo sobre bienes inmuebles**
 - 5.1. Naturaleza jurídica
 - 5.1.1. Medida cautelar. 5.1.2. No es una medida cautelar
 - 5.2. Alcance de la calificación registral
 - 5.3. Su función en el procedimiento de apremio municipal por embargo de bienes inmuebles
 - 5.4. La sentencia de 28 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta)

Los ayuntamientos tienen reconocida competencia para la recaudación de los ingresos derivados del pago de los impuestos. Esta potestad de recaudación forma parte de la más amplia de “gestión de los tributos”, que resulta imprescindible para garantizar el cobro de las deudas tributarias en vía ejecutiva, voluntaria y, en su caso, forzosa, con el fin de disponer de los recursos necesarios para satisfacer las muy diversas finalidades públicas que corresponde atender a la Administración municipal.¹ El artículo 142 de la Constitución española

dispone: “Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas”. La “suficiencia de medios” es consustancial a la necesidad de atender las finalidades públicas implícitas en las atribuciones competenciales que el legislador atribuye a las corporaciones locales,² y, entre ellas, a los ayuntamientos. La suficiencia de

1. En la doctrina científica son tres, principalmente, las corrientes sobre el concepto de gestión tributaria. En primer lugar, una concepción amplia donde se da cabida a todas las actuaciones necesarias para la aplicación de los tributos, incluida la recaudación (por ejemplo, entre muchos otros, BANACLOCHE PÉREZ, J., “Una aproximación al estudio de los procedimientos tributarios”, en *Impuestos*, 1989/I, p. 1293 a 1308. SAINZ DE BUFANDA, F., *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid, 1991, p. 309 y ss.). En segundo lugar, la que limita la gestión del tributo a la liquidación del mismo, excluyendo la actividad de recaudación (MANTERO SÁENZ, A. y CUESTA RODRÍGUEZ, M., *Procedimiento en la Inspección tributaria*, EDF, Madrid, 1990, p. 5). En tercer lugar, quienes recurren a una concepción más amplia y restringida, según los casos (MARTÍN QUERALT, J. y LOZANO SERRANO, C., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 385, y BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, T., *Compendio de Derecho Financiero*, Alicante, 1991, p. 380).

2. Véase principalmente en este tema la STC 109/1998, de 21 de mayo. El artículo 142 CE, “en conexión con el art. 137 de la Norma suprema consagra, además del principio de suficiencia de las haciendas locales, la autonomía en la vertiente del

medios de las administraciones locales, en general, y de la municipal, en particular, es reflejo de su autonomía;³ comprende la capacidad de gasto,⁴ entendida como libertad para emplear los recursos, transferidos por la Administración estatal o autonómica, en el cumplimiento de los fines inherentes a sus propias competencias, y también la posibilidad de disponer de sus propios recursos, a través de una gestión autónoma, donde el eficaz ejercicio de la potestad de recaudación resulta indispensable para asegurar esa suficiencia.

En este sentido, la Carta Europea de Autonomía Local dispone que las entidades locales tengan derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias.⁵ Al menos, una parte de esos recursos debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales. El artículo 2º LHL señala:

“1. La Hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos:

“a. Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.

“b. Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras entidades locales.

“c. Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.

“d. Las subvenciones.

“e. Los percibidos en concepto de precios públicos.

“f. El producto de las operaciones de crédito.

“g. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.

“h. Las demás prestaciones de derecho público.

“2. Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes.”

Entre estas prerrogativas, hay que situar la potestad administrativa de recaudación, mediante los procedimientos de cobro voluntario y forzoso de la deuda tributaria.

1. Fundamento de la recaudación municipal

El fundamento jurídico-positivo de la potestad administrativa de recaudación municipal se encuentra en las leyes. Como señala Sánchez Ondal,⁶ el reconocimiento de esta potestad y la atribución de su ejercicio a los órganos administrativos es una constante histórica

gasto público, entendiéndolo por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias referidas” (SSTC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10). Autonomía local en la vertiente del gasto que entraña, al menos, dos exigencias. De un lado, “la plena disponibilidad” por las corporaciones locales de sus ingresos “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias” (STC 109/1998, cit., FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10; véase también la STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6). Y, de otro lado, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos; ha dicho el Tribunal Constitucional: “[s]olamente así, en rigor, asegurando *prima facie* la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingresos ‘para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas’, según la dicción literal del mencionado art. 142 CE” (SSTC 109/1998, cit., FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10). También en otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha destacado que la suficiencia financiera constituye el “presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE” [STC 233/1999, FJ 4 B)]; o un “complemento inexcusable de la autonomía financiera” (STC 87/1993, FJ 3); o, sencillamente, que sin tal suficiencia la autonomía deviene imposible (STC 233/1999, FJ 37).

3. Para que pueda existir autonomía es imprescindible disponer de los recursos necesarios para el cumplimiento de los fines propios. Scipione (*La finanza locale nella politica di sviluppo*, Giuffrè Ed., Roma, 1962) afirma: “*L'autonomia di un ente locale depresso esiste solo di nome, mentre è di fatto priva di ogni possibilità operativa; l'autonomia di un ente locale economicamente sano è una cellula vitale, fonte di iniziative sul piano sia sociale che economico.*”

4. PAUNER CHIVER, C., *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, CEPC, Madrid, 2001, p. 95.

5. La Carta Europea de Autonomía Local dispone en el artículo 9, apartados 2º, 3º y 4º: “2. Los recursos financieros de las Entidades locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la Ley. 3. Una parte al menos de los recursos financieros de las Entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la Ley. 4. Los sistemas financieros sobre los cuales descansan los recursos de que disponen las Entidades locales deben ser de una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias.”

6. Con más profundidad en “Recaudación ejecutiva municipal y Constitución”, CUNAL, 1985, p. 481 y ss.

“ininterrumpida”, como queda de manifiesto en la Ley de arbitrios de 23 de febrero de 1870, en la Ley municipal de 2 de octubre de 1877, en el Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, en la Ley municipal de 31 de octubre de 1935, en la Ley 7/1985 de bases de régimen local (artículos 731, 733, 737 y 742), en el RDL 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto refundido de la Ley de haciendas locales (artículos 7 y 8), y en el Reglamento general de recaudación de 29 de julio de 2005 (artículo 8). Pero el hecho de que históricamente el legislador haya otorgado y reconocido a favor de la Administración municipal la potestad administrativa de recaudación tiene un fundamento más profundo, el deber de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que conlleva la satisfacción de las necesidades de interés público y de toda la organización administrativa necesaria para ello.

Ese fundamento último de la potestad administrativa de recaudación descansa, pues, en el deber del ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, que hoy es elevado a deber constitucional, conforme al artículo 31.1º de la CE, que dispone: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante

un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.” La STC 110/1984, de 26 de noviembre, declara: “en el mundo actual la amplitud y complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante.”

El referido deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos sirve, por un lado, al mantenimiento y pervivencia de todas administraciones públicas y, también, de la municipal, que, a cambio de imponer a los ciudadanos unas determinadas obligaciones tributarias a satisfacer, les proporciona determinados servicios,⁷ y, por otro, al principio de solidaridad, en la medida en que “todos” contribuimos, si bien lo hacemos de acuerdo con nuestra capacidad económica.⁸ Precisamente, a través de la potestad administrativa de recaudación, mediante el cobro de las deudas tributarias, se materializa y se hace efectivo ese genérico deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos, y con ello se garantiza el adecuado funcionamiento de las referidas administraciones y el principio de solidaridad entre todos los contribuyentes.⁹ Por esta razón, el Tribunal Constitucional, en STC

7. GARCÍA NOVOA, C., en “El tributo como categoría jurídica. Algunas reflexiones sobre su origen constitucional”, Rev. AAEF, núm. 8, 2009, p. 25, pone de manifiesto la inescindible relación ingreso-gasto que tiene, como señala, unos comunes fundamentos axiológicos en la Constitución, que permite dotar de unidad al fenómeno financiero. Lo relevante para hablar de ingresos coactivos –dice este autor– es que los ingresos obtenidos se destinen al sostenimiento de los gastos públicos con independencia de quién sea el ente que los obtiene. Por ello, el nexo ingreso-gasto público constituye la razón última de la esencia contributiva del tributo.

8. La referencia a la capacidad económica queda puesta de manifiesto, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional siguientes: SSTC 19/1987, 37/1987, 209/1988, 45/1989, 221/1992, 186/1993, 214/1994, 164/1995, 134/1996, 182/1997, 14/1998, 233/1999, 46/2000, 194/2000, 96/2002.

Sobre la “solidaridad” como fundamento del citado principio, entre muchos otros, puede verse a LOZANO SERRANO, C., *Consecuencias de Jurisprudencia Constitucional sobre el Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid, 1990, p. 36; ESCRIBANO LÓPEZ, F., *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*, Civitas, Madrid, 1988, p. 326 y 327.

9. Aunque, en relación a las potestades administrativas de comprobación e inspección y a las infracciones tributarias, debe destacarse el parecer del Tribunal Constitucional en la STC 76/1990, de 26 de abril. Dice: “Esta recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos e incide en la naturaleza misma de la relación tributaria. Para los ciudadanos este deber constitucional implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la norma fundamental impone, una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales. Para los poderes públicos este deber constitucional comporta también exigencias y potestades específicas en orden a la efectividad de su cumplimiento por los contribuyentes.

“Este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar, en concreto, que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el artículo 31.1 de la Constitución es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo ‘se produciría una distribución injusta en la carga fiscal’, pues ‘lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar’; de ahí la necesidad y la justificación de ‘una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta’ (STC 110/1984, fundamento jurídico 3.º) (RTC 1984\110). La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a ‘un sistema tributario justo’ como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1.: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria.

135/1992, ha señalado que el contenido más importante del principio de solidaridad es el financiero.

De acuerdo con Pérez de Ayala,¹⁰ la actividad de recaudación resulta imprescindible para que, jurídicamente, quede correctamente aplicado el tributo y liberado el deudor tributario de sus obligaciones tributarias, nacidas –la aclaración es mía– para contribuir a ese deber de sostenimiento de los gastos públicos. Es la recaudación la que da efectividad al crédito; sin recaudación este no queda, debida y totalmente, satisfecho.

Podríamos concluir que existe un indiscutible y esencial interés público en la potestad administrativa de recaudación, pero con los límites que deben derivar del correlativo equilibrio entre las prerrogativas administrativas –potestad de autotutela recaudatoria– y los derechos del administrado, en su vertiente de contribuyente.¹¹ La doctrina viene defendiendo que el interés recaudatorio o fiscal no puede ser utilizado para llevar a cabo, por parte de las administraciones tributarias, actuaciones poco respetuosas con los derechos de los contribuyentes, con la excusa de que este constituye un interés público cualificado.

2. El derecho de la Administración local al cobro de la deuda tributaria impagada y la potestad de ejecución forzosa

De acuerdo con el artículo 2º del Reglamento general de recaudación aprobado por Real decreto 939/2005, de 29 de julio:

De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias sancionando en su caso los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias.”

Este “indiscutible y esencial interés público” aludido por la sentencia, es todavía, si cabe, más patente en la potestad administrativa recaudatoria, pues, sin ella, el procedimiento, para lograr el cobro de la deuda, quedaría inacabado, y la finalidad del referido deber de contribución, insatisfecha.

10. “Función tributaria, procedimiento de gestión y expediente por fraude a la Ley fiscal”, *MAEDF*, 1970, p. 477.

11. Véanse, entre otras, las SSTC 206/1993, de 22 de junio, fundamento 4º, y 107/1992, de 1 de julio, fundamento 2º.

12. El artículo 10º señala: “En la exacción de los tributos locales y de los restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, los recargos e intereses de demora se exigirán y determinarán en los mismos casos, forma y cuantía que en la exacción de los tributos del Estado. Cuando las ordenanzas fiscales así lo prevean, no se exigirá interés de demora en los acuerdos de aplazamiento o fraccionamiento de pago que hubieran sido solicitados en período voluntario, en las condiciones y términos que prevea la ordenanza, siempre que se refieran a deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva y que el pago total de las mismas se produzca en el mismo ejercicio que el de su devengo.”

El artículo 12º dispone: “1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria, en la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente y en las demás Leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo. 2. A través de sus Ordenanzas fiscales las Entidades locales podrán adaptar la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa.”

13. *La Ley General Tributaria y su aplicación a las Haciendas Locales*, Málaga, 2004, p. 47. MONTERO DOMÍNGUEZ, A., *El nuevo Reglamento General de Recaudación comentado*, La Ley, Madrid, 2006.

el caso de las Haciendas Locales donde la potestad legislativa y el ámbito de autonomía que ofrece la Constitución es menor que en el caso de las Haciendas autonómicas.”

La potestad administrativa de recaudación es una “función administrativa”. La sentencia de 27 de febrero de 2006, del TSJ de Castilla-La Mancha, así lo reconoce.¹⁴

La Administración municipal es el sujeto activo de la relación jurídico-tributaria, es decir, la “acredora” del importe de la deuda tributaria de todas aquellas obligaciones debidas por el sujeto pasivo, en razón de la cantidad o cuota debida a ingresar derivada de la obligación tributaria contraída frente a ella. Como acreedora de la deuda referida, le asiste el derecho al

cobro para hacerla efectiva. En la Administración concurre la doble condición de recaudadora y acreedora de la deuda tributaria.¹⁵

Cuando exista una deuda tributaria a favor de la Administración (cualquiera que esta sea), esta tiene el deber de actuarla, es decir, de llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para que sea satisfecha, ya que, como poder público, está obligada, en principio, a exigir su cumplimiento en aras a ese deber de contribución de aquellos contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación (STC 96/2002, de 25 de abril).

Desde esta concepción de la recaudación como una potestad administrativa de obligatorio ejercicio, cuando exista una deuda tributaria a favor de

14. En el FJ 4º señala:

“Aplicado lo anterior al caso, ha de concluirse tras examinar detenidamente el objeto de contratación, más allá de las salvaguardias genéricas y absolutamente imprecisas que se hacen de modo expreso a que la encomienda lo será para casos ‘que no impliquen ejercicio de autoridad’ o propios de la función pública, que dicho objeto comprende gestiones propias de recaudación o, dada su imprecisión, puede suponer dicha gestión, pues las distinciones realizadas por la Administración de que no se realizará por la empresa contratada recaudación en período ejecutivo, salvo ‘funciones auxiliares’, es puramente voluntarista y nada de ello, como de otras distinciones o advertencias sobre funciones que no llevaría a cabo la empresa, no están especificadas en la resolución administrativa ni en el pliego de condiciones que se aprueban y regulan las tareas o contenido del contrato.

“La delegación de funciones que se pretende por el Ayuntamiento no puede efectuarse en favor de una entidad privada, ni siquiera de una entidad pública cualquiera, puesto que el artículo 6.2 del Reglamento General de Recaudación solo prevé la delegación de la gestión recaudatoria de las entidades locales en favor de otros entes territoriales de carácter supramunicipal.

“Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 26 enero 1990 y 5 marzo 1993) es sumamente clara al abordar la cuestión. En efecto, la Ley 7/1985 reguladora de las bases de régimen local (LRBRL) prevé una regulación de la recaudación opuesta, en el sentido de que se encamina, a la que contenía la LRL de 1955, ya que mientras esta, en su artículo 731, autorizaba tanto la gestión directa como el arriendo, la concesión o la gestión afianzada, el artículo 85.2 LRBRL dispuso que ‘en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos ejercicio de autoridad’, precisando, además, en el artículo 92.2 que ‘son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcional las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función’. Y, en fin, el apartado 4º del mismo precepto, concibiendo un supuesto especial o excepcional, dispuso que ‘la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrán ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado.’

“Por tanto, antes incluso del Reglamento General de Recaudación de 1990, el conjunto normativo al que hemos hecho alusión, que no se vio afectado por la Ley 39/1988 de 28 diciembre, reguladora de las haciendas locales, excluyó ya de manera absoluta el sistema de gestión ‘indirecta’, en todas sus formas, para el servicio de recaudación. Únicamente quedó autorizada la continuidad en el ejercicio de sus funciones de los recaudadores que estuviesen contratados durante la vigencia de los contratos establecidos, los cuales podían ser prorrogados de mutuo acuerdo, en tanto las entidades locales no tuvieran establecido el servicio con arreglo en esta Ley, o bien, tratándose de municipios, mancomunidades u otras entidades locales o consorcios, no lo tuvieran establecido la Diputación o los cabildos como forma de cooperación al ejercicio las funciones municipales (disposición transitoria novena del Decreto legislativo 781/1986, que aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, TRDLRL).

“Como se indicó, ha de acreditar cumplidamente la Administración que las tareas que delega en una empresa privada no son propias de recaudación ni que impliquen ejercicio de autoridad, y ello ni se prueba ni se deriva de un pliego de condiciones genérico y que, por ello, permitiría a dicha empresa realizar tareas reservadas legalmente a funcionarios.”

15. El sujeto activo de la obligación tributaria es la Administración titular del derecho de crédito tributario. En este sentido, tratándose de una relación jurídica de deuda, será sujeto activo el ente público titular de las potestades administrativas de gestión del tributo ampliamente considerado, incluida la recaudación con independencia de que el producto recaudatorio del tributo no vaya destinado a la propia Administración recaudadora, por ejemplo esto sucede cuando la potestad administrativa de recaudación corresponde a la Administración tributaria estatal o autonómica y es la Administración local la que recibe lo recaudado como ingreso, formando parte de los recursos locales que esta tiene gracias a la transferencia de las administraciones estatal y autonómica.

la Administración, deberá cobrarla a través del procedimiento de ejecución, previsto legalmente, empleando la potestad de ejecución forzosa, mediante la vía de apremio, si el obligado se resistiese al cumplimiento voluntario. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de febrero de 2003, afirma: “El apremio tiene un primer matiz de intimidación al contribuyente que no procede al pago de la deuda tributaria en el período voluntario y un segundo sentido de garantía y protección de la Administración para el cobro de sus créditos mediante el embargo y subasta de los bienes del sujeto pasivo, de modo y manera que el presupuesto para la incoación del procedimiento de apremio ha de ser siempre la actitud obstruccionista y recalcitrante del contribuyente al abono de sus débitos fiscales, conducta que no es apreciable en el caso de que el mismo haga uso de su legítimo derecho a recurrir la liquidación por no estar conforme con los criterios de la Administración y preste, además, las garantías al efecto exigidas por la Ley.”

3. El procedimiento administrativo de recaudación. Actuaciones que lo integran

Cuando los administrados muestren una situación que ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación, estos deberán ser gravados con la imposición de los tributos, generándose en ellos el deber de cumplir las obligaciones tributarias correspondientes, cooperando, de esta forma, en el deber de contribuir al sostenimiento general de los gastos públicos.

Lo primero será, pues, determinar por el legislador¹⁶ cuáles son estas distintas situaciones que denotan capacidad económica, idóneas para ser gravadas a través de la imposición de los correspondientes tributos.

En relación a esa referida “capacidad económica,” individualmente considerada, el órgano competente

efectuará la liquidación tributaria, a través de la cual cuantificará y determinará el importe de la deuda tributaria (artículo 101 LGT) y lo notificará al obligado tributario (artículos 102 y 109 a 112 LGT).¹⁷

En la actividad de recaudación de las deudas tributarias, existen dos períodos de ingreso de la deuda tributaria y un procedimiento de autotutela administrativa, mediante vía de apremio, para posibilitar el fin mismo del procedimiento de recaudación: el cobro de la deuda.

En el período voluntario, el obligado, conocida la existencia del importe de la deuda, decide *motu proprio* cumplirla, mediante el pago voluntario. En el período ejecutivo, el legislador posibilita dos tipos de cumplimiento: uno extemporáneo, pues queda fuera del período voluntario; en él, el obligado paga tarde, pero lo hace *motu proprio*, espontáneamente; y otro, forzoso, siendo, en este caso, la propia Administración la que tendrá que realizar las actuaciones necesarias, sustituyendo la voluntad del obligado, para obtener el pago, mediante la vía de apremio. En este sentido, el artículo 160 de la LGT señala:

“1. La recaudación tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas conducentes al cobro de las deudas tributarias.

“2. La recaudación de las deudas tributarias podrá realizarse: a) En período voluntario, mediante el pago o cumplimiento del obligado tributario en los plazos previstos en el artículo 62 de esta Ley. b) En período ejecutivo, mediante el pago o cumplimiento espontáneo del obligado tributario o, en su defecto, a través del procedimiento administrativo de apremio.”

Cuando el pago se realice en período voluntario, de acuerdo con el artículo 126 de la LGT, el cobro del importe de la deuda tributaria deberá realizarse dentro de los plazos que el pago de cada tributo determine, tal y como dispone el artículo 62 de la LGT (“el pago voluntario se realizará con la forma y los efectos previstos en el artículo 61 de esta Ley”).

Si no fuera así y el pago no se efectuara en el período de ingreso voluntario, se inicia el período ejecutivo.

16. El artículo 4º de la LGT encarga al legislador esta función. Dice: “La potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley. 2. Las comunidades autónomas y las entidades locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las Leyes. 3. Las demás entidades de derecho público podrán exigir tributos cuando una Ley así lo determine.”

17. La cuantificación de la deuda es distinta cuando la liquidación la realiza la Administración mediante un acto de liquidación y cuando esta se efectúa por una “autoliquidación” del obligado al pago. Conforme al artículo 126.2 de la LGT, para las deudas autoliquidadas, el período ejecutivo comienza “cuando finalice el plazo reglamentariamente determinado para dicho ingreso o, si éste ya hubiera concluido, al presentar aquella”. Sobre la diversa problemática en torno a las autoliquidaciones, por la variedad de supuestos que permite, véase a LÓPEZ DÍAZ, A., *Período ejecutivo. Procedimiento de apremio y recargo*, Aranzadi, Navarra, 2001.

Cuando se trate de deudas tributarias cuya cuantía haya sido determinada por la propia Administración, este período ejecutivo comenzará al día siguiente del vencimiento del plazo establecido para su ingreso voluntario (artículo 161 LGT), produciéndose una continuidad entre el período voluntario y el ejecutivo.

Inmersos ya en el período ejecutivo, cabe diferenciar dos momentos distintos: un primer momento cuyo ínterin se extiende desde el día siguiente al vencimiento del plazo para el ingreso voluntario hasta el día en que se acuerda iniciar el procedimiento de apremio o ejecución forzosa, donde todavía cabe que el deudor pague por sí mismo. Así se desprende del artículo 160.3º de la LGT ya referido, donde se alude a un posible pago “espontáneo”, y del artículo 28.2 de la LGT, en donde, al regular los distintos “recargos del período ejecutivo”, dispone: “El recargo ejecutivo será del 5% y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio.” Este pago, calificado de “espontáneo”, entra dentro del período ejecutivo, incluso puede tener lugar iniciado ya el procedimiento de apremio, pues, de no ser así, no cabría la imposición de un “recargo”; en este caso, el propio obligado

termina efectuando el pago con la imposición de un recargo, pero, aunque la doctrina califique este pago extemporáneo de “voluntario”, en realidad lo hace forzado por la expectativa de que es mejor cumplir tarde que esperarse a que le venga impuesto forzosamente por la Administración por la vía de apremio, con todas las consecuencias jurídicas desfavorables inherentes a la misma. Este pago espontáneo –porque es uno de los trámites que integran la vía de apremio– forma parte del período ejecutivo y no voluntario, como incorrectamente alude el artículo 28.2º acabado de citar.

En definitiva, nos encontramos ante un pago extemporáneo, al margen del período de ingreso voluntario, previo o concomitante al procedimiento de ejecución forzosa (recordemos que este pago extemporáneo cabe, incluso, ya adoptado el acuerdo de iniciación de la vía de apremio), en el que la materialización de la actuación consistente en el pago, en un primer estadio, se deja todavía en manos del obligado, sin perjuicio de que, en su defecto, y en un segundo estadio, sea la propia Administración la que practique las actuaciones necesarias para que pueda efectuarse el pago y quede cumplida la obligación tributaria. El recargo es un medio coercitivo para que el obligado pague,¹⁸ lo que nos

18. El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 9 de julio de 2003 (A.6393) descarta que la función del recargo sea asimilable a la de la multa coercitiva y afirma: “Antes que nada hay que descartar a *radice* que el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria constituya, como las multas coercitivas, una medida de autotutela ejecutiva de la Administración ‘tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa’ [STC 239/1988 (RTC 1988, 239)]; en efecto, a diferencia de dicho tipo de medidas –que, como hemos afirmado en otras ocasiones, engarzan con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE (RCL 1978, 2836) [STC 148/1993, de 29 de abril (RTC 1993, 148)]–, el artículo 61.2 LGT (RCL 1963, 2490) tiene como presupuesto de aplicación la existencia de un incumplimiento de una obligación tipificado como ilícito administrativo en la Ley que el obligado debe rectificar espontáneamente, esto es, sin el previo apercibimiento de la Administración.”

La naturaleza del recargo ejecutivo es muy polémica. Una muestra de ello, la STC 164/1995, de 13 de noviembre. Una aproximación a su naturaleza a través de la lectura arroja el siguiente resultado: “Así pues, el artículo 31.1 CE habilita al legislador para proteger el especial interés de la Hacienda Pública en el pago puntual de las deudas tributarias con medidas eficaces cuya finalidad sea no sólo la de ‘compensar o resarcir al erario público por el perjuicio que le supone la no disposición tempestiva de los fondos necesarios para atender a los gastos públicos’, sino también la de ‘salir preventivamente al paso de una posible actitud dilatoria en el pago de sus deudas tributarias por los contribuyentes, y ante el riesgo de que dicha actitud pudiera generalizarse’.

“(…) El recargo no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/1988.

“(…) el hecho de que el recargo impugnado pueda tener una finalidad disuasoria del pago impuntual de las deudas tributarias no lo convierte en una sanción. Una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción.

“(…) En realidad la figura completa que aparece en el art. 61.2 LGT, aparte el cometido resarcitorio ya mencionado, tiene una clara función disuasoria de la tardanza en el pago de los tributos.

“(…) el recargo integra una penalización económica en caso de retraso en el pago para tratar de conseguir que éste se produzca dentro de plazo. En este sentido, su función es similar a la de la cláusula penal que pueden convenir las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, para impulsar el cumplimiento de las obligaciones en las relaciones privadas, que viene contemplada en los arts. 1152 y sigs. C.C. (a la que también las partes, en virtud de aquella autonomía, pueden dar distintas configuraciones) y que prevé también el legislador en el ámbito de la contratación administrativa (...)

“La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento.

indica que el período voluntario y la voluntariedad del pago han quedado atrás.

En el supuesto de que estemos ante una autoliquidación y no se haya efectuado el ingreso, son posibles dos situaciones: la primera, que no conste el importe de la deuda por falta de autoliquidación, en cuyo caso no cabe iniciar el período ejecutivo, y la segunda, que sí conste ese importe, en cuyo caso podrá iniciarse el período ejecutivo con carácter de continuidad. En este caso, el inicio del período ejecutivo será a partir del día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso, o, si este ya hubiere concluido, al día siguiente a la presentación de la autoliquidación.

Vencido el período voluntario de ingreso, y en la medida que no se produzca el pago extemporáneo por el propio obligado, procede iniciar la vía de apremio para obtener el pago de la deuda tributaria mediante un procedimiento administrativo, de autotutela, constituido por una serie de actuaciones o trámites íntegramente desarrollados por la Administración tributaria. El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 2004, señala: “en el derecho tributario, la exigencia judicial o extrajudicial se sustituye por virtud de la autotutela de la Administración manifestada por las distintas facultades de ésta que, en esencia son tres, la de autotutela declarativa, consistente en determinar la deuda tributaria mediante sus facultades comprobadoras e investigadoras y de liquidación; la de autotutela sancionadora, que es la acción para imponer sanciones tributarias y la de autotutela ejecutiva para cobrar las obligaciones tributarias por vía de apremio administrativo. Las tres, por su propia naturaleza, son secuenciales, de modo que la primera (...) es prioritaria respecto de la segunda y la tercera, pues la acción para cobrar nace cuando existe

una liquidación administrativa o una obligación declarada por el sujeto pasivo no ingresada, pero lo que importa es destacar que la Administración tributaria no solo ostenta dichas facultades, sino que además, y esto es muy importante, están obligadas a ejercerlas”. El TSJ de Canarias, en sentencia núm. 968/1995 de 31 de octubre, define este procedimiento de apremio como “una serie de actos coactivos de un ente público, dirigidos contra los bienes de un deudor tributario que no hizo efectiva voluntariamente la deuda, y con el fin de satisfacer esta última en virtud de su propio derecho y autoridad.”

La vía de apremio como procedimiento administrativo de autotutela, solo es posible dentro de los requisitos y en cumplimiento de las garantías que lo legitiman, concretamente el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de enero de 1989 afirma: “(...) y el procedimiento de apremio constituyen una prerrogativa sólo concedida cuando vencido el plazo de ingreso voluntario no se hubiere satisfecho la deuda tributaria” (artículos 128 de la Ley general tributaria y 97 del Reglamento general de recaudación), es manifiesto que es “improcedente cuando la deuda tributaria se ha satisfecho voluntariamente”, incluso después de transcurrido el plazo para ello; “y dicha prerrogativa se halla revestida de tales atributos de ejecutividad, efectos y limitaciones de medios de ataque y defensa que sólo para los supuestos en que está estatuida y con el riguroso cumplimiento de las formalidades y garantías que le son inherentes, puede acudir a ella”.

En el procedimiento de apremio se diferencian tres fases, de iniciación, desarrollo y terminación.

En fase de iniciación¹⁹ vamos a destacar: Primero, la providencia de apremio. Segundo, la notificación de la providencia de apremio. En la fase de desarrollo,

“Y al propio tiempo, el art. 61.2 L.G.T., que no sólo introduce el recargo sino que elimina las sanciones, opera estimulando un pago que aunque ya es tardío, se trata de adelantar en el tiempo para que se produzca antes del requerimiento. Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incrementa. Y además, una vez producido el incumplimiento del plazo de ingreso del tributo, supone un estímulo positivo para que el contribuyente regularice de manera voluntaria su situación fiscal, en la medida en que el importe del recargo es inferior al de las sanciones que le serían impuestas si no rectifica de manera voluntaria su omisión y da lugar a la actuación recaudatoria de la Administración tributaria. Con el recargo cuestionado se consigue, pues, un doble fin: estimular el pago puntual de la deuda, en evitación de las dificultades de tesorería y los daños que puede provocar a la Hacienda Pública el retraso masivo en el pago de los tributos, y, además, estimular que, una vez producido el retraso, el pago, aunque tardío, se efectúe de manera voluntaria, evitando así la puesta en marcha de los mecanismos de inspección y sanción de la Administración tributaria. De nuevo, el carácter masivo de las relaciones tributarias y la lógica limitación de medios materiales y humanos de la Administración tributaria justifican el recurso a este tipo de medidas de estimulación.”

En la doctrina destaca CARRASCO PARRILLA, “Los recargos por declaración voluntaria extemporánea y el recargo de apremio (como recargo por pago voluntario en período ejecutivo y como recargo del procedimiento de apremio)”, *Carta tributaria. Monografías*, núm. 297, 1998, p. 1 a 12.

19. Un estudio más detallado en LÓPEZ DÍAZ, A., *Período ejecutivo. Procedimiento de apremio y recargo*, Aranzadi, Navarra, 2001, y PÉREZ DE LA VEGA, L., *La iniciación del Procedimiento de apremio de las deudas tributarias*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

la diligencia de embargo de los bienes y las actuaciones posibles para llevarlo a cabo.

De la fase de terminación nos referiremos a las posibles formas de poner fin al procedimiento de apremio, principalmente al pago. De las fases señaladas, solo nos limitaremos a describir las actuaciones necesarias para adentrarnos en el objeto de este estudio.

Son presupuestos para iniciar la vía de apremio la existencia de una deuda tributaria impagada con unos requisitos que la hagan idónea para ello y su constancia, a efectos de conocimiento del obligado al pago. Los requisitos son su liquidez, exigibilidad y vencimiento. Sánchez Ondal²⁰ define el procedimiento administrativo de apremio como “medio de ejecución forzosa de las administraciones públicas para hacer efectivos, por sí, sus créditos de derecho público líquidos (previamente liquidados por ellas o reconocidos por autoliquidaciones del deudor), vencidos y exigibles, que se desarrolla mediante un procedimiento administrativo.”

Por otro lado, la jurisprudencia ha reconocido: “en el ámbito tributario el acto previo está constituido por la liquidación, cuya comunicación al sujeto pasivo, siempre que cumpla los requisitos del artículo 124 de

la Ley general tributaria, constituye el factor desencadenante de la obligación de pagar y, por tanto, el derecho de la Administración a cobrar por la vía de apremio” (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1995).

El procedimiento de apremio contra las deudas tributarias se inicia con el acuerdo de iniciación, mediante el dictado de la providencia de apremio. La LGT en el artículo 167, apartados 1º y 2º, dispone:²¹

“1. El procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada al obligado tributario en la que se identificará la deuda pendiente, se liquidarán los recargos a los que se refiere el artículo 28 de esta Ley y se le requerirá para que efectúe el pago.

“2. La providencia de apremio será título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios.”

La providencia de apremio constituye el primer trámite de la vía de apremio por la que la Administración ordena la ejecución contra el patrimonio del obligado al pago.²²

20. Ob. cit., p. 369.

21. El artículo 69.2º del RGR señala: “Iniciado el período ejecutivo, la recaudación se efectuará por el procedimiento de apremio, que se iniciará, a su vez, mediante la notificación de la providencia de apremio a la que se refiere el artículo 70.”

22. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencia núm. 765/2000 de 6 septiembre, refiriéndose al acto de providencia como actuación que pone en marcha la vía de apremio, señala: “En este sentido, el artículo 45.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, autoriza genéricamente la emisión de documentos en cualquier soporte por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, así como la emisión de esos mismos documentos como copias de originales almacenados por estos mismos medios. Por supuesto estas autorizaciones genéricas no eximen, como el propio artículo citado se encarga de aclarar, de garantizar la autenticidad, integridad y conservación ni de asegurar el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes. Pues bien, si conectamos lo anterior con el concreto acto administrativo del que se denuncia la ausencia de firma, nos encontramos con que tal acto no es otro que la providencia de apremio, es decir, uno que presenta muy especiales características en cuanto al nivel o grado de decisión o de contenido volitivo que incorpora, ya que en realidad éste es escasísimo, limitándose a ser, la providencia de apremio, de acuerdo con la normativa que estaba vigente en la fecha en que se expiden los documentos en cuestión, una pura consecuencia mecánica de la expedición del título ejecutivo que es la certificación de descubierto (artículo 104 del Reglamento General de Recaudación). Es, según dicha normativa [pues la Ley 25/1995, de 20 de julio (RCL 1995, 2178 y 2787), introdujo modificaciones en el artículo 127.4 de la Ley General Tributaria] la certificación de descubierto la que implica el acto de reflexión, comprobación y declaración de los distintos elementos que determinan la decisión de transitar desde el período de pago voluntario a la vía de apremio, documento por tanto de verdadero contenido sustantivo, importantes consecuencias jurídicas y fuerza ejecutiva igual a la sentencia judicial (artículo 104 citado). La providencia de apremio, por el contrario, carece en absoluto de un contenido ni siquiera parecido al anterior, y en realidad no pasa de ser una pura consecuencia, automática e ineluctable, de la expedición del título a que acaba de hacerse alusión, una forma de hacer que el título que la certificación de descubierto es, pase a tener virtualidad concreta, pase a provocar el desarrollo de la vía de apremio que ha determinado abrir, una forma de, materialmente, comenzar lo que el primer título ordena y legitima. En este sentido, la providencia de apremio resulta ser un acto especialmente apto para ser dictado a través de los medios a que más arriba se ha hecho alusión. De este modo, lo único que se requiere es que concurran en ella elementos suficientes para garantizar la autenticidad del documento que se expide (o del que se expide copia a efectos de notificación, pudiendo estar el documento original, como se ha visto, almacenado en soportes informáticos), formas de identificación y garantía de procedencia suficientes. Las cuales, en el caso de autos, concurren sobradamente a partir de la incorporación, a la notificación que se efectuó al actor, de un impreso, de carácter oficial y expedición mecanizada, que incorpora las referencias necesarias, incluso claves, para identificar el expediente administrativo concreto que se sigue por los órganos competentes para el cobro de la específica deuda que el actor tiene pendiente, con indicación, así, de la clave de liquidación, identificación del concepto

En relación a la misma, la jurisprudencia ha ido delimitando y esclareciendo una serie de aspectos: En primer lugar, el pago efectuado extemporáneamente impide el inicio de la vía de apremio; la suspensión debidamente garantizada impide el inicio de la vía de apremio (TSJ Comunidad Valenciana, sentencia núm. 644/1995 de 24 julio).

En segundo lugar, la providencia de apremio que ha de ser notificada debidamente al deudor, siendo nulo cualquier acto del procedimiento que se realice antes de que se produzca dicha notificación y, en concreto, los requerimientos de pago realizados al deudor antes de la notificación de la correspondiente providencia de apremio (TSJ Islas Baleares, sentencia núm. 336/1997 de 24 junio).

En tercer lugar, las providencias de apremio carecen de estricta autonomía material, en cuanto no son sino actos de ejecución de otro precedente que las preordena y a cuyos términos deben supeditarse (TSJ La Rioja, sentencia núm. 398/1996 de 14 septiembre).

En cuarto lugar, el recargo de apremio penaliza a quien obliga a la Administración a recurrir a la vía ejecutiva de recaudación y retribuye a los servicios de recaudación que la llevan a efecto; pero, para el devengo del recargo de apremio, es necesario que se dicte providencia de apremio y que esta haya sido debidamente notificada al sujeto pasivo, sin que a ello obste lo dispuesto por el artículo 108.2º de la LGT; no procede el recargo de apremio cuando el contribuyente satisface la deuda tributaria después de finalizado el período voluntario, pero antes de que se dicte la certificación de descubierto (TSJ Cataluña, sentencia núm. 269/1995 de 4 mayo).

La providencia de apremio se referirá a los siguientes extremos, de acuerdo con el artículo 70.2º del RGR:

La providencia de apremio deberá contener:

- a. Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, número de identificación fiscal y domicilio del obligado al pago.
- b. Concepto, importe de la deuda y período al que corresponde.
- c. Indicación expresa de que la deuda no ha sido satisfecha, de haber finalizado el correspondiente plazo de ingreso en período voluntario y del comienzo del devengo de los intereses de demora.

d. Liquidación del recargo del período ejecutivo.

e. Requerimiento expreso para que efectúe el pago de la deuda, incluido el recargo de apremio reducido, en el plazo al que se refiere el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

f. Advertencia de que, en caso de no efectuar el ingreso del importe total de la deuda pendiente en dicho plazo, incluido el recargo de apremio reducido del 10%, se procederá al embargo de sus bienes o a la ejecución de las garantías existentes para el cobro de la deuda, con inclusión del recargo de apremio del 20% y de los intereses de demora que se devenguen hasta la fecha de cancelación de la deuda.

g. Fecha de emisión de la providencia de apremio.

Dictar la providencia de apremio y ordenar su notificación corresponde a los órganos competentes, y lo serán los que establezca la norma de organización específica, cuestión que abordaremos más adelante.

Transcurrido el plazo señalado para el pago de la deuda tributaria, de conformidad con el artículo 62.5º de la LGT, sin haberse realizado el ingreso requerido, se procederá, en cumplimiento del mandato contenido en la providencia de apremio, al embargo de los bienes y derechos que procedan, siempre que no se hubiese pagado la deuda por la ejecución de garantías, o fuese previsible de forma motivada que de dicha ejecución no resultará líquido suficiente para cubrir la deuda.

La fase de desarrollo se inicia con la materialización de las actuaciones conducentes al embargo de los bienes por medio de la diligencia de embargo.

La diligencia de embargo ordenará este sobre los bienes y derechos necesarios, para cubrir el importe de la deuda impagada. Es un acto de ejecución de la providencia de apremio cuya finalidad es trabar los bienes del obligado y afectarlos al pago de la deuda impagada. El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de abril de 1997, reconoce: "el recurso contencioso-administrativo es admisible, en relación con los actos de trámite, si éstos deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a la vía administrativa o hagan imposible o suspendan su continuación, y ciertamente, contra una diligencia de embargo no hay específicamente previsto recurso

por el que se exacciona, fecha de la providencia de apremio, número de justificante y clave de la certificación de descubierto de que proviene, de modo que la garantía de identificación y procedencia del acto están fuera de toda duda (de hecho, el actor no pone en cuestión siquiera que el documento provenga de la oficina de recaudación competente), ante lo que no cabe escudarse en la falta de una firma que nada añade a la identificación o garantía de autenticidad del documento para impedir que el cobro de la deuda siga su legal y debido curso. Por consiguiente, el presente Recurso Contencioso-Administrativo debe ser desestimado."

en el Reglamento General de Recaudación, la posibilidad de la impugnación de los actos de esta naturaleza descansa, en último término, en la situación de indefensión que su subsistencia sea capaz de producir en el interesado, de tal modo que, cuando concentran en sí mismos toda una actividad administrativa desarrollada para el cobro de una deuda tributaria, conforme ocurre en el supuesto aquí enjuiciado, adquieren la sustantividad necesaria para hacerlos susceptibles de revisión jurisdiccional. En este sentido, una diligencia de embargo acordada y practicada en procedimiento tributario de apremio, en que la traba se ha producido, en cuanto aquí interesa, por cantidad superior a la que podía constituir, como después se verá, la deuda tributaria, y en que aparecen omitidas las prevenciones que para la misma establecía el artículo 120 del Reglamento General de Recaudación, aquí aplicable –el de 14 de noviembre de 1968, se entiende–, hoy 124 del vigente de 20 diciembre 1990, no puede menos que ser considerado un acto ejecutivo de la inicial providencia de apremio, pero en el que cabe apreciar diversas infracciones del ordenamiento que sólo pueden ser subsanadas en virtud del recurso jurisdiccional. Para evitar la indefensión, por tanto, que la negación de este originaría al hoy apelante, procede la declaración de su admisibilidad y, por ende, y al no haberlo entendido así la sentencia de primera instancia, su revocación.”

La diligencia de embargo deberá ser notificada al obligado y demás interesados. Como señala Fernández Fernández:²³ “Con la diligencia de embargo el procedimiento toma un cariz eminentemente práctico, ciñéndose a todas las actuaciones precisas para, una vez desatendidos los requerimientos con los recargos legales, proceder contra el patrimonio del deudor a fin de saldar la deuda pública pendiente, que, en los términos del artículo 169.1 LGT, estará compuesta por el importe de la deuda no ingresada o principal, los

intereses devengados, los recargos del artículo 28 y las costas del procedimiento”. A esta idea de practicidad o materialización se refiere también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de diciembre de 2005, en la que se afirma: “(...) no impugnada o desestimada la impugnación de la providencia de apremio y no hecho efectivo el pago de la cantidad apremiada en el plazo conferido, procede la materialización del cobro de la cantidad apremiada mediante el proveído del embargo de bienes del deudor y la posterior practica de dicho embargo lo que se concreta mediante la oportuna diligencia de embargo, siendo asimismo impugnable la práctica del dicho embargo, si bien con un alcance limitado a cuestiones propias de dicha operación de traba y embargo.”

El embargo es una actividad compleja, ya que abarca e integra actuaciones distintas, unas necesarias y otras accesorias: búsqueda y localización de los bienes, selección, traba y garantía, todas ellas integrantes de la fase de desarrollo.

Previo a la búsqueda, localización y traba de los bienes objeto de embargo, estos han de ser aptos para ser embargados y deben reunir unos requisitos. En primer lugar, han de ser de titularidad del deudor u obligado en el momento de la providencia de embargo, resultando indiferente que este, con posterioridad, pueda llevar a cabo actos de disposición sobre los mismos. En segundo lugar, han de tener carácter patrimonial, es decir, susceptibles de contenido económico. En tercer lugar, alienables y embargables porque, por naturaleza o disposición legal, no hayan sido excluidos del tráfico jurídico.

La búsqueda y localización de los bienes de titularidad del obligado son imprescindibles para que el crédito pueda ser finalmente satisfecho. El obligado tributario debe colaborar en la determinación de estos bienes.²⁴ Delimitados los bienes a embargar, el or-

23. “El desarrollo del procedimiento de apremio”, en *Recaudación ejecutiva y Hacienda Local*, (dirigido por SERRANO ANTÓN, F.), Thomson, Civitas, Madrid, 2008.

24. El artículo 162 de la LGT dispone: “1. Para asegurar o efectuar el cobro de la deuda tributaria, los funcionarios que desarrollen funciones de recaudación podrán comprobar e investigar la existencia y situación de los bienes o derechos de los obligados tributarios, tendrán las facultades que se reconocen a la Administración tributaria en el artículo 142 de esta Ley, con los requisitos allí establecidos, y podrán adoptar medidas cautelares en los términos previstos en el artículo 146 de esta Ley. Todo obligado tributario deberá poner en conocimiento de la Administración, cuando ésta así lo requiera, una relación de bienes y derechos integrantes de su patrimonio en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 169 de esta Ley. 2. Los funcionarios que desempeñen funciones de recaudación desarrollarán las actuaciones materiales que sean necesarias en el curso del procedimiento de apremio. Los obligados tributarios deberán atenderles en sus actuaciones y les prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones. Si el obligado tributario no cumpliera las resoluciones o requerimientos que al efecto se hubiesen dictado, se podrá acordar, previo apercibimiento, la ejecución subsidiaria de dichas resoluciones o requerimientos, mediante acuerdo del órgano competente.”

den de selección de los bienes será el acordado por la Administración y el obligado conforme a los criterios de "mayor facilidad para su enajenación y menor onerosidad para el obligado" y, en su defecto, por el señalado en el artículo 169 del RGR.²⁵

La traba de los bienes seleccionados determinará la sujeción de los mismos a las resultas del procedimiento de apremio, con la finalidad de permitir la ejecución del crédito mediante su cobro forzoso.

La garantía de la traba, mediante su anotación en el registro, es la última de las actuaciones; no es constitutiva ya que no es necesaria para la existencia del embargo, si bien lo refuerza.

Dependiendo de la clase de bienes a embargar, la práctica del embargo se ajustará a lo que dispone la normativa para el caso concreto. En relación al embargo de bienes inmuebles, el artículo 83 del RGR regula aspectos básicos, como el contenido de la diligencia de embargo,²⁶ y del mismo destacamos la "advertencia de que se tomará anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad a favor del Estado o, en su caso, de la entidad u organismo titular del crédito que motiva la ejecución", cuestión que se desarrolla en los artículos siguientes (84 a 88 del RGR), y sobre la que reflexionaremos a continuación.

Se procederá a la valoración y enajenación de los bienes embargados, conforme a los artículos 97 y 100 y ss. del RGR, y el importe obtenido se destinará a pagar las costas del procedimiento de apremio y la deuda impagada y, con ello, a satisfacer el crédito de la Administración, dándose por concluido el procedimiento (artículo 115 del RGR).

4. La competencia municipal en el procedimiento ejecutivo de recaudación. La controvertida interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) al denegar la anotación preventiva del embargo de un bien inmueble por radicar fuera del término municipal

La Comisión ejecutiva de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) solicitó, antes de finalizar el año 2009, la posibilidad de reunirse con los portavoces de los grupos parlamentarios en el Congreso y en el Senado, para trasladarles su posición respecto a la reforma de la Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas, demandando, por un lado, una mayor participación en el nuevo modelo de finan-

25. El artículo 169.2º LGT dice: "Si la Administración y el obligado tributario no hubieran acordado otro orden diferente en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, se embargarán los bienes del obligado teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el obligado.

"Si los criterios establecidos en el párrafo anterior fueran de imposible o muy difícil aplicación, los bienes se embargarán por el siguiente orden:

- "a. Dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito.
- "b. Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.
- "c. Sueldos, salarios y pensiones.
- "d. Bienes inmuebles.
- "e. Intereses, rentas y frutos de toda especie.
- "f. Establecimientos mercantiles o industriales.
- "g. Metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades.
- "h. Bienes muebles y semovientes.
- "i. Créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo."

26. Dice: "1. El embargo de bienes inmuebles y derechos sobre estos se efectuará mediante diligencia, que especificará las circunstancias siguientes: a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa del titular y, en su caso, del poseedor de la finca embargada, número de identificación fiscal de ambos y cuantos datos puedan contribuir a su identificación. b) Si se trata de fincas rústicas: naturaleza y nombre de dicha finca, término municipal donde radique y situación según se nombre en la localidad, linderos, superficie y cabida, e identificación registral y catastral, si constan. c) Si se trata de fincas urbanas: localidad, calle y número, locales y pisos de que se componen, superficie, e identificación registral y catastral, si constan. d) Derechos del obligado al pago sobre los inmuebles embargados. e) Importe total del débito, concepto o conceptos a que corresponda e importe de la responsabilidad a que se afecta el inmueble por principal, recargos, intereses y costas, con la advertencia de que podrá extenderse a los intereses que puedan devengarse hasta que concluya la ejecución y a las costas de esta. f) Advertencia de que se tomará anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad a favor del Estado o, en su caso, de la entidad u organismo titular del crédito que motiva la ejecución. g) De constar fehacientemente, estado civil y régimen económico del matrimonio. 2. En el momento de notificarse la diligencia de embargo según lo dispuesto en el artículo 76 se requerirán los títulos de propiedad a los titulares de los bienes o derechos. 3. Si debiera practicarse deslinde, el órgano de recaudación competente podrá optar por el nombramiento de un funcionario técnico adscrito a dicho órgano o por la contratación de los servicios de empresas especializadas. En ambos casos, el deslinde se realizará en el plazo de 15 días."

ciación autonómica, con la obligación de las comunidades autónomas de garantizar la participación de los gobiernos locales en los ingresos tributarios de estas, tal como señalan el artículo 142 de la Constitución y los estatutos de autonomía, y, por otro, la presencia de la FEMP en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, órgano en el que se adoptan las decisiones sobre financiación territorial.

Junto a estas exigencias de mayor protagonismo en el nuevo modelo de financiación, también presentó una serie de propuestas conducentes a garantizar la solvencia económica de los gobiernos locales y compensar el desplome de los ingresos en el año 2010, y que podría repercutir en el funcionamiento ordinario de estas instituciones y en la calidad de los servicios básicos que prestan a los ciudadanos; entre esas propuestas destaca la petición de modificación del concepto de extraterritorialidad para la recaudación ejecutiva de los ingresos de derecho público, para lo que sería deseable —en su opinión— una modificación del artículo 8.3º de la LHL.

La DGRN, en resoluciones de 9 de marzo, 14 de abril, 29 de noviembre y 22 de diciembre de 2006 y 24 de enero de 2007, afirma: “Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo, el artículo 8º de la Ley Reguladora de las Haciendas locales expresamente recoge que las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad local en relación con los ingresos de derecho público propios de ésta deberán ser practicados por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma o del Estado según los casos, previa solicitud del presidente de la Corporación. Aunque la calificación de los documentos administrativos tiene un alcance limitado, sin embargo llega a la competencia del órgano administrativo y en este caso es correcta la actuación del Registrador, aunque las Administraciones tributarias del Estado, las Comunidades autónomas y Entidades locales tengan

el deber de colaboración entre sí en los órganos de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales”. Esta doctrina es controvertida por dos razones: La primera, porque obedece a un cambio de criterio no justificado, pues con anterioridad se venía admitiendo, sin excepciones, la referida práctica de anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad.²⁷ En segundo lugar, porque una muy reciente sentencia de 28 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante, contradice esta práctica, estimando el recurso contra la negativa del registrador, y mostrándose partidaria de la anotación provisional del embargo, desautorizando con ello la postura mantenida por la DGRN.

4.1. El artículo 8º de la LHL

El artículo 8 de la Ley de haciendas locales regula el principio de colaboración, desarrollando el artículo 106.3º de la Ley de régimen local.²⁸ Concretamente, dispone:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las Administraciones tributarias del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales colaborarán en todos los órdenes de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales.

“De igual modo, las Administraciones a que se refiere el párrafo anterior colaborarán en todos los órdenes de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los restantes ingresos de derecho público de las entidades locales.

“2. En particular, dichas Administraciones: Se facilitarán toda la información que mutuamente se soliciten y, en su caso, se establecerá, a tal efecto la intercomunicación técnica precisa a través de los respectivos centros de informática.

27. Aunque la indagación sobre los antecedentes no vaya referida exactamente a la cuestión que nos ocupa, sino al auxilio de un Ayuntamiento a otro para conseguir hacer efectivas las deudas de residentes en otros municipios, se concluye que la anotación preventiva del embargo no exige del agente recaudador ninguna actividad, salvo la de presentar una documentación en una oficina pública, como es el Registro de la Propiedad; quizás esta particularidad aconseje eludir el trámite, bastante dilatorio, de remitir la providencia a través de recaudador donde esté el Registro, sobre todo si el retraso puede ir en menoscabo de los intereses de Hacienda. (Respuesta dada por el Consultor de los Ayuntamientos núm. 1507/89, en “Recaudación Municipal”, Edersa, Madrid, 1992, p. 125).

28. El citado precepto en el apartado 3 señala: “Es competencia de las entidades locales la gestión, recaudación e inspección de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de las entidades locales de ámbito superior o de las respectivas Comunidades Autónomas, y de las fórmulas de colaboración con otras entidades locales, con las Comunidades Autónomas o con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado.”

“a. Se prestarán recíprocamente, en la forma que reglamentariamente se determine, la asistencia que interese a los efectos de sus respectivos cometidos y los datos y antecedentes que se reclamen.

“b. Se comunicarán inmediatamente, en la forma que reglamentariamente se establezca, los hechos con trascendencia para los tributos y demás recursos de derecho público de cualquiera de ellas, que se pongan de manifiesto como consecuencia de actuaciones comprobadoras e investigadoras de los respectivos servicios de inspección.

“c. Podrán elaborar y preparar planes de inspección conjunta o coordinada sobre objetivos, sectores y procedimientos selectivos.

“Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio del régimen legal al que están sometidos el uso y la cesión de la información tributaria.

“3. Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad local en relación con los ingresos de derecho público propios de ésta, serán practicadas por los órganos competentes de la correspondiente comunidad autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del presidente de la corporación.

“4. Las entidades que, al amparo de lo previsto en este artículo, hayan establecido fórmulas de colaboración con entidades locales para la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos y demás ingresos de derecho público propios de dichas entidades locales, podrán desarrollar tal actividad colaboradora en todo su ámbito territorial e incluso en el de otras entidades locales con las que no hayan establecido fórmula de colaboración alguna.”

La modalidad de colaboración entre administraciones, prevista en el artículo 8.3º de la LHL, no determina, necesariamente, un cambio en la titularidad de la competencia desde la Administración que la tiene asignada –que precisa la colaboración de otra para poder actuarla– a la Administración colaboradora que sale en su auxilio. No se trata de una competencia compartida.

El artículo 8.3º de la LHL, coherente con el principio de territorialidad del municipio, instrumenta una técnica que posibilite la realización de una serie de actuaciones en materia de recaudación cuando el Ayuntamiento precise rebasar su término municipal, pues, de otra forma, no podría hacerlo por el obstáculo que supone el límite del territorio. Pero surge la duda de si, mediante esta técnica de colaboración, prevista para una mejor gestión de los intereses locales en materia de recaudación, se ha logrado un resultado adverso: impedir de manera rápida y, por lo tanto, eficaz, la recaudación de las deudas tributarias locales, dado que, en la práctica, no siempre existen convenios reguladores de delegación de estas actuaciones, y, en ausencia de estos, los ayuntamientos se quejan de la reticente, lenta y, a veces, inexistente, colaboración de las otras administraciones en esta cuestión. Por otro lado, el artículo 8.3º de la LHL prohíbe al Ayuntamiento verificar una serie de actuaciones “en materia de inspección o recaudación ejecutiva” más allá de su territorio, cuya delimitación es ambigua, pues no queda claro cuáles son esas actuaciones. De esta imprecisión, derivan afirmaciones confusas por parte de los distintos operadores jurídicos.

4.2. El límite de la territorialidad

Que el territorio es uno de los elementos del municipio, junto a la población y la organización, lo dispone el artículo 11.2º de la Ley de bases de régimen local, no en vano es una Administración territorial.²⁹

El artículo 12 de la misma Ley de régimen local considera al término municipal “como ámbito del ejercicio de la competencia municipal”, si bien –maticemos– no exclusiva, pues, en este mismo espacio, también puede concurrir la competencia de otras administraciones públicas.

Si nos detenemos en el artículo 2.1º del mismo texto legal, este dispone:

“Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas,

29. El artículo 1º de la Ley de bases de régimen local 7/1985, de 2 de abril, señala: “Los Municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades.” El artículo 4.1º, al conferirles las potestades administrativas para la satisfacción de los fines públicos de su competencia, declara hacerlo “En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial.”

reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.”

Entendemos que la competencia municipal se fundamenta en la necesidad de satisfacer unas necesidades públicas propias de esa comunidad, y de ahí la necesidad de asegurar la intervención del municipio en cuantos asuntos le afecten directamente. Es más, la atribución de competencias, sobre ese núcleo de intereses propios, se efectúa “en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local”. El territorio, el término municipal, se convierte en el espacio geográfico donde el Ayuntamiento ejercita su competencia, pero no puede convertirse en un espacio confinado cuando el interés público, implícito en la actuación municipal, y las potestades otorgadas para satisfacerlo, exijan rebasarlo.

Lo habitual es que los intereses locales se satisfagan dentro de ese ámbito geográfico que es el término municipal. Los intereses se califican de locales porque, las más de las veces, hacen referencia a asuntos, a necesidades que comienzan y terminan en ese término geográfico; pero caben supuestos en que la debida atención de intereses locales trascienda y exija traspasar ese espacio, físico y jurídicamente fronterizo.

El concepto de territorialidad en la doctrina³⁰

Kelsen afirma que el territorio es el ámbito espacial de validez de la norma jurídica. La validez referida es un concepto “temporal-espacial”, ya que la norma tiene como contenido una serie de hechos, encuadrados en el espacio y en el tiempo; el territorio o espacio geográfico se convierte así en una condición de validez o de legitimidad del ejercicio de las competencias del sujeto.

Desde este planteamiento, el territorio es un límite positivo y negativo. Positivo porque el sujeto no puede ejercitar sus competencias fuera del mismo. Negativo porque impide a otros sujetos ejercitar sus competencias en ese territorio. Estos límites pueden ser excepcionados por las leyes.

Cuestión diferente es que una actuación jurídica emanada dentro del ámbito territorial del sujeto pueda o no producir, de forma legítima, efectos extraterritoriales.

Existen decisiones jurídicas cuya materialización conlleva la producción de efectos extraterritoriales, pues, de no ser así, estas no podrían cumplir su finalidad. En estos casos, el territorio deja de ser un límite absoluto.

El territorio, en principio, tampoco es un criterio de distribución de competencias, salvo en aquellas materias en las que expresamente el Ordenamiento jurídico así lo haya previsto.

En el caso que ahora nos ocupa, cuando el legislador atribuye a la Administración local la potestad administrativa de recaudación, lo hace con plenitud, le está reconociendo capacidad para la gestión de ese tipo de interés; es una competencia cuya titularidad le corresponde. No estamos ante una competencia compartida, pues esta función le viene atribuida para atender sus propias necesidades y para gestionar sus propios intereses, corroborando su autonomía.³¹ Como ya dijimos, a la Administración local y, en concreto, a la municipal, le incumbe realizar la recaudación de las deudas tributarias, y, para ello, practicar cuantas actuaciones sean necesarias hasta alcanzar su cobro. Pero puede suceder que alguna de las decisiones adoptada en el ejercicio de la potestad recaudatoria por la Administración que tiene competencia para ello, pueda producir efectos extraterritoriales.

Al Ayuntamiento, en virtud de un principio de unidad de actuación, le compete liquidar y notificar la deuda tributaria y exigir su cobro, bien voluntaria o forzosamente. Por lo tanto debemos insistir en la plena competencia municipal para este cometido.

Sin embargo, el legislador, condicionado por el criterio de territorialidad, introdujo en la Ley de las haciendas locales de 1988 una regulación limitativa

30. Para explicar los aspectos del principio de territorialidad que nos interesan para el desarrollo de este estudio, seguimos a BLASCO ESTEVE, A., *Territori i competències autonòmiques*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1990.

31. En sentido parecido MUÑOZ MACHADO, S., en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, tomo I, p. 199, señala que el límite del territorio no permite concluir el desapoderamiento de las competencias que corresponden a las CC.AA., sino que exigiría fórmulas de coordinación que permitiesen reconocer algún efecto supraterritorial a las decisiones regionales.

para la Administración municipal a la hora de practicar una serie de actuaciones, dirigidas al cobro de las deudas tributarias, cuando incidieran en bienes inmuebles, situados fuera de su término municipal, tratando de salvar esta dificultad con mecanismos de colaboración.³² En esta dirección, los artículos 4.4º de la Ley 30/1992³³ y 8.3º de la LHL imponen la colaboración de la Administración local con otras administraciones en la materialización de las obligaciones tributarias locales, a fin de dotarlas de efectos, de que se lleven a cumplimiento cuando los bienes afectados se encuentren fuera del término municipal. No se pretende desapoderar a la Administración local de la competencia recaudatoria ya atribuida, sino de dotar, de manera legítima y por medio de la colaboración, de efectos extraterritoriales a una decisión que, de otra manera, quedaría imposibilitada en la práctica. Se trata de, salvando la "frontera" del territorio, practicar las actuaciones necesarias para la efectiva aplicación y realización del tributo.

En el sentido que acabamos de exponer, el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de noviembre de 1995, rechaza que el artículo 8.3º LHL pretenda "reservar al Estado y a las Comunidades Autónomas las funciones de inspección y recaudación ejecutiva en materia tributaria, por implicar un especial uso de la coacción, cuando esas mismas funciones se reconocen con toda normalidad a los propios municipios en sus respectivos términos municipales, así como que se trate de un precepto de atribución de potestades pues que se limita a ordenar el ejercicio de las que corresponden, sin ningún género de duda, a los correspondientes Ayuntamientos". La referida sentencia aclara: "El artículo 8.3º de la LHL no es un precepto de atribución de la competencia de recaudación ejecutiva en favor del Estado o de la Comunidad, puesto que ésta corresponde, como paladinamente establece el artículo 106.3º LBRL a las Entidades Locales, aunque solo puedan ejercitarlas por

sí mismas dentro de sus respectivos términos municipales."

Podría afirmarse que algunas de las facultades, constitutivas de la potestad de recaudación local, se disocian cuando deban actuarse sobre bienes situados fuera del territorio de esa Administración.

4.3. La colaboración interadministrativa

Como venimos exponiendo, la prestación de colaboración entre administraciones públicas es un principio esencial en toda organización integrada por una variedad de entes tales como la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades que componen la Administración local, y está expresamente reconocido en los artículos 4º de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, y 106º de la LBRL.

La colaboración prevista en el artículo 8.3º de la LHL es una particular forma de la misma, referida al auxilio para actuaciones determinadas ("ejecutivas y de recaudación") que persiguen contribuir a la realización efectiva de la potestad recaudatoria de la Administración local, mediante el cobro forzoso de la deuda tributaria.

Recordemos cómo, mediante este precepto, se ha tratado de salvar el obstáculo legal que el límite del territorio impone a la Administración local para llevar a cabo actuaciones ejecutivas y recaudatorias que lo rebasen; de ahí la reconocida³⁴ "virtualidad práctica" del mismo, ausente en otros campos del Ordenamiento. Esta virtualidad práctica es, sin embargo, limitada, pues la regulación de esta singular forma de colaboración es parcial³⁵ e insuficiente para prever los problemas y ofrecer las soluciones que estos plantean.

El artículo 8.3º de la LHL impone "en materia ejecutiva y recaudatoria" una colaboración obligatoria a

32. En este sentido, CORRAL GUERRERO, L., "Potestad tributaria de recaudación", en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 1994, p. 79, distingue entre potestad recaudatoria plena y de ejercicio. Es plena cuando en el ente público coinciden la condición de titular y la gestión de la cobranza; afirma que la potestad de recaudación de las entidades locales es una potestad plena-compartida (lo que en sí es ya una contradicción). Esta afirmación la basa en que, al autorizar la legislación fórmulas de colaboración para la cobranza de los tributos, ambas administraciones, la titular de la potestad de recaudación y la colaboradora, terminan compartiendo la potestad de recaudación en fase de ejecución forzosa.

33. Dice: "La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias."

34. RAMALLO MASSANET, en "Relaciones interadministrativas en la aplicación de los tributos", *DA*, núm. 240, 1994, p. 175, destaca cómo la ausencia de un precepto análogo para las CC.AA., obliga a tener que acudir a la firma de convenios para obviar el límite territorial.

35. Véase la Circular 4/1990, de 12 de noviembre, de la Dirección General de Recaudación para la Administración estatal.

las administraciones estatal o autonómica cuando la Administración local las requiera para ello. Obligatoriedad que deriva de la misma imposibilidad de hacerlo, por sí misma, fuera del término municipal. Por lo tanto, estamos ante una modalidad de colaboración obligatoria, pues así lo impone el legislador.

Este deber de colaboración singular debiera ir acompañado de una regulación de desarrollo suficiente³⁶ que prevea mecanismos de control, más allá del jurisdiccional, para que la colaboración se preste efectivamente y se haga con rapidez, pues los ayuntamientos vienen tiempo denunciando las dificultades que encuentran llegado el momento, cuando no existen convenios de colaboración –lo que suele ser bastante frecuente– y, en cuyo caso, resulta de aplicación el artículo 8.3º de la LHL.

Surgen interrogantes sobre cómo se articula este requerimiento de colaboración: ¿Es la Administración local la que delimita las actuaciones a seguir, limitándose la Administración estatal o autonómica a realizar las actuaciones que aquella disponga? De no ser así, ¿responde cada una de las administraciones de las decisiones y actuaciones que, individualmente, adopta? Y, ¿quién responde frente a terceros?

Ante los inconvenientes de esta técnica, cabría valorar la conveniencia de derogar el artículo 8.3º de la LHL y admitir abiertamente la extraterritorialidad de las actuaciones de la Administración local, necesaria para imponer el cumplimiento forzoso de la deuda tributaria.

5. La anotación preventiva de embargo sobre bienes inmuebles

El procedimiento de apremio contra bienes inmuebles tiene como singularidad la imposición legal de la anotación preventiva del embargo frente a los mismos. Esta singularidad está regulada en el artículo 170 de la LGT y 84–88 del RGR.

El artículo 170 de la LGT regula la anotación preventiva y dispone:

“Si los bienes embargados fueran inscribibles en un registro público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el registro correspondiente. A tal efecto,

el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo, solicitándose, asimismo, que se emita certificación de las cargas que figuren en el registro. El registrador hará constar por nota al margen de la anotación de embargo la expedición de esta certificación, expresando su fecha y el procedimiento al que se refiera.

“En ese caso, el embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación.

“La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 77 de esta Ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.”

De acuerdo con el artículo 85 del RGR, los mandamientos para la anotación preventiva de embargo contendrán:

- a. Certificación de la providencia de apremio y de la diligencia de embargo del inmueble o inmuebles de que se trate, con indicación de las personas o entidades a las que se ha notificado el embargo y el concepto en el que se les ha practicado dicha notificación.
- b. Descripción del derecho que tenga el obligado al pago sobre los bienes embargados.
- c. Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, en su caso, del poseedor de las fincas a las que se refiera la notificación.
- d. El importe total del débito, concepto o conceptos a que corresponda, e importe de la responsabilidad a que se afecta el inmueble por principal, recargos, intereses y costas.
- e. Que la anotación deberá hacerse a favor del acreedor.
- f. Expresión de que la Administración no puede facilitar, en el momento de la expedición del mandamiento, más datos respecto de los bienes embargados que los contenidos en este.

Por lo tanto, el Ayuntamiento cuando, en vía de apremio, embarga un bien, tiene derecho a solicitar del Registro donde figure inscrito el inmueble la anotación preventiva del embargo, con la finalidad de que conste públicamente que el referido inmueble

36. No lo es la Circular 4/1990, de 12 de noviembre, de la Dirección General de Recaudación, por la que se establece el procedimiento de colaboración entre la Administración estatal y la de las corporaciones locales.

está afecto a un procedimiento de embargo para el cobro de una deuda.

Este derecho a que se practique la anotación del embargo queda mediatizado por la regulación del RGR sobre las facultades de calificación del registrador. Si se entendiera la anotación como un acto debido o reglado, exento de calificación, la cuestión analizada en este trabajo nunca se hubiera planteado, en la medida que el registrador, recibido el mandamiento de inscripción, estaría obligado a practicar el asiento correspondiente. Pero la regulación otorga al registrador amplias facultades en la calificación, concretamente el artículo 87 dispone que:

“1. En el caso de que los registradores de la propiedad devuelvan el mandamiento en el que manifiesten haber suspendido la anotación por defecto subsanable, se procederá a subsanarlo en el acto, si es posible, o en un momento posterior, dentro del plazo establecido en la legislación registral.

“2. Con el fin de evitar la caducidad de la anotación efectuada por defectos subsanables establecida en la legislación hipotecaria, el órgano de recaudación competente solicitará, si es necesario, la prórroga que en aquella se autoriza.

“3. En caso de disconformidad con la decisión del registrador, se trasladarán las actuaciones al órgano con funciones de asesoramiento jurídico a efectos de la interposición, si procede, de recurso contra la calificación registral.”

De acuerdo con este precepto, la DGRN considera que el registrador es competente para fiscalizar “la competencia”, y deniega la inscripción de la anotación de embargo requerida a los ayuntamientos respecto a bienes inmuebles situados fuera de su territorio, por entender que carecen de competencia para ello. La falta de competencia del Ayuntamiento, en este caso, es considerada por la DGRN como un defecto insubsanable.

Corresponde analizar si, además de la prohibición legal del artículo 9.3º de la LHL, concurren otras razones para denegar la anotación del embargo; para obtener una conclusión, resulta necesario determinar qué función cumple la misma en el procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles, pero para ello, y antes que nada, deberemos referirnos a su naturaleza jurídica.

5.1. Naturaleza jurídica

De las posibles posturas sobre la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de los bienes inmuebles en vía de apremio, destacamos dos: La primera, favorable a su finalidad cautelar, y, la segunda, contraria a la misma.

5.1.1. Medida cautelar³⁷

Para que la anotación preventiva pueda ser considerada medida cautelar, debe predicarse de ella la nota de la instrumentalidad respecto del proceso³⁸ o procedimiento principal. Debe darse una correlación entre la medida cautelar y el resultado que trata de satisfacer el procedimiento. Con la adopción de la anotación preventiva, como medida cautelar, se trata de evitar que la demora en la práctica del procedimiento, no impida la efectividad y cumplimiento de la resolución final. En el sentido expuesto, la anotación preventiva de los bienes inmuebles, objeto de un procedimiento ejecutorio en vía de apremio, mantiene esa nota de instrumentalidad, pues la anotación da a conocer que los referidos bienes han quedado afectados al procedimiento, de forma que si el deudor tributario los transmite, quienes los adquieran conozcan que sobre ellos pende un procedimiento ejecutorio dirigido a satisfacer el importe de lo debido y no pagado.

La Administración acreedora es a la que compete solicitar al Registro la anotación y la que tiene derecho a que se efectúe esa inscripción, a través del correspondiente asiento, porque con ello trata de garantizar la preferencia en la ejecución de los bienes afectados al procedimiento de apremio. Es, pues, la medida más inmediata y la única, en muchas ocasiones, capaz de proteger el crédito de la Administración.

La negativa de inscripción por parte de los registradores genera una disminución en la rapidez de la ejecución de los procedimientos de recaudación y un aumento de costes para los ayuntamientos. Los ayuntamientos tienen reconocida la capacidad para acordar la traba de bienes con el fin de garantizar su eficacia recaudatoria, pero al negarles la posibilidad de solicitar

37. Una exposición clara del estado de la doctrina sobre la anotación preventiva y su naturaleza jurídica, puede verse en RIFA SOLER, J. M^ª, *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 154 a 200.

38. Sobre la instrumentalidad de la anotación y el proceso, véase a ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.

directamente la anotación del embargo, se está obstaculizando la efectividad de los procedimientos ejecutivos de la Hacienda local.

Cuestión diferente, y al margen de la solicitud de la anotación preventiva, es si como consecuencia del artículo 8.3º de la LHL y para salvaguardar el principio de territorialidad, la práctica de las actuaciones de materialización del embargo, deba ser auxiliada por la Administración estatal o autonómica cuando los bienes ejecutados estén fuera del territorio de la Administración ejecutante. Pero ello es diferente a calificar de medida ejecutiva la anotación preventiva del embargo; esta, simplemente, es una medida de garantía que trata de posibilitar que las medidas de materialización, conducentes a su realización, resulten viables.

La anotación provisional del embargo es una medida instrumental, porque viene a reforzar la efectividad de la potestad administrativa de recaudación en vía de cumplimiento forzoso. Las sentencias de las audiencias provinciales de Madrid de 28 de junio de 1999 y de Alicante de 18 de junio de 1999 se refieren a la anotación preventiva como “mera función instrumental respecto a la traba”, y como “medida accesoria para la efectividad” del embargo.

5.1.2. No es una medida cautelar

Rebollo Puig³⁹ considera que la anotación preventiva de embargo no es una medida propiamente cautelar, y lo justifica en el razonamiento siguiente: “Aquí no se trata de asegurar ‘la resolución que pudiera recaer’ sino una resolución ya producida. Si estamos en un procedimiento de ejecución (...) no tiene sentido asegurar la eficacia de la resolución, se trata, sin más, de darle eficacia. Parece más lógico entender que estamos ante los trámites ordinarios del procedimiento de ejecución y no ante lo que merezca ser encuadrado en la categoría de las ‘medidas provisionales’: tienen por fin asegurar la afección de los bienes trabados, es decir, la eficacia de una previa decisión ya adoptada y, en última instancia, la resolución misma que se ejecuta.”

39. “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, en *Estudios en homenaje al Profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, T. I, p. 668-69.

40. “Actos administrativos y Registro de la Propiedad, calificación registral. Los efectos de la inscripción de los actos administrativos: principio de legitimación y fe pública registral”, en *La calificación registral*, Tomo I, a cargo de GÓMEZ GÁLLIGO, J., Civitas, Madrid, p. 1064.

41. En contra de esta interpretación amplia, RAMÓN PEÑALVER, J., “El documento administrativo y el Registro”, en la obra citada en la nota anterior, p. 1091.

5.2. Alcance de la calificación registral

De acuerdo con el artículo 18 de la LH:

“Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro” y, en relación al artículo 3 de la LH, entre estos, figuran los expedidos “por el Gobierno o sus Agentes”.

El alcance de esta calificación, respecto a los documentos administrativos, se encuentra delimitado en el artículo 99 del RH. Este dispone:

“La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro.”

Egea Ibáñez⁴⁰ considera que, además de los supuestos expresamente citados en el artículo 99 del RH, el registrador también extenderá su calificación a los otros supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la LRJPAC, ya que la calificación se limita a extender, suspender o denegar, el acto o contrato, sin perjuicio de la decisión de los tribunales –artículo 101 RH–.⁴¹

Entre los posibles supuestos de calificación, como ya expusimos, está expresamente prevista la valoración de la “competencia del órgano”. Entendemos el alcance de esta valoración en el sentido siguiente: Primero, el registrador puede negarse a practicar la inscripción de un asiento de un acto administrativo dictado por un órgano manifiestamente incompetente, en los términos del artículo 62.1 b) de la LRJPAC, entendida la incompetencia como una ausencia de poder administrativo para dictar el acto.

En el supuesto analizado en este trabajo, el Ayuntamiento es competente para embargar y solicitar la ano-

tación provisional del embargo, y lo es porque le corresponde liquidar la deuda tributaria y exigir su pago, de forma voluntaria y forzosa. Carece de toda lógica reconocer, en unos casos, la competencia del Ayuntamiento para embargar bienes inmuebles situados en el territorio de su término municipal con requerimiento de anotación incluido, y negarla, en otros, cuando se encuentran fuera del mismo. En ambos casos, el fundamento de la atribución de la competencia para poder embargar es el mismo: dar satisfacción al interés público, implícito en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, como manifestación del deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

El hecho de que el Ayuntamiento –dada la prohibición del artículo 8.3º de la LHL– no pueda practicar, fuera de su término municipal, actuaciones que materialicen la diligencia de embargo, y que, por esta razón, precise de la colaboración de otras administraciones públicas, es radicalmente diferente a que el Ayuntamiento, acreedor de la deuda, no pueda dirigir un requerimiento de anotación del embargo por él trabado. A él le compete proteger la satisfacción de su crédito a través de la garantía que le reporta la inscripción en el Registro. Recordemos, además, que la colaboración impuesta, en estos casos, por el legislador, no implica para la Administración local un desapoderamiento de la competencia de recaudación, ni siquiera determina la titularidad compartida de esa competencia. Así entendido, al registrador le debe resultar indistinto que la anotación la solicite por sí el Ayuntamiento, como acreedor de la deuda, o lo haga la Administración estatal o la autonómica, en aras del principio de colaboración. La competencia “a calificar” debiera ser la derivada de la existencia de la deuda tributaria, que es la que legitima al Ayuntamiento a exigir su pago y le convierte en acreedor. La anotación del embargo, es lógico corresponda solicitarla a esta Administración, para garantizar su crédito, evitando que su satisfacción resulte imposible como consecuencia de la desaparición de los bienes afectados al procedimiento de embargo.

5.3. Su función en el procedimiento de apremio municipal por embargo de bienes inmuebles

Cuando la Administración inicia contra el deudor la vía de apremio, dicta la diligencia de embargo y traba los bienes inmuebles para responder del pago de la deuda tributaria; una vez realizadas estas actuaciones ejecutivas, puede requerir al registrador para que anote provisionalmente la existencia del embargo.

La anotación preventiva es un asiento provisional, y lo es porque si el deudor paga, se levanta el embargo y, con ello, se cancela la anotación del mismo en el Registro.

La anotación preventiva da publicidad registral a la existencia de un embargo sobre unos bienes y, con ello, advierte a los terceros de en qué situación se encuentra el bien. A través de la anotación preventiva el embargo llega al Registro, de lo contrario los terceros carecerían de información sobre su existencia.

La anotación preventiva constituye “una garantía que sujeta el bien a una afección de tipo hipotecario por actuar en seguridad de la efectividad de un crédito generalmente vencido, en vistas a ulteriores adquirentes”. No protege frente a los actos de disposición sobre el bien embargado previos a la anotación, solamente frente a los que se efectúen con posterioridad a ella.⁴²

La anotación preventiva no priva al deudor de la facultad de disposición de sus bienes ni del goce sobre los mismos, y el acreedor que solicite y obtenga su inscripción es el único con preferencia en el cobro a la hora de satisfacer su crédito.

Cuando las deudas tributarias tengan su origen en el impago de un tributo y para cobrar se acuda a la vía de apremio, hay que diferenciar entre impuestos que gravan periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro público y los que no lo hacen.

En relación a los primeros, el artículo 78 de la LGT dispone una singularidad:

42. La sentencia de 21 de febrero de 1975 no deja dudas al respecto. Afirma: “Es doctrina reiterada que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial, dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni, mucho menos, convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce estos efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuantos los bienes anotados, solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación, pues si hubiera de atenderse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro, en el caso de la anotación preventiva, carecería de sentido la aclaración final del número 4 del artículo 1923 del Código civil.”

“En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior.”

De acuerdo con ello, solamente las deudas tributarias derivadas de “tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos” son de cobro preferente, dentro de un período temporal relativo “al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior”; es la llamada “hipoteca legal tácita”, por la que el crédito de la Administración, acreedora de una deuda tributaria, goza de la preferencia que le otorga la Ley, frente a otros posibles acreedores o adquirentes. En definitiva, se trata de otorgar al crédito de la Administración una preferencia en el pago, de existir varios acreedores que quieran hacer valer su crédito frente al mismo bien, o de existir un tercero adquirente del bien afecto a la ejecución.

La necesidad de garantizar el pago de la deuda tributaria a la Administración local se convierte en una prioridad; esta prioridad la garantiza el legislador a través de la imposición de la preferencia del crédito tributario. Esta preferencia produce alteraciones en el juego de los principios de la información registral y de la seguridad jurídica. Caso de existir anotación preventiva, no sería esta la que determinaría la preferencia en el cobro del crédito, sino la hipoteca legal tácita.

En las otras clases de impuestos, se estará a las reglas generales. En este caso, las deudas tributarias, derivadas de los mismos, no gozan de ninguna preferencia; los posibles acreedores se atenderán, para cobrar, al

orden relativo a la fecha del embargo o a la anotación en el Registro si la hubiera.

La realización –la satisfacción– de los créditos tributarios, de por sí privilegiados (artículo 77 de la LH), que tienen su origen en el impago de un impuesto, es objeto de una especial protección por el legislador, a través de la anotación preventiva y de la hipoteca legal tácita. Operan sobre supuestos no siempre coincidentes, pero tratan de garantizar que la Administración termine satisfaciendo el crédito adeudado.

Respecto a la anotación preventiva, debe recordarse que ni la existencia del embargo ni su anotación impiden al deudor tributario disponer del bien. Si se produjera una disposición del bien a favor de un tercero, caben distintas posibilidades,⁴³ de las que destacamos las más usuales: Primera, que el tercero conozca la anotación y, por ella, de la existencia de un embargo; si, pese a ello, el tercero decidiera adquirirlo, el bien se encontraría afectado a un procedimiento de ejecución forzosa (con una merma de su valor), y su nuevo titular quedaría obligado al pago de la deuda.

Segunda, que el tercero no conozca la anotación del embargo porque no consta en el Registro –bien porque no se hubiese solicitado o porque, solicitada, todavía no se hubiere inscrito–; aquí el tercero, lo hace confiado en los datos que proporciona el Registro. En este caso, al haber adquirido el tercero esos derechos sobre el bien, con anterioridad a la anotación del embargo, estos se respetarán y el derecho al cobro de la Administración queda frustrado, salvo que pudiese demostrarse que la transmisión del bien entre el deudor tributario y el tercero se realizó en fraude de acreedores, en cuyo caso la Administración podría utilizar la acción rescisoria (artículos 1111 y 1290 y ss. del CC), o que ejercite la tercería de mejor derecho. Si la anotación preventiva del crédito tributario no consta, no por ello pierde el crédito tributario su preferencia, pero necesitará hacerlo valer a través de la tercería señalada.

43. RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 168 y ss. Señala: “Los actos dispositivos que efectúe el ejecutado serán válidos y eficaces, pero resultarán inoponibles respecto de la ejecución; todos los asientos posteriores se encuentran en relación de subordinación respecto de la anotación de embargo anterior”. Respecto al juego de los artículos 71 y 44 de la LH, contempla cuatro posibilidades. Primera, embargo-anotación-acto dispositivo-inscripción: tienen plena aplicación los preceptos señalados, dado que el adquirente no cuenta con la posibilidad de interponer tercería de dominio, porque no es dueño, al decretarse la traba. Segunda, acto dispositivo-inscripción-embargo todavía no anotado: en este caso el tercer adquirente puede hacer valer la tercería de dominio. Tercera, acto dispositivo no inscrito-embargo y anotación-posterior anotación del acto dispositivo: tras muchas vacilaciones, el criterio mayoritario hoy es dar primacía a la anotación de embargo sin perjuicio de que el tercer adquirente utilice alguna de las siguientes vías: juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones, acciones declarativas del dominio y reivindicatorias contra el adjudicatario, acciones indemnizatorias contra el deudor ejecutado. Cuarta, embargo-acto dispositivo-anotación-inscripción: habrá de respetarse la preferencia del embargo anotado, sin perjuicio de las acciones vistas en el supuesto anterior.

Pero si, además, el bien embargado lo fuere para satisfacer el pago de un impuesto cuyo crédito se encuentra protegido por la hipoteca legal tácita, entonces, conste o no la anotación preventiva, los actos de disposición o de gravamen –anteriores o posteriores– sobre el bien inmueble no podrán desconocer la protección singular que les proporciona esta institución, quedando afectados al cobro de la deuda. En estos casos, la protección registral queda enervada en aras de la satisfacción de la deuda tributaria.

La anotación preventiva de los créditos tributarios viene a reforzar su posición de preferencia, pero esta deriva directamente de la voluntad del legislador y no del Registro. Actúa de garantía reforzada de un crédito ya privilegiado de pago preferente.

5.4. La sentencia de 28 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta)

Recientemente la Audiencia Provincial de Alicante ha dictado una sentencia que contradice la interpretación hasta ahora realizada por la DGRN, reconociendo competencia al Ayuntamiento para solicitar la anotación preventiva de los embargos acordados para hacer frente al pago de deudas tributarias sobre bienes situados fuera de su término municipal, en atención a la consideración de la anotación preventiva como medida cautelar dirigida a preservar el bien, a resultas del procedimiento de embargo, para satisfacer la deuda tributaria impagada.

El pleito se plantea entre el Ayuntamiento de Jávea, que ha intervenido en esta alzada en su condición de recurrente, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, como demandada. Los antecedentes de hecho son:

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de la ciudad de Alicante, en los autos de Juicio Verbal núm. 1.915/08 de fecha 17 de junio de 2009, dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda de juicio verbal en ejercicio del recurso jurisdiccional previsto en el artículo 328 de la Ley hipotecaria, interpuesto en nombre y representación del Ayuntamiento de Jávea, contra la denegación por Resolución de fecha 1 de septiembre de 2008 del recurso interpuesto ante la DGRN contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Jávea de solicitud de anotación preventiva

del embargo trabado por el recaudador municipal, con imposición de las costas causadas.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil, con traslado del mismo a la parte demandada.

El Ayuntamiento de Jávea inició la vía de apremio frente a la Sra. X por débitos a la Hacienda local en cuantía de 949,95 euros, que provienen del impuesto de vehículos de tracción mecánica de los años 2004, 2005, 2006 y 2007, y del impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana de los años 2000-2002, embargándose por Resolución de 21 de abril de 2008 la finca urbana propiedad de la deudora, registral 3.290, sita en el término municipal de la localidad de Benitachell, librándose el oportuno mandamiento de anotación preventiva del embargo al Registro de la Propiedad de Jávea. Se deniega la anotación por el Sr. registrador de la propiedad en virtud de la aplicación del artículo 8º de la Ley reguladora de las haciendas locales. Recurrida dicha calificación gubernativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, se dictó resolución en 1 de septiembre de 2008, desestimando la misma y confirmando la resolución del Sr. registrador.

Se acude al presente Juicio Verbal en virtud de lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley hipotecaria, y en el mismo se dictó sentencia en fecha 17 de junio de 2009, desestimatoria de la demanda.

La Sala dice no compartir el criterio de la negativa del registrador a efectuar la anotación preventiva del embargo en base a las siguientes consideraciones. Primero, una cosa es la traba de los bienes y otra las medidas concretas para asegurar los mismos, como se mantiene en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, ya que en su artículo 587º dispone que el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba. Y en el artículo 629 señala que cuando el embargo recaiga sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el tribunal, a instancias del ejecutante, librándose mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, o anotación de equivalente eficacia en el Registro que corresponda.

Explica la sentencia cómo, en el caso enjuiciado, las actuaciones de ejecución se han seguido por el Ayuntamiento de Jávea por el impago de impuestos deven-gados en el mismo, y cómo el recaudador municipal, en el mismo expediente de apremio, acordó, median-te Resolución de 21 de abril de 2008, el embargo de un bien inmueble, por lo que la traba se sujeta desde esa misma fecha. Con posterioridad al embargo, se adoptó una medida cautelar o de aseguramiento del mismo, sobre la finca bien inmueble embargado que se encuentra en lugar distinto, pero con la exclusiva finalidad de aseguramiento mediante la anotación pre-ventiva.

La Sala expone las dos principales concepciones sobre el embargo, admitiendo que el embargo es una actividad compleja, integrada por la localización de los bienes del ejecutado, la elección de los bienes que han de ser trabados, la afección de dichos bienes a la eje-cución y las medidas de garantía de la traba. Pero –en su opinión– “solo la afección es esencial y los restantes actos tienen carácter contingente”; afirma por ello que las medidas de garantía no son elementos esenciales del embargo, no tienen naturaleza de actuación ejecu-tiva que solo debe predicarse del embargo acordado.

A raíz de todas estas consideraciones, estima el re-curso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Jávea, ordenando la práctica de la anotación preventi-va del embargo sobre la finca registral 3.290 inscrita a favor de la deudora de la Hacienda local, Sra. X, como consecuencia del procedimiento de apremio municipal seguido contra la misma.

Esta sentencia novedosa, con respeto a la regu-lación vigente, proporciona una solución correcta al problema planteado sobre la práctica de denegar a los ayuntamientos la posibilidad de anotar sus embargos sobre bienes localizados fuera de su término munici-pal, distinguiendo su función de garantía del crédito tributario. La anotación es un derecho del acreedor para proteger su crédito, y a él le corresponde actuarlo. El límite territorial del término municipal no puede ser un obstáculo, más aún cuando se trata de una actua-ción, la de la anotación preventiva, que hoy, mediante los medios telemáticos, puede solicitarse de inmediato al embargo para evitar futuros actos de disposición o gravamen sobre el bien embargado, que dificulten o impidan dar satisfacción a un crédito que el legislador regula con especial cuidado, a través de instituciones diversas que pretenden darle un trato singular en aras del interés que salvaguarda. ■

La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público

Daniel de Alfonso Laso

Magistrado

1. Introducción

2. Clasificación de las distintas modalidades de cohecho

2.1. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público

2.1.1. Modalidad residual. 2.1.2. Cohecho subsiguiente. 2.1.3. Cohecho antecedente

2.1.3.1. Cohecho antecedente en que la conducta típica es conforme a Derecho. 2.1.3.2. Supuestos en que la contrapartida de la dádiva es contraria a Derecho

2.2. Cohecho cometido por particular

3. Breves notas sobre el instrumento en el delito de cohecho

1. Introducción

– El cohecho impropio ha entrado por la puerta grande en la actualidad nacional. Estábamos entretenidos con la alianza de civilizaciones, la desaceleración de la economía, el paro, o con los fenómenos planetarios, y resulta que el cohecho, al menos el cohecho impropio, se convierte en la nueva estrella de las tertulias y medios de comunicación.

Es la figura más leve de cohecho, y en la que no se requiere contraprestación alguna por el funcionario público o la autoridad.

No hay penas de inhabilitación o suspensión para el funcionario público o la autoridad. Solo una modesta multa.

Los trajes del presidente de la Comunidad de Valencia van a traer cola. Las anchoas que el presidente de Cantabria regala al presidente del Ejecutivo, Rodríguez Zapatero, han dejado un regusto amargo en las ponencias radiofónicas. Las invitaciones a costosas cárceles, los pagos en el mundo de la construcción, el obsequio del reloj de pulsera, etc., o últimamente, los pagos de cursos en el extranjero de algún compañero y de su hija, acaparan en la actualidad los focos de todos los contertulios.

Afirmo, pues, que en los tableros judicial y político se juegan dos partidas simultáneas.

– De ordinario la corrupción se identifica con el abuso de una determinada posición de poder del que se deriva la consecuencia de una ventaja de índole patrimonial. Esta, en ocasiones, surge como consecuencia de la propia utilización ilícita del cargo. Pero también es frecuente el comportamiento corrupto asociado a quien –como corruptor– pretende obtener una utilidad concreta de quien ostenta una determinada posición, a cambio de la entrega de una cantidad de dinero.

Es precisamente la importancia de la contribución del corruptor la que se ha puesto de relieve en el ámbito europeo, tal y como se aprecia del artículo 1 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción de agentes públicos en transacciones comerciales internacionales,¹ o en el artículo 3 de la Acción Común del Consejo de la Unión de 22 de diciembre de 1998 sobre la corrupción del sector privado.

En nuestro Código Penal se recoge la figura del “agente” corruptor en el artículo 423, como autor de un delito autónomo en sí mismo considerado. Ahora bien, su consideración de carácter autónomo abre el debate sobre las consecuencias diversas que

1. Convenio de la OCDE de 1997.

incriminarían el ámbito de actuación penal, derivadas de tener al agente como inductor del delito del funcionario público, o como cooperador necesario, incluso.

El Código Penal en su Título XIX regula y sanciona los "Delitos contra la Administración pública", abarcando en él aquellas conductas que lesionan de manera más gravosa el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración pública. Y es ahí precisamente donde se enclava el delito de cohecho como delito contra la integridad de la Administración. Si bien no podemos dejar de afirmar que dentro de esta rúbrica se acogen multitud de conductas de signo bien dispar, por lo que la dificultad para encontrar el bien jurídico protegido se hace evidente. Aun cuando estimo que podemos afirmar que el nexo de todas estas conductas es el carácter patrimonial, por el cual se pretende torcer el correcto y ordenado funcionamiento de la Administración pública.

Como quiera que nos encontramos ante una figura jurídico-penal de cierta complejidad, pues la misma admite varias modalidades en función de cuál sea el sujeto que tome la iniciativa en la corrupción y en función de cuál sea la conducta pedida u ofertada, trataremos en adelante de llevar a cabo un estudio mínimamente sistemático para su mejor comprensión.

No sin antes avanzar, al menos, el origen de esta figura penal.

El Derecho Griego² ya preveía sanciones para el incumplimiento de los deberes del cargo, pero es en el Derecho Romano donde con mayor nitidez se presentó este delito (al menos en un principio en el ámbito de la Administración de Justicia) y de donde proviene su concepto etimológico.

Cohechar significaba ni más ni menos que "sobornar, corromper con dádivas al Juez, o a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público para que contra justicia o derecho haga o deje de hacer lo que se le pida."

En latín se nominaba *conficere*.³

Más adelante el ámbito de su aplicación se hizo mayor: cuando Roma extendió sus conquistas, los pre-

tores y los cónsules que se enviaban para gobernar las nuevas provincias reunían en su persona el poder de todas las magistraturas de la metrópoli (militar, justicia, y finanzas), por lo que tales funcionarios, provistos de tan ilimitado poder, no encontraban dificultad para llevar a cabo toda suerte de abusos y desmanes. Ello fue lo que motivó, precisamente, la queja de las dos provincias de España, y originó así una legislación tendente a erradicar tales abusos.

Pero situándonos en nuestros días, pasemos al examen de las distintas modalidades de cohecho.

2. Clasificación de las distintas modalidades de cohecho

La primera distinción válida que haremos atiende al sujeto activo del delito. De este modo se diferencian el cohecho cometido por la autoridad o funcionario público (artículos 419, 420, 421, 425 y 426), y el cohecho cometido por un particular (artículos 423 y 424).

2.1. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público

Dentro de esta clase específica de cohecho a su vez podrán distinguirse otras muchas, en función de la concreta acción típica de solicitar o recibir dádiva o presente, o de aceptar ofrecimiento o promesa (artículo 419). O de solicitar o recibir dádiva o promesa (artículo 420). O de solicitar o recibir dádiva o aceptar promesa (artículo 421). O de solicitar dádiva o presente o admitir ofrecimiento o promesa (artículo 425). O admitir dádiva o regalo (artículo 426).

O en función del momento en que se realiza la acción. Anterior o posterior a la conducta contrapartida de la dádiva. Así puede ser antecedente (artículos 419, 420, 421, 425 núm. 1 y 426 núm. 2); o subsiguiente (artículo 425 núm. 1). E incluso puede ser que el cohecho abarque al tiempo el antecedente y subsiguiente, que ahora nosotros denominaremos como modalidad residual (artículo 426 núm. 1).

2. Véase GAMBARA, L., *El Derecho Penal en la antigüedad*.

3. La consideración que se tenía de los derechos individuales, hizo que se reprimieran con rigor las expoliaciones y los abusos de los funcionarios públicos no solo cometidos en el seno de la ciudad capital, sino también los perpetrados en las lejanas provincias conquistadas en torno al mar Mediterráneo y sometidas a la égida romana.

4. Artículo 426 inciso primero: "La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función".

2.1.1. Modalidad residual

El inciso primero del artículo 426⁴ castiga a la autoridad o funcionario público que “admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función”.

La primera cuestión que podemos plantearnos es: ¿está incluida en la acción típica de este precepto la aceptación de promesa?

Con anterioridad a la reforma se exigía que los regalos “fueran presentados” al funcionario. Es decir, exhibidos y puestos en su presencia. Por tanto la admisión equivalía a la recepción, de tal modo que quedaba extramuros la aceptación de la promesa de entrega futura.

Con la actual regulación, admitir dádiva o regalo que le fueren ofrecidos supone que el funcionario admita el ofrecimiento que se le hace de una dádiva o regalo. De tal modo que por ofrecimiento puede entenderse tanto la entrega inmediata como la futura.

Lo que no se castiga es la solicitud.

Otra cuestión en relación a este precepto, es la relativa a si se castiga la conducta cuando el funcionario admite regalos que le son ofrecidos como retribución por actos ejecutados en el pasado.

La expresión “en consideración a su función” es sinónima de “en atención a su función”, o “debido a su función”. Se exige así una conexión entre el regalo y la función pública que ejerce el funcionario que lo admite. Sin que sea preciso que el regalo esté conectado a un concreto funcionamiento del funcionario.

Es importante destacar el importante papel que juega el dolo en este tipo penal. El dolo comprenderá que el sujeto conozca la condición de funcionario público, como que los regalos son ofrecidos en consideración a la función que desempeña. Es decir, el funcionario habrá de conocer la conexión causal entre el regalo que se le ofrece y la función pública que ejerce (Auto del Tribunal Superior de Justicia valenciano sobre el caso Gurtel-Camps-motivo del archivo).

Por último nos preguntaremos si este concreto tipo penal debería de subsistir o, por el contrario, desaparecer. Bien, si tratamos de encontrar cuál sea el bien jurídico protegido en este artículo, concluiremos (y así lo hace la mayoría de la doctrina) que el mismo es “la honradez y la integridad”. Ahora bien, no del concreto

funcionario público que comete el delito, pues en tal caso los siguientes cohechos serían impunes, ya que el que una vez se ha deshonrado ya no puede seguir deshonrándose; sino del funcionario público considerado como entidad propia.

Pues bien, dicho bien jurídico protegido no resulta de entidad suficiente como para ser protegida penalmente de manera necesaria. Si la Constitución opera como filtro, este bien jurídico no ha encontrado reconocimiento alguno en la Norma Fundamental.

Por tal motivo yo soy partidario de la despenalización del primer inciso del artículo 426, si bien será suficiente con la intervención del Derecho Administrativo.

2.1.2. Cohecho subsiguiente

El artículo 425 núm. 1, inciso primero, castiga a “la autoridad o funcionario público que... admitiere ofrecimiento o promesa como recompensa del acto ya realizado”.

Si el acto fuera constitutivo de delito las penas serían superiores.

El cohecho es subsiguiente, pues la conducta típica es previa a la dádiva.

Un escollo que presenta la dicción de este precepto, viene dado para el supuesto de que la conducta ya realizada por el funcionario sea una omisión en el ejercicio de la función.

A priori, no habría por qué excluir de este artículo los supuestos en que la contrapartida de la dádiva sea un delito cometido por omisión por el funcionario público. Ahora bien, como veremos, esta afirmación tropezará con algún obstáculo si acudimos a criterios de interpretación gramatical y sistemática.

Así, gramaticalmente, la expresión “acto ya realizado” supone una conducta activa, por lo que incluir la omisión podría dar lugar a una situación de analogía *in mala parte* que está prohibida en nuestro Derecho Penal.

Y sistemáticamente, si vemos el artículo 419 de manera expresa se refiere a la “omisión”.⁵

Y por su parte el artículo 421 habla también de manera expresa de “abstenerse de un acto que debiera practicar”, cuando señala el texto que “cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tuviere por

5. Artículo 419: “La autoridad o funcionario que en provecho propio o de un tercero solicitare o recibiere por sí o por persona interpuesta dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito...”.

objeto que la autoridad o funcionario se abstuviese de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo...”.

Por tanto, el legislador ha querido que la contrapartida de la dádiva sea una omisión o un no hacer, y lo ha punido expresamente.

De modo que podemos afirmar que en el cohecho subsiguiente (425 núm. 1, inciso segundo, y núm. 2) la solicitud de dádiva o presente o admisión de ofrecimiento o promesa han de serlo por un acto positivo, excluyendo de ese ámbito la omisión relativa al ejercicio de la función.

De otra parte, es preciso resaltar una, cuando menos, curiosidad. Veamos, tanto en el tipo básico del cohecho subsiguiente (425 núm. 1, inciso primero) como en el subtipo agravado (425 núm. 2), se agrupan, bajo la misma pena, tres modalidades diferentes de cohecho. A saber: la solicitud de dádiva o presente, la aceptación de promesa de entrega futura, y la recepción efectiva. Se trata de tres tipos mixtos alternativos. Es decir, la realización de más de uno de esos tipos no rompe la unidad delictiva. O lo que es igual, el funcionario que solicitare la dádiva y más tarde la recibe y recepciona, no comete más que un solo delito de cohecho.

2.1.3. Cohecho antecedente

En el cohecho antecedente, la realización de la conducta típica es previa o anterior a la contrapartida de la dádiva.

A su vez, la conducta típica puede ser conforme a Derecho o contraria a Derecho.

2.1.3.1. Cohecho antecedente en que la conducta típica es conforme a Derecho

Con anterioridad al vigente Código Penal, una correcta interpretación excluía del precepto a todo acto lícito que no tuviera nada que ver con el desempeño de la función pública del sujeto activo. Como veremos a continuación, esta forma se ha visto afectada con la entrada en vigor del C.P.

En estos momentos el cohecho antecedente lo recoge el legislador en los artículos 425 y 426, a cuyo tenor, 425: “La autoridad o funcionario que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de

seis meses a tres años”. Y 426: “La autoridad o funcionario que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función, o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en multa de 3 a 6 meses”.

El contenido del actual artículo 425 núm. 1, hace que surjan problemas de deslinde con el artículo 426 inciso segundo. Me refiero a la diferencia entre “acto propio de su cargo” y “acto no prohibido legalmente”.

Si leemos con atención ambos preceptos nos damos cuenta de que la pena que se impone en uno y en otro es bien distinta. De ahí que algún autor haya querido ver su diferencia en la distinta importancia o entidad del acto que el funcionario se compromete a realizar. Según ello, el inciso segundo del artículo 426 se reservaría para los supuestos en que la dádiva o el regalo tiende a la ejecución de comportamientos manuales de los sujetos que apoyan o auxilian el ejercicio de las funciones propias del órgano administrativo (por ejemplo, dar preferencia a un expediente, acelerar el pago de una pensión o conceder un permiso a tiempo).

Otros autores, por el contrario, entienden que la distinción radica en que los actos propios del cargo del artículo 425 núm. 1, son los actos para los que el funcionario tiene una competencia específica, mientras que los actos no prohibidos legalmente (426 núm. 2), serían los que el funcionario puede realizar debido a que su cargo le permite acceder a ellos con facilidad, pero no son propios de ese funcionario.

Hay quien apunta a otra distinción en el sentido de entender que los actos del artículo 425 núm. 1 son los actos que el funcionario realizaría como contrapartida de la dádiva por sí mismo. Mientras que los relativos al 426 núm. 2 son actos en los que el funcionario delegaría en otra persona.

Sea como fuere, hemos de afirmar ahora que la torpeza legislativa en el redactado de ambos preceptos es evidente. Máxime si tenemos en cuenta la diferente penalidad entre uno y otro.

A mi juicio el 426 núm. 2 debería de desaparecer por resultar innecesario y perturbador en su aplicación.

Al fin y al cabo, ambos artículos no requieren necesariamente de la realización efectiva de la contrapartida de la dádiva (esto es, el acto no prohibido legalmente o el acto propio de su cargo) para la consumación del delito. Basta para ello con que el sujeto solicite la dádiva, la

reciba o acepte la promesa de su entrega futura con la finalidad de conseguir dicho acto no prohibido o propio del cargo.

2.1.3.2. Supuestos en que la contrapartida de la dádiva es contraria a Derecho

En este apartado se incluyen los artículos 419, 420 y 421 del C.P.

En ellos la autoridad o funcionario público, por sí mismo o por medio de persona interpuesta, lleva a cabo la acción típica para “realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito” –artículo 419–, para “ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito” –artículo 420–, o para abstenerse “de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo” –artículo 421–.

El artículo 419

Contiene este precepto un tipo alternativo mixto. En realidad se recogen tres conductas: la solicitud de dádiva o presente; la aceptación de la promesa de su entrega futura; y la recepción efectiva.

Tales conductas se ejecutan todas ellas para realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutiva de delito.

Reza el artículo 419: “La autoridad o funcionario público que en provecho propio o de un tercero solicitare o recibiere por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en la pena de 2 a 6 años de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.”

De la expresión “en el ejercicio de su cargo” podemos afirmar –y así diremos a continuación algunos ejemplos– que han de excluirse toda acción y omisión constitutivas de delito que no guarden relación con el cumplimiento de sus funciones. Por ejemplo: no cometerá el delito de cohecho el profesor universitario que recibe una cantidad de dinero para llevar a cabo una detención ilegal, o para no socorrer a una persona desamparada.

Mientras que, por el contrario, sí se incluirán las conductas como la del juez que acepta la entrega de

un presente a cambio de dictar una sentencia injusta. O el secretario judicial que se compromete a destruir un documento cuya custodia tiene encomendada. O el inspector perteneciente a la ITV que recibe una dádiva para alterar los datos del certificado de inspección técnica de un vehículo, haciéndole que pueda pasar la inspección. O el agente de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que solicita una cantidad de dinero para no perseguir un determinado delito del que ha tenido conocimiento.

Por lo tanto, este artículo se configura como un delito mutilado en dos actos. Un primer acto de solicitud, recepción o aceptación de una dádiva. Y un segundo acto de realización en el ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutiva de delito.

Con ello el legislador ha pretendido reforzar la protección del bien jurídico, considerando consumado formalmente el delito incluso antes de haberse producido la lesión del bien jurídico tutelado.

Quedando así completado el tipo objetivo en el momento en que el funcionario público solicita o recibe una dádiva o acepta la promesa de su entrega futura, sin que sea necesario siquiera que comience a ejecutarse el delito contrapartida de tal dádiva.

Pero como crítica también podemos decir que de la comparación de este artículo –419– con los delitos contrapartida de la dádiva (por ejemplo prevaricación, nombramiento ilegal, omisión del deber de perseguir un delito, etc., respecto de los cuales el cohecho no dejaría de ser más que un acto preparatorio) se evidencia una intolerable desproporción entre la gravedad de la pena prevista en el cohecho –de 2 a 6 años de prisión– y la gravedad de la pena del resto de los tipos penales.⁶

Así pues, además de dejar constancia del escaso respeto de este precepto sobre el principio de proporcionalidad y, por tanto, de mis dudas sobre su adecuación a la Constitución, hemos de cuestionarnos incluso hasta su propia existencia.

Ya dije que el artículo 419 no tutela un único bien jurídico, sino tantos como acciones u omisiones constitutivas de delito pueda realizar el funcionario en el ejercicio de su cargo y a cambio de la dádiva, pues bien, como ya señalara, las conductas de este precepto, puestas en relación con los delitos que se puedan cometer por el funcionario público, no dejarían de ser

6. El principio de proporcionalidad ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como existente en tres preceptos constitucionales: 1.º núm. 1, 9.º núm. 3, y 10.º núm. 1 de la C.E. Así se infiere de la STC de 28 de marzo de 1996. Artículo 1.º núm. 1 dentro del valor constitucional “justicia”. Artículo 9.º núm. 3 dentro de la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Artículo 10.º núm. 1 dentro del respeto a la Ley como “fundamento del orden político”.

actos preparatorios de estos. Partiendo el Código Penal del 95 de la impunidad –como regla general– de los actos preparatorios, exceptuándose la provocación, la proposición y la conspiración para delinquir en los casos en que específicamente así lo prevea cada tipo penal.

Lo que no sucede con el redactado de estos preceptos, sin duda alguna.

Los artículos 420 y 421

El artículo 420 castiga con prisión de uno a dos años al funcionario público o autoridad que en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba por sí solo o por persona interpuesta alguna dádiva para ejecutar un acto en el ejercicio de su cargo que no constituya delito. Y si el acto se llega a ejecutar, la pena será de prisión de 1 a 4 años.

Por su parte, el artículo 421 se prevé para cuando la dádiva tenga por objeto que la autoridad o funcionario se abstenga de un acto que debiera de realizar en el ejercicio de su cargo.

Merece, pues, analizarse la expresión característica del primero de estos preceptos:

“Por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito”.

Con dicha expresión cometería el delito de cohecho el juez o magistrado que recibe una dádiva para revelar hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función. Por ello, es fácilmente comprobable que cuando tiene lugar la comisión del artículo 420, necesariamente se está cometiendo también el artículo 426.⁷

Estando, en consecuencia, ambos preceptos en relación de concurso de leyes o de normas que habrá de ser resuelto por lo que dispone el artículo 8 del C.P. A saber, por el principio de especialidad, debiendo de aplicarse en consecuencia el artículo 420.

2.2. Cohecho cometido por particular

El artículo 423, apartado 1, señala que: los que con dádivas, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que estos.

Y en su apartado segundo se dice que: los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con la pena inferior en grado.

Desde luego el presente artículo 423 no es paradigma de gran precisión. Empleando verbos que no son ni de lejos una buena muestra de corrección léxica.

El artículo 423 como delito cometido por el particular, ha de encontrar necesariamente su anverso (o si se prefiere su reverso) en otros preceptos del Código Penal. Y así se hallan en los artículos 419, 420 y 421.

Me refiero a que el particular, cuando trata de “corromper” con su dádiva, solicitará alguna cosa de la autoridad o funcionario público. Siendo precisamente dicha solicitud la que se castiga cuando es el funcionario quien comete el delito.

Me explico: en el cohecho cometido por particular, el dolo del autor abarcará la acción típica (la entrega al funcionario de la dádiva o su ofrecimiento o su aceptación ante la propuesta de este). Pero además ha de comprender la conexión causal entre esa dádiva y lo que el funcionario vaya a realizar. Y tal realización no es otra que realizar, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión constitutiva de delito –419–, llevar a cabo un acto injusto relativo a su cargo que no constituya delito –420–, o abstenerse de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo –421–.

Por ello digo que tales preceptos son o constituyen el reverso o el anverso del tipo penal al que ahora nos estamos refiriendo.

El delito se consuma sin necesidad de que el funcionario público o autoridad realice la contrapartida de la dádiva. Ni siquiera es preciso que haya un principio de ejecución del acto para que tenga lugar la consumación del cohecho.

Por ello, me remito a lo que ya dijéramos antes, en relación a los hechos preparatorios impunes que se elevan a la categoría de delito por el legislador. De tal manera que si antes ya dije que habrían de ser despenalizadas algunas conductas (419, 420 y 421), con más razón insisto en dicha postura cuando de este artículo –423– se refiere.

Sí habrá de decirse que, si el funcionario o la autoridad dieran comienzo a la ejecución o ejecutaran totalmente el hecho relativo al ejercicio de su cargo

7. Artículo 426 del C.P.: “la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de 3 a 6 meses.”

contrapartida de la dádiva, en tal caso el particular habría de responder como inductor de la tentativa o del delito consumado, respectivamente, cometido por la autoridad o funcionario público.

A pesar de propugnar la despenalización de estos tipos penales, ello no quiere decir sin más que los mismos deban desaparecer del mapa jurídico sancionable. Sino que tales conductas bastaría con ser corregidas en el ámbito de la sanción administrativa.

3. Breves notas sobre el instrumento en el delito de cohecho

Resta solo dar unas breves pinceladas sobre el instrumento a través del cual se logra la "mal llamada corrupción" del funcionario.

En cuanto al concepto, las expresiones dádiva, presente, ofrecimiento, promesa, regalo, o soborno, son utilizadas por nuestro legislador como términos sinónimos, en cuanto que todos ellos encierran un similar sentido. Siendo empleada tal variedad de expresiones con la única finalidad de amplificar el significado del concepto.

En relación al contenido, y en concreto al contenido cualitativo, los autores no se ponen de acuerdo acerca de si la dádiva ha de tener un contenido netamente económico, o si por el contrario se puede la misma extender a otras utilidades o beneficios en los que tal significado no está tan presente. Quiero decir, "corrupciones" de otro género en forma de seducciones, ascensos o menciones honoríficas.

A priori, parece que tales "ofertas" no integrarían los cohechos, sino que en su caso constituirían inducciones a la comisión de los actos delictivos o injustos de que se tratase. En esta línea se encuentran autores como Rodríguez Devesa, Muñoz Conde o Quintano, sobre la base de que en el delito de cohecho la pena también lo es de multa. Multa que se fija en función del valor de la dádiva (del tanto al séxtuplo).

A pesar de ello, el criterio defendido por el Tribunal Supremo (SSTS de 8 de noviembre de 1995 y de 6 de noviembre de 1993) es el de superar el contenido exclusivamente económico de la dádiva para incluir en la misma cualquier tipo de ventaja o beneficio. En la primera de las sentencias expuestas, se trataba de un sujeto que le pidió al presidente del Tribunal que dictara una sentencia absolutoria en una causa seguida contra él mismo, y le ofreció a cambio un cargo como

el de presidente de la Audiencia "Territorial" de Barcelona, o de magistrado del Tribunal Supremo.

Por lo que al contenido cuantitativo se refiere, el Código Penal no establece una cuantía para la dádiva. Lo que en principio permitiría afirmar que el delito existiría, cualquiera que fuere la cuantía de la dádiva, siempre que concurrieran todos los elementos del delito. Sin embargo tanto doctrina como jurisprudencia se han mostrado contrarias a esta tesis.

El Tribunal Supremo se ha preocupado de excluir los regalos que fueran meramente afectivos o de insignificancia, separándolos de los que son penalmente relevantes. Así, en la STS de 28 de noviembre de 1956 se entendió que no había delito de cohecho en el obsequio de boda que se le hizo a un funcionario. Regalo que se realizó en la creencia de que así se cumplía con una obligación social.

No obstante, sí se ha apreciado el delito de cohecho cuando las dádivas han sido escasas en su cuantía pero se han producido de forma reiterada y repetida en el tiempo. Tal y como se infiere de la STS de 31 de octubre de 1992.

Quisiera finalizar la ponencia significando que no solo se habla de dádiva o de presente u ofrecimiento en el Código Penal cuando este se refiere al delito de cohecho, sino que tales expresiones se emplean en otros tipos penales tales como el falso testimonio para mover al testigo o al perito, en el favorecimiento en la evasión de presos, en los delitos de tráfico de influencias, en los delitos cometidos por funcionarios públicos para solicitar favores sexuales, y en los delitos de revelación de secretos o de información privilegiada. ■

El delito del tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local

José María Romero de Tejada

Teniente fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Consideraciones generales
2. Los delitos de tráfico de influencias
3. Su tipificación en el Código Penal
 - 3.1. Artículo 428
 - 3.2. Artículo 429
 - 3.3. Artículo 430
 - 3.4. Artículo 431
4. Jurisprudencia aplicable a estos delitos
 - 4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 1998
 - 4.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 1998
 - 4.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 1999
 - 4.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 25 de septiembre de 2006
 - 4.5. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de diciembre de 2002
 - 4.6. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006
 - 4.7. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994
 - 4.8. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga del año 1994, confirmada por el Tribunal Supremo con sentencia de 5 de abril del año 2002
 - 4.9. Diversas sentencias absolutorias
 - 4.9.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004.
 - 4.9.2. Sentencia de 7 de julio de 2003.
 - 4.9.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga
5. Consideraciones finales

El presente trabajo va a comenzar con una serie de consideraciones generales para desarrollar posteriormente los delitos de tráfico de influencias, recogidos en el Código Penal en el capítulo 6º del título 19 del libro 2º, artículos 428 a 431, para, posteriormente, comentar la jurisprudencia de la Audiencia Provincial y Tribunal Supremo sobre los delitos de tráfico de influencias.

1. Consideraciones generales

Hoy en día tienen una importancia capital en las relaciones económicas las amistades y las relaciones sociales, lo que en el mundo anglosajón ha sido denominado

como *lobby*, y en nuestro idioma grupo de presión, grupo mediático, o tráfico de influencias. La Real Academia Española lo define como "grupo de personas influyentes, organizado para presionar en favor de determinados intereses".

Normalmente estos grupos de presión ejercen su actividad sobre aquellas personas que han de legislar, para ofrecerles información sobre su actividad, la problemática de sus intereses, y con ello conseguir normas que sean más favorables para desarrollar sus negocios o limitar los efectos perjudiciales de las normas menos favorables.

En Estados Unidos comienzan a regularse estos grupos de presión en 1888, siendo objeto de modificación en 1946 y por último en 1995. Las personas

que pertenecen a estos grupos de presión o *lobbies* tienen que estar registradas, tienen que realizar informes dos veces al año y además han de informar con naturalidad con quién se reúnen y para qué se reúnen.

En Europa aparecieron por primera vez en 1979 con ocasión de la primera elección al Parlamento Europeo. En Bruselas hay actualmente registrados más de 15.000 lobistas. En junio de 2008 se constituyó el primer registro de lobistas, y fue precisamente la Compañía Española Telefónica el primer usuario inscrito. Estas personas o compañías se comprometen a respetar las normas y actuar con transparencia, honestidad e integridad.

No faltan algunos autores que critican la existencia de estos grupos de presión, manifestando que son el 5º poder, después de la prensa que es el 4º, y señalándolos como "un gobierno en la sombra".

En España la Constitución de 1978 establece en su artículo 77 - 1º: "Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas."

2º: "Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan."

Pero a pesar de los diversos esfuerzos legislativos que se han realizado para desarrollar este artículo 77 de la Constitución y regular los grupos de presión, no se ha llegado a ningún acuerdo.

Ahora bien, este tráfico de influencias también puede tener su marco de actuación no dentro del Poder Legislativo y sí en el marco de actuación de la Administración, tanto estatal como autonómica o local, que es donde se toman las decisiones y acuerdos y se ventilan los asuntos de extraordinaria influencia económica, surgiendo así diversas facetas de esta delincuencia económica que pueden tener las siguientes manifestaciones:

a) Que afectan al patrimonio o bienes de titularidad privada y que comprenden las figuras delictivas clásicas de la estafa, de la apropiación indebida, de la delincuencia falsaria...

b) Que afectan a los principios de la economía libre de mercado, como los derechos de los consumidores, los delitos societarios, alteraciones de precios en concursos y subastas, los delitos relativos a la propiedad intelectual y la propiedad industrial...

c) Conductas que afectan al deber de solidaridad, recogido en el artículo 31 de la Constitución y que se manifiesta su vulneración en los delitos contra la Hacienda pública, llamados vulgarmente delitos fiscales.

d) Que afectan a los elementos integrantes del concepto de Administración pública, como son los criterios de objetividad con sometimiento al ordenamiento jurídico recogido en el artículo 103 CE, que integra el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico de todos los poderes públicos recogido en el artículo 9 CE. Integran este área las figuras delictivas de malversación, cohecho, tráfico de influencias, información privilegiada.

Refiriéndonos a los delitos del apartado d) que hemos señalado anteriormente, nos vamos a referir al tráfico de influencias.

Entre los factores que han contribuido al desarrollo de estos delitos de corrupción podemos señalar los siguientes:

1º El Estado se ha convertido en un gran empresario, debe acometer grandes proyectos de obras públicas o servicios de indudable necesidad bien directamente, bien a través de sociedades con capital público, provocando la intervención de los funcionarios públicos de cierto nivel en una actividad empresarial y en la gestión de grandes recursos económicos, ciertamente impensable en otras épocas.

2º El crecimiento espectacular de las privatizaciones. Para desarrollar esta enorme actividad promotora, la empresa privada está mejor preparada, y es aconsejable así privatizar esta actividad y transferirla a empresas privadas; siendo este un terreno sin duda abonado para la intermediación y el aprovechamiento de las influencias y relaciones económicas político-privadas.

3º La proliferación de empresas con capital público. Desde hace tiempo se viene polemizando sobre las empresas en las que hay una aportación de fondos públicos; son empresas sometidas a la legislación mercantil, en las que se intenta una transposición de preceptos mercantiles a sus órganos de gestión, y en las que se rompe una regla de oro en la actividad empresarial como es la relación entre costes, gastos y beneficio; algo ajeno a la Administración, que solo se debe preocupar de atender a un servicio público y la contención de gastos para el ciudadano. En el área municipal la presencia de estas sociedades es creciente, ofreciendo una dualidad alarmante en su configuración

jurídica en la que aparecen como sociedades mercantiles, pero cuyos consejos de administración se nutren de personas designadas en razón de sus cargos públicos, y, además, gestionan fondos públicos con desigual fortuna y con escaso control por parte de los ciudadanos.

4º La presión mediática. El control de los medios de comunicación sobre la actividad política se ha extendido en los últimos tiempos al mundo financiero empresarial y económico, íntimamente relacionado en muchos casos con las administraciones públicas y con la gestión de grandes patrimonios de activo que, siendo privados, influyen decisivamente en la estabilidad de los mercados y del sistema económico. Hoy en día los grandes escándalos económicos aparecen rodeados de sospechas sobre la intervención u omisión de las autoridades o funcionarios públicos, y es difícil deslindar dónde terminan las responsabilidades privadas de gestión y dónde comienzan las responsabilidades de la fiscalización política de la actividad comercial. Como habíamos advertido anteriormente, los medios de comunicación y a través del periodismo de investigación han jugado un papel fundamental durante los últimos años, contribuyendo en muchos casos a sacar a la luz fraudes económicos; recordemos asuntos como el de Juan Guerra, Roldán, Jesús Gil, pero extendiendo un manto de sospecha sobre autoridades y funcionarios que no pudieron ser depurados judicialmente. Todos estos poderes de los medios de comunicación, ya sea prensa escrita o tertulias o debates de opinión, hacen que sobre la Administración de Justicia recaiga una presión indiscutible, ya que, mientras la difusión de estas ideas se hace con extraordinaria rapidez, la justicia tiene que contrastar las fuentes y adecuar la investigación a los derechos de todas las personas y a las normas procesales vigentes.

2. Los delitos de tráfico de influencias

Las conductas delictivas relacionadas con el llamado "tráfico de influencias" se contemplan, como hemos señalado anteriormente, en el capítulo VI del título XIX del libro 2º del CP aprobado por la LO 10/1995 de 23 de noviembre. En dicho capítulo se recogen los artículos 428 a 431, y para el conocimiento de estos delitos el tribunal competente es el Tribunal del Jurado, que es el que conoce y falla en estas causas.

Los tipos delictivos que integran este capítulo no siempre han sido objeto de regulación penal, pues hasta principios de los noventa se consideraba que estas conductas podían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Así, la primera regulación de estos tipos delictivos se introdujo en la Ley/91 de 22 de noviembre.

En un Estado democrático, los ciudadanos tienen derecho a esperar de la Administración y de sus servidores que el servicio público se preste sujeto a los principios de legalidad, de transparencia, de eficacia y de atención a los intereses generales, sin que al funcionario le sea lícito actuar en beneficio de intereses privados, tanto propios como de terceras personas. Sobre la base de esta concepción constitucional conviene situar el nacimiento de la figura del tráfico de influencias y el uso de información privilegiada.

El artículo 103 CE dejó establecido claramente que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, de modo que su actuación está sometida a criterios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Hacemos mención aquí que el concepto de "generales" fue introducido por una enmienda aprobada en el Senado, ya que en el Congreso de los Diputados se mencionaron con el nombre de "colectivos".

La Constitución ha diseñado un modelo de Administración imparcial, objetiva, sometida a la Ley y eficaz en su funcionamiento, generadora en definitiva de una autoridad entendida como categoría moral nacida del correcto funcionamiento de la función.

Nos encontramos ante unos tipos penales que tienen estrecha relación con el delito de cohecho, aunque hay una diferencia notable, pues en el cohecho es necesario que se solicite o reciba dádiva o presente o se acepte ofrecimiento o promesa, lo que no se exige en el tráfico de influencias de los artículos 428-429, aunque sí aparece en el artículo 430, pero aquí el delito es cometido por un particular. Por otra parte, estos delitos están también muy relacionados con el delito de prevaricación, ya que puede ocurrir que una autoridad o funcionario público que actúe bajo la influencia y dictare una resolución injusta cometería este tipo delictivo.

Antes que el CP vigente estos delitos fueron introducidos en el año 1991, ya que hasta entonces tenían una preocupación relativamente escasa por parte del legislador.

El mal funcionamiento de la Administración se consideraba un mal endémico, y los casos de corrupción o bien no llegaban a la opinión pública o se solucionaban mejor o peor con los mecanismos existentes en el CP, pero esta idea de enriquecimiento personal a costa de, o en el entorno de la Administración pública, motivó la reforma que ahora comentamos.

3. Su tipificación en el Código Penal

3.1. Artículo 428

“Art. 428.

“El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.”

Lo que se protege aquí es el buen funcionamiento de la Administración pública. La primera modalidad castiga la conducta del funcionario que influye sobre otro prevaliéndose de sus funciones u otra clase de relaciones para obtener una resolución que le reporte un beneficio económico directo o indirecto. Se genera una dificultad con la distinción de aquellos comportamientos que pueden generar una inducción a la prevaricación.

No es un delito de resultado, sino que es un delito de peligro, pues basta la mera influencia y, si se obtuviere, el resultado sería para agravar la pena.

Los requisitos de este delito son:

1º. Que el autor sea autoridad o funcionario público, por lo cual es un delito especial que solo puede ser cometido por aquellos que ostenten tal condición. El artículo 24 - 1 del CP dice lo siguiente: “A los efectos penales se reputará autoridad el que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de

autoridad los miembros del Congreso de Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”

En el párrafo segundo: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

El concepto penal, por tanto, de autoridad o funcionario público gira en torno a dos elementos: uno, de carácter objetivo, la participación en el ejercicio de funciones públicas; y otro, de carácter subjetivo, el título habilitador por el que la persona ha tenido acceso a estas funciones.

En consecuencia, podrán ser autores del delito de tráfico de influencias del artículo 428 CP, como miembros de las corporaciones locales, aparte de los funcionarios de carrera que presten su servicio en ellas, los miembros electos, como los alcaldes y concejales (que son considerados indistintamente por la jurisprudencia unas veces como funcionarios públicos y otras como autoridades), los contratados laborales, los interinos, eventuales, y los funcionarios en prácticas, entre otros. Es decir, nada importan ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario al que se encuentren sujetos, ni la estabilidad o temporalidad. Lo importante es estar en un organismo público como es el Ayuntamiento y realizar actividades públicas.

2º. Que el autor actúe con el propósito de conseguir un beneficio económico para sí o para un tercero, con lo cual no es necesario el enriquecimiento de la autoridad o funcionario público, ya que este tercero puede ser, por ejemplo, un partido político.

3º. Que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público, prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad. La influencia es el elemento común, y hemos de distinguirla de otros comportamientos sin relevancia penal, como pudiera ser la mera recomendación. La influencia desarrollada debe llevar a obtener una resolución.

Influir, es decir sugestionar, invitar o instigar. Influencia que la autoridad o funcionario debe realizar

sobre aquel que debe dictar la resolución. El CP recoge tres tipos de prevalimiento: el primero de ellos es por el ejercicio de las facultades del cargo, lo que supone un ejercicio abusivo y fuera de las competencias administrativas de la autoridad o funcionario que se dirige al que ha de decidir. Otro tipo de prevalimiento es el derivado de una relación personal, como pudiera ser de amistad, parentesco, afinidad política, amorosa, etc. Y el tercer tipo de prevalimiento es el derivado de una relación jerárquica en la cual el influido, al adoptar una resolución por la influencia de su superior, puede obtener alguna ventaja o expectativa profesional.

La influencia tiene que ser para adoptar una resolución; quedan, pues, fuera del ámbito prohibitivo penal aquellas influencias que no se dirijan a la obtención de una buena resolución, sino, por ejemplo, a acelerar o ralentizar el expediente, o bien a conocer los datos... Y esta resolución tiene que reportar un beneficio económico, bien para el mismo o bien para un tercero.

La resolución tiene que ser imparcial, ya que si fuera parcial o ilícita o no ajustada a Derecho estaría íntimamente unida con el delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, y estaríamos, pues, ante un concurso de delitos en relación de medio o fin, lo que en el ámbito del Derecho Penal se llama concurso medial de delitos.

Se trata de una figura que únicamente se puede cometer de manera dolosa y de manera activa, como veremos posteriormente en los comentarios de las sentencias; no puede darse por una actuación omisiva de la autoridad o funcionario público. Todo ello da lugar a que falta una regulación específica en el CP de aquella conducta de la autoridad o funcionario que se deja influir, y adopta una resolución imparcial a consecuencia de las relaciones jerárquicas o de amistad.

También consideramos negativa la equiparación de la influencia por abuso de función o de relación jerárquica, con aquella influencia que es consecuencia de relaciones personales, que merecería un trato más benigno por parte del legislador.

3.2. Artículo 429

“Art. 429.

“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación

derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.”

Aquí la primera característica que tenemos es que el sujeto activo es un particular, con lo cual deja de ser un delito especial y es un delito común que está al alcance de cualquier persona. Todo lo que hemos dicho con relación al artículo anterior nos sirve para describir también las conductas de este tipo delictivo, que presenta las siguientes características:

1º. Su autor debe ser un particular.

2º. La acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad.

3º. Es preciso que el autor se prevalga de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre el que se ejerce la influencia o con otro distinto.

4º. El autor debe conseguir mediante la influencia una determinada resolución. Esta influencia puede ser también reforzada por otras causas.

5º. Es que con la resolución obtenida el sujeto tenga un beneficio económico directo o indirecto para sí o para un tercero.

Podemos únicamente señalar que, con relación a la culpabilidad, es un delito también doloso, un delito de comisión, y es un delito que los autores jurídicos denominan de consumación anticipada, pues se consuma cuando se hace el ofrecimiento con independencia de que sea bien recibido o no, por lo tanto no caben las formas imperfectas de ejecución del delito.

3.3. Artículo 430

“Art. 430.

“Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

“En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la

suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.”

La última de las modalidades de tráfico de influencias no guarda relación con el bien jurídico protegido en los restantes delitos recogidos en el título XIX. La conducta de este tipo se proyecta a la esfera de la actividad privada. La única relación que guarda con la función pública, es la oferta de realizar tráfico de influencias como contraprestación potencial a la solicitud de dádivas, presentes o cualquier otra remuneración efectuada a un tercero.

Aquí se castiga el “ofrecimiento” de influencias, a diferencia de los dos artículos anteriores que se refieren al “tráfico” de influencias. Podemos considerar que es un acto preparatorio de los dos anteriores criminalizados, y algunos autores señalan que este es el auténtico delito de tráfico de influencias, ya que los dos anteriores serían un ejercicio de influencia.

Se trata de un delito de mera actividad, en el que el bien jurídico protegido es el buen nombre de la Administración, y en el que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo han de ser particulares. El sujeto activo se ofrece a ejercer influencia en una autoridad o funcionario público, siendo indiferente que esta influencia encuentre o no positiva acogida por parte del receptor, entendiéndose como positiva acogida todo provecho económico directo o indirecto que pueda recibir aquel que paga para obtener una influencia.

3.4. Artículo 431

“Art. 431.

“En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.”

La regulación legal de decomiso se encuentra en los artículos 127 y 128 CP:

“Art. 127.

“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un

tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

“2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

“3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

“4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado, si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

“Art. 128.

“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.”

Además de estos dos preceptos, existe en el CP alguna regulación especial del decomiso; así, en el artículo 374 se contempla una regulación específica del decomiso para los delitos de tráfico de drogas; en el artículo 385, que el vehículo a motor o ciclomotor se considerará instrumento del delito, cuando la conducta del sujeto sea conducta “suicida”; y por último en este artículo 431 del CP.

Podemos plantear dos problemas jurídicos cuya resolución no corresponde al contenido de este artículo, el primero de ellos es determinar si las ganancias obtenidas por medio de la comisión de delitos se encuentran sujetas a tributación a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre el valor añadido o del impuesto de sociedades, y si por tanto la elusión de su pago puede dar lugar a la comisión de un delito fiscal.

El segundo viene del artículo 1.305 del Código Civil, que establece que cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en

el Código Penal. Si el delito o falta fuera solo de una de las partes, el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

Por último resulta obvio decir que solo podrán ser decomisados los presentes, las dádivas o los regalos efectivamente entregados, y no aquellos que fueran simplemente ofrecidos, prometidos o solicitados.

4. Jurisprudencia aplicable a estos delitos

4.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 1998

Se trata de dos socios que forman una sociedad dedicada a la compra y venta de coches. Otorgan el 10% de esa sociedad al hijo del alcalde del Ayuntamiento, sin pagar precio alguno. Solicitan licencia en un determinado terreno que pertenece a tres municipios colindantes, el alcalde concede la licencia para la realización de obras e instalaciones con carácter provisional, ya que fue advertido de que los usos solicitados no son acordes con el plan general metropolitano y falta informe de la Comisión de Urbanismo del citado Ayuntamiento.

La Dirección General de Urbanismo anula dicha licencia provisional, ya que falta informe de la Comisión de Urbanismo, falta informe de los otros ayuntamientos, y en tercer lugar son terrenos públicos, y es necesaria una concesión administrativa.

El alcalde reúne a la Comisión de Urbanismo y ratifica la licencia provisional. Es condenado el alcalde por un delito de prevaricación; y los dos socios, que dieron el 10% al hijo del alcalde para que este ayudara e influyera en la decisión de su padre, son condenados por tráfico de influencias.

La sentencia es recurrida ante el Tribunal Supremo, el cual confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y señala que prevalimiento no es coacción. Los socios son conscientes de emplear medios que estimulan actos de favoritismo del alcalde.

4.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 1998

Propietario de una finca que se pone en concierto con el alcalde de una determinada localidad para venderle

parte de la finca, el alcalde lo realiza para ser estos terrenos una residencia de ancianos. Se trata de un municipio de unos 3.000 habitantes y cambia la calificación de dichos terrenos.

Posteriormente, el dueño del terreno vende alrededor de cuatro millones de pesetas a una sociedad formada por su mujer e hijos, y el mismo día, actuando como representante legal de dicha sociedad, vende al municipio, con la intervención del alcalde, dicho terreno, y, esta vez, por un precio de ochenta millones de pesetas.

El alcalde es condenado por un delito de fraude a un año de prisión y siete años de inhabilitación especial para cargo público, y el propietario del terreno es condenado por un delito de tráfico de influencias.

Esta sentencia fue ratificada por el Tribunal Supremo el día 8 de marzo de 1998.

4.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 1999

La junta vecinal de Quintanilla de Somoza estaba formada por tres individuos: A, B y C.

C, hoy fallecido, era el presidente de la junta vecinal. Fue nombrado secretario permanente y asesor de inversiones un cuarto individuo que simultaneaba una gestoría en la ciudad de Astorga, y que tenía relación con otro gestor de una asesoría de Valladolid; y por último el sexto individuo era propietario de una empresa de metales preciosos.

La junta disponía de una importante cantidad de dinero dispersa en varios bancos y que le daba un interés conforme a los precios de esa época. El secretario del Ayuntamiento y el secretario de la asesoría de Valladolid influyen en los representantes de la junta vecinal para que cancelen tales depósitos y los inviertan en la empresa del sexto individuo, que era propietario de la empresa de metales preciosos y que les garantizaba un interés del 14% (el total importe era de 140 millones de las antiguas pesetas).

Posteriormente cesa el secretario, llega uno nuevo y se da cuenta de que tal inversión no es conforme a Derecho, conforme a la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales, enviando dos escritos a la junta, que los pospone por dos veces.

Posteriormente, cuando la junta decide cancelar tal inversión, la empresa de metales preciosos que solo ha

pagado algunos intereses, se demuestra que es insolvente, no retorna el capital y por ello se le sigue otro proceso.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia y castiga a los dos vocales de la junta como responsables de los delitos continuados de cohecho y prevaricación, y al primer secretario de la junta como autor de un delito de cohecho y como autor de un delito continuado de prevaricación; el gestor de la agencia de Valladolid es absuelto por la Audiencia Provincial de Madrid, pero el Tribunal Supremo revoca la sentencia y es condenado por un delito de tráfico de influencias.

4.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 25 de septiembre de 2006

Ciudadana eslovaca que, junto con su madre, su hermano de 14 años y su hija de 14 meses, entra en una tienda de ropa. Al salir, la dependienta echa de menos su cartera, que contenía 120 euros sin estar acreditados; sale en busca de los ciudadanos extranjeros, los hace volver a la tienda y, tras registrarles, no encuentra nada. Llama a su marido, cabo primero de la Guardia Civil, jefe del puesto, el cual viene a la tienda, de paisano y sin identificar, y los lleva al cuartel, donde él es el máximo responsable.

Una vez en su despacho, insulta a las mujeres, llamándolas ladronas de mierda que venían a España a robar y trabajar en los clubes de alterne, no permitiendo salir del despacho a las dos mujeres, sin poder dar de comer a la bebé, que se había quedado en la puerta a cargo de un agente de la Guardia Civil. El citado cabo no lee derecho alguno ni incoa atestado, solo quería que reconocieran la sustracción.

Al cerrar la tienda la mujer del guardia civil, la dependienta citada, se fue al puesto de su marido, entró en el despacho, se sentó en el sillón de su marido y también se puso a insultar a las citadas mujeres. Al citado puesto acudieron también familiares de las ciudadanas extranjeras, y estas, para poder zanjar la situación, reconocieron la sustracción y entregaron 120 euros que les proporcionaron los familiares que habían acudido, reclamaron un recibo de los 120 euros, que no les entregaron, y se fueron del lugar. Al cabo de unas horas, interpusieron denuncia en otro puesto de la Guardia Civil.

El guardia civil fue condenado por detención ilegal e insultos, y la mujer por tráfico de influencias, así como también por insultos.

4.5. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de diciembre de 2002

Diana y Cristina eran propietarias de un edificio en que radicaba un colegio. Quisieron venderlo, y se dieron cuenta de que el edificio carecía de licencia de apertura pese a los años que llevaba funcionando.

Hicieron gestiones en el municipio, llegando a contactar con un arquitecto, el cual les dijo que era muy difícil obtener la licencia, dado que el edificio carecía de salida de emergencia.

Una tercera persona se puso en contacto con ellas y les dijo que conocía al jefe del departamento correspondiente, que les daría la licencia siempre y cuando las citadas propietarias dieran cuatro millones de pesetas al partido socialista. Obtuvo inicialmente dos, cobró posteriormente medio millón de pesetas más, y no hizo ningún tipo de gestión, por lo que al cabo de unas fechas las citadas mujeres se personaron en la Comisión de Urbanismo y se comprobó que no había hecho gestión ni trámite alguno.

El citado sujeto fue condenado por estafa y tráfico de influencias.

4.6. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006

Hijo de presidente de Diputación que solicita a un empresario, dedicado a la restauración, que contrate a su esposa, y a cambio él mediaría para que dicho empresario obtuviera la explotación de un complejo hotelero que había salido a concurso. El citado empresario contrata a la mujer a cambio de unas doscientas mil pesetas al mes, más complementos, con la esperanza de que el hijo mediara con su padre, presidente de la Diputación. Dicho empresario era el único concursante a la adjudicación del complejo hotelero. La Audiencia Provincial en primera instancia absuelve al hijo del presidente de la Diputación, y el Tribunal Supremo revoca la sentencia y lo condena por tráfico de influencias.

4.7. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994

Asunto caso Juan Guerra.

Este señor, a través de las influencias que tenía con el alcalde de Alcalá de Guadaíra por pertenecer al mismo partido político, consigue la recalificación de unos terrenos, que pasaron de “zona de equipamiento con destino a zona verde” a “zona industrial”, con el considerable incremento de valor del que se vieron favorecidos los propietarios de dichos terrenos.

El Tribunal Supremo condena a Juan Guerra como partícipe en la prevaricación, y no por tráfico de influencias, porque en la época en que ocurrieron los hechos no estaba vigente ya que el delito se reguló en el año 1991.

4.8. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga del año 1994, confirmada por el Tribunal Supremo con sentencia de 5 de abril del año 2002

Asunto caso Jesús Gil.

En esta ocasión se condenó por dos delitos de prevaricación (en grado de inducción) en concurso de leyes con el delito de tráfico de influencias, uno de ellos con carácter continuado, al alcalde de una localidad que influyó en el primer teniente de alcalde y en el gerente de una sociedad municipal para suscribir, en nombre del Ayuntamiento, diversos contratos de sponsorship con el club de fútbol del que el presidente de la corporación municipal era a su vez presidente, y con otros clubes, retribuidos con fondos municipales sin consulta ni autorización alguna de los órganos competentes, ni conocimiento del Pleno, ni intervención del secretario del Ayuntamiento, y sin que hubiera control fiscal de las operaciones. En dicha resolución se condenó también al citado alcalde por otros dos delitos de prevaricación, en grado de autoría, por actuar en la realización de varios de esos contratos de sponsorship de forma directa y unilateral, y no a través de influencias sobre otros funcionarios.

4.9. Diversas sentencias absolutorias

Pasamos ahora a exponer una serie de sentencias en las que se absuelve a funcionarios públicos del delito de tráfico de influencias.

4.9.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004

En ella se absuelve al alcalde de una población al que se acusaba de este delito, por no comunicar al Pleno que uno de los aspirantes a obtener la contrata de limpieza del Ayuntamiento era su primo, que finalmente fue elegido. Se entendió que el tráfico de influencias no se puede realizar a través de un engaño omisivo, ya que la omisión de un dato no puede ser considerada como un acto de influencia en favor de un determinado sentido de la resolución o del acto administrativo.

4.9.2. Sentencia de 7 de julio de 2003

Se absuelve al alcalde de un municipio que, por vía de urgencia, introdujo en el orden del día de un Pleno la adjudicación por contratación directa del servicio de limpieza del Ayuntamiento. La sentencia dice que con esta acción no influye en otros, sino que, si acaso, evita el control de estos otros, es decir, que no se produce una presión, recomendación o coacción directa o por medio de terceros para conseguir que el o los influenciados produzcan una resolución en razón de esa influencia, sino que, todo lo más, se consigue esa resolución mediante un mero engaño omisivo. No es lo mismo actuar por influencias que actuar por error, como no es lo mismo influenciar para conseguir que alguien cambie su propósito, o lo empareje con el de quien lo influye, que salvar, mediante la desinformación, los obstáculos que nacen del control por la oposición o por el propio grupo o equipo en el seno de cualquier asamblea o parlamento. Lo primero es delictivo, lo segundo es reprobable moralmente y originador de responsabilidad política.

4.9.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga

Se absolvió a un diputado, por entender que no resultaba plenamente acreditado que presionara o influyera en el alcalde de un municipio para obtener ilegalmente una licencia abusando de su cargo político; considerando que había la posibilidad de que la actuación del alcalde, al conceder dicha licencia, podía sustentarse en un simple interés o deseo de quedar bien ante el acusado, dada la relevancia política que tenía en su mismo partido político, sin que hubiera existido influencia ni prevalimiento del cargo alguno.

5. Consideraciones finales

Por último queremos hacer constar dos consideraciones:

La primera de ellas es que, cuando no existe posibilidad alguna de ejercer ese prevalimiento, es decir que no se puede traficar con una influencia, la conducta debe ser atípica. Así estaríamos ante un delito imposible.

Y la segunda cuestión que vamos a mencionar es cuando se da el tráfico de influencias en cadena, es decir, autoridades o funcionarios que influyen unos en otros. Es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa, y puede llegar a ser el germen de la verdadera organización criminal, dando lugar a un aparato de poder dentro de la propia Administración. ■

La contratación laboral en las administraciones públicas

Jacobo Quintans García

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Principios constitucionales que presiden el sistema de selección de personal laboral
2. Normativa aplicable y cuestiones de competencia
3. Desarrollo de los procesos selectivos. Procedimientos
4. Igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en la provisión de puestos de trabajo
5. Personal laboral
6. Personal eventual
7. Personal directivo profesional
8. Contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los trabajadores (E.T.) y Real decreto 2720/1998
 - 8.1. Contrato por obra o servicio determinado
 - 8.1.1. Formalización. 8.1.2. Cuestiones que se suscitan. 8.1.3. Especial referencia a los contratos por obra o servicio determinado, vinculados a subvenciones de otras administraciones públicas
 - 8.2. Contrato eventual por razones de la producción
 - 8.2.1. Normativa. 8.2.2. Formalización. 8.2.3. Cláusulas principales. 8.2.4. Situaciones que pueden darse
 - 8.3. Diferencias entre los contratos temporales y los fijos discontinuos
 - 8.4. Contrato de sustitución por interinidad y por vacante
 - 8.4.1. Formalización. 8.4.2. Contrato de interinidad formalizado por las administraciones públicas
 - 8.5. Contratos formativos
 - 8.5.1. Contrato en prácticas. 8.5.2. Contrato para la formación
 - 8.6. Contrato a tiempo parcial
 - 8.6.1. Características. 8.6.2. Cláusulas principales. 8.6.3. Situaciones que pueden darse
 - 8.7. Prohibición de la concatenación de contratos temporales

Como es sabido, las administraciones públicas deben someter, ordinariamente, sus relaciones de empleo a un estatuto específico, previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, que excluye la aplicación del Derecho del Trabajo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.3 a) del E.T.

No obstante, es cada día más habitual ver cómo las administraciones públicas celebran contratos de trabajo, ocupando, por consiguiente, la posición de empresario en dichas relaciones contractuales.

Sin embargo, esta condición de empleador laboral no desnaturaliza el papel constitucional de las administraciones públicas, que les obliga a 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.

Nos encontramos, por tanto, ante un empresario especial, dada su peculiar naturaleza pública, cuya finalidad es servir a los intereses generales con sujeción a la ley y al derecho, siéndole exigible, por ello, atender –también en las relaciones laborales que mantenga con sus trabajadores– tanto a la normativa laboral como a la de carácter administrativo que regula su actuación.

Esta dualidad ha suscitado complejos problemas interpretativos y la propia doctrina jurisprudencial ha reflejado esa complejidad a través de dos direcciones fundamentales:

a) La que valora la especial posición de la Administración pública como sujeto sometido a una legalidad específica en la contratación de personal.

b) La que considera que, en su condición de empresario laboral, las entidades públicas deben quedar plenamente sometidas al Derecho del Trabajo, sin

excepciones que podrían constituir un privilegio y un trato más desfavorable para los trabajadores que prestan sus servicios a entidades de carácter público (Ricardo Bodas Martín - *Cuadernos de Derecho Judicial*).

Las meras irregularidades formales en que puedan incurrir dichas administraciones en el nacimiento, vida o extinción del vínculo laboral temporal, no pueden considerarse fraude de ley, dada la especial posición de tales administraciones, movidas por el interés público, ni pueden transformar, con la misma rigidez que en la empresa privada, la relación laboral temporal en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse a favor de todos los que deseen acceder a la función pública mediante el oportuno procedimiento de selección.

Ello no impide que dichas administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, en el supuesto de incumplimientos especialmente cualificados, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios, sin que la naturaleza laboral de la relación pueda transformarse por tal motivo en administrativa y producir la integración del trabajador en el marco funcional (sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 7 de marzo del 88, 18 de julio del 89, y 11 y 18 de marzo del 91, entre otras).

Así las cosas se publica el Estatuto básico del empleo público (EBEP) por Ley 7/2007 de 12 de abril. Se completa así el tríptico de la legislación básica de todos los trabajadores de este país: a) El Estatuto de los trabajadores aprobado por Real decreto ley 1/1995 de 24 de marzo, para los trabajadores por cuenta ajena. b) El Estatuto del trabajo autónomo, aprobado por Ley 20/2007 de 11 de julio, para los trabajadores que realizan una actividad económica o profesional por cuenta propia, y c) el citado Estatuto básico del empleo público, para el empleo público.

Siguiendo a Jesús Chamorro González, se comenta lo que ha supuesto esta nueva regulación, a desarrollar, para los principios que deben presidir, el procedimiento a seguir, las formas de esa contratación, y los efectos que implica la utilización fraudulenta de la contratación laboral, contratación excepcional, tratándose de la Administración como empleadora.

La Ley 7/2007, no acaba de aportar soluciones eficientes a estos y otros problemas. Así, por ejemplo, se complica aún más la delimitación entre puestos de trabajo de carácter funcional y de carácter laboral. El

artículo 15 de la Ley 30/1984, aun lejos de colmar las exigencias de claridad que se precisan para interpretar la norma, incorporaba una ejemplificación de supuestos de relaciones netamente laborales, que podían ser integradas y completadas analógicamente. Ahora, el artículo 9 del nuevo estatuto acude a la cláusula general del ejercicio de potestades públicas como criterio de delimitación. No son pocos los litigios en los que, por ejemplo, se discute la naturaleza del vínculo de un arquitecto municipal que ejerce funciones de asesoramiento a quien ostenta cargo público otorgando o denegando licencias, y además realiza proyectos de obras municipales ocupando una plaza de laboral. O también el supuesto del auxiliar de Policía Local que es contratado laboralmente durante épocas estivales sin que porte armas, pero que sí que regula el tráfico impartiendo órdenes verbales.

En definitiva, no estamos ante un problema de orden menor, que pudo y debió haber sido atajado de manera más eficaz.

En el ámbito de las relaciones laborales, las remisiones de la Ley 7/2007, siempre son, porque no puede ser de otra manera, a la normativa laboral (artículos 7 y 11).

Pero centrándonos en el tema que nos ocupa, el acceso al empleo público, especialmente del personal laboral, el Informe de la Comisión para la preparación del EBEP realizó un diagnóstico general de la situación, señalando que en muchos procedimientos de selección los principios constitucionales se respetan con rigor e implícitamente se acepta que las normas legales y reglamentarias son las adecuadas. Pero también se afirma que en otros muchos casos, que no son precisamente excepcionales, no se adoptan las garantías exigibles de igualdad entre los candidatos. Se hace especial hincapié en que ha aumentado el porcentaje del personal laboral así como la tasa de temporalidad, ya que la selección de interinos y contratados laborales así como de personal temporal es mucho menos rigurosa que la del personal estrictamente funcional. Además, a juicio del Informe, se procura por medios más ventajosos el posterior salto a la obtención de la condición de personal funcional o contratado laboral fijo, todo ello con grave afección de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En muchas ocasiones hasta se persiguen estos objetivos con el apoyo de los sindicatos. Para el Informe se está poniendo seriamente en cuestión el sistema constitucional de garantías en relación con el acceso al empleo público.

1. Principios constitucionales que presiden el sistema de selección de personal laboral

El acceso al empleo público, está presidido por las normas o principios que en la Constitución fijan las pautas de esa selección. Así, cuando una Administración pública, cuya principal razón de ser es precisamente tutelar el interés general concreto que le está encomendado, se provee de personal para el despliegue de su actividad y por tanto para el logro de su finalidad, debe buscar aquellos perfiles que mejor se adecuen a la consecución de lo previsto, optimizando así el interés general encomendado. En ese sentido, véase la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009, en un supuesto en que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ordenó la retroacción de actuaciones, y que el Tribunal Calificador en las pruebas de acceso al Cuerpo Superior autonómico fuera auxiliado por expertos en la lengua exigida. En relación con el recurso del opositor, sostiene el Alto Tribunal que un análisis del contenido de la sentencia de instancia revela que la misma entra a conocer de la adecuación de la exigencia de un examen de idiomas a la cualidad de la función a desarrollar, rechazando que se exijan unos conocimientos que no guarden relación con la función a desempeñar. En relación con el recurso de la Comunidad Autónoma, la previsión de la sentencia de instancia de que el nivel exigible no supere el necesario para el desempeño de la función, no supone una sustitución de la Administración ni del Tribunal Calificador, sino que determina que este no es libre para establecer el nivel de exigencia que tenga por conveniente, sino solo el adecuado a la función a desempeñar, siendo así que la sentencia debe ser confirmada al haber reducido la discrecionalidad mediante el control de razonabilidad.

El mérito y la capacidad deben presidir ese proceso de selección encaminado a esa optimización, contando con los más capaces de los candidatos.

Además el principio de igualdad se concreta en este ámbito exigiendo que no puedan existir preferencias que no se basen en ese mérito y capacidad contrastados. En esos términos se expresan los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. Idénticas previsiones contiene el artículo 55 del EBEP, que añade la transparencia y publicidad de los procesos selectivos, aspectos íntimamente relacionados con los anteriores.

La jurisprudencia de nuestros más altos tribunales se ha hecho eco de estas previsiones, sirviendo de

lógico fundamento de muchas de sus resoluciones. Citemos solamente la sentencia del Tribunal Constitucional 30/2008, de 25 de febrero, o la sentencia de 13 de julio de 2009.

Es necesario destacar cómo el ya citado artículo 55 del EBEP, se refiere a la aplicación de esos principios, no solo a los procedimientos que tengan por objeto la selección de personal funcional, sino también al laboral, y así lo señala expresamente, al igual que lo hacía el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. La jurisprudencia también ha entendido, en buena lógica, la exigencia de atender a estos principios en los procesos de selección de personal laboral, y así cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999.

Sin embargo y en relación al principio de igualdad en el acceso a la función pública, y a la posibilidad de utilizar la vía privilegiada del amparo constitucional en la defensa de este derecho, el Tribunal Constitucional ha entendido que no es la apropiada para los supuestos en los que se entienda conculcado el derecho si el proceso selectivo lo es para el acceso de personal laboral, al respecto citaremos los autos 873/1985 y 880/1985.

2. Normativa aplicable y cuestiones de competencia

La normativa que regula el acceso al empleo público se centra en la normativa de rango constitucional y en el EBEP, concretamente los preceptos contenidos en su título IV, que aunque lleva por rúbrica "Adquisición y pérdida de la relación de servicio", lo cual pudiere llevar a pensar que se centra en la relación funcional, sin embargo la realidad es que los preceptos que integran la rúbrica también se refieren, en muchas ocasiones, a la selección de personal laboral. Sin duda también esta normativa de carácter básico, y que el propio EBEP invoca en su disposición final primera, y en concreto el artículo 149.7, en relación con la regulación del personal laboral a servicio de las administraciones públicas, podrá ser objeto de desarrollo por las leyes de las comunidades autónomas y del propio Estado en relación a su personal. Así lo prevé el artículo 6 del EBEP con carácter general, además de las remisiones específicas, por ejemplo la del artículo 56 apartados 2 y 3.

Han de tenerse en cuenta además, mientras no sea desarrollado reglamentariamente el EBEP, las previsiones

del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, en lo que no contradiga la Ley. Este Reglamento estatal, también es aplicable supletoriamente al resto de las administraciones públicas, según prevé su artículo 1.3.

El título II de este Reglamento lleva por rúbrica "La selección del personal laboral".

Las bases de las correspondientes convocatorias de acceso también deberán incorporar las concretas previsiones que regirán cada proceso selectivo, y que serán la "ley del concurso", y una vez dictadas y firmes no podrán ser cuestionadas, siendo vinculantes para la Administración, para las comisiones de selección y para los aspirantes (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 y 14 de enero de 2008. También sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo de 1 de marzo de 2002).

Es precisamente la normativa anteriormente expuesta la que justifica que el conocimiento del control de la legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas en relación con la selección del personal laboral se encomiende al conocimiento de los órganos que integran la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, no es difícil concluir que tanto las normas como los principios que rigen los procedimientos de selección del personal al servicio público, son normas de Derecho Público, normas que tratan de tutelar de manera especial el interés general.

El artículo 9.4 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ) atribuye a ese orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones sujetas a Derecho Administrativo, previsión que repite el artículo 1 de la Ley jurisdiccional.

No cabe duda que la relación laboral, aunque la empleadora sea una Administración pública, debe ser objeto de control de legalidad por los órganos judiciales del orden social. Sin embargo, en relación al acceso, estaríamos ante una suerte de acto separable regido por el Derecho Administrativo sin perjuicio que el resto de las vicisitudes de la relación laboral sean objeto de conocimiento por la jurisdicción social. Esto incluye la propia promoción interna del personal laboral según la conocida sentencia de la Sala Tercera, dictada en un recurso de casación en interés de ley de fecha 22 de julio de 2003, en la que se razona:

"1º. La STS de la Sala 4ª de 23 de junio de 1997, al resolver el recurso de casación nº 1760/96 señala que la atribución de competencias a los Tribunales del orden contencioso-administrativo se realiza en el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que les confía la resolución de «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y a las disposiciones reglamentarias». En desarrollo de ambos mandatos, el art. 3, a) de la Ley de Procedimiento Laboral excluye de la rama social de la jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en materia laboral. Y ha entendido la doctrina científica que tales actos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, pueden agruparse en tres grupos: sanciones, autorizaciones y actividad reglamentaria.

"El criterio expuesto no contradice el manifestado en las Sentencias de esta Sala de 21 julio 1992, 11 marzo y 10 noviembre 1993, resoluciones que atribuyeron a la rama contencioso-administrativa de la jurisdicción las reclamaciones contra las decisiones de la Administración en relación con las convocatorias para la provisión de plazas laborales con trabajadores de nuevo ingreso. En dichos casos, no existiendo contrato entre las partes, ni pacto colectivo determinante de la convocatoria, la actuación de la Administración para proveer las vacantes se rige por normas de Derecho Administrativo.

"2º. La STS, Sala Cuarta, de 17 de febrero de 1998 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1297/97 declara que el orden jurisdiccional social no es competente para resolver las incidencias que surjan de una convocatoria de un órgano de la Administración Pública para acceso desde el exterior a plazas laborales de la entidad, y ello por las siguientes razones:

"1. No es discutible que estamos ante una materia laboral, pues las plazas que se convocan tienen este carácter. Pero la materia, sobre la que versa la actuación de la Administración, no resulta decisiva a este respecto, ya que hay que atender al carácter del acto y la naturaleza de su regulación. El art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, al establecer la exclusión, se refiere a los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo en materia laboral. La convocatoria para la provisión de plazas laborales de nuevo ingreso aparece como un acto de estas características, y, concretamente,

su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

“2. Mientras que en las convocatorias de promoción interna la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, no sucede lo mismo con las convocatorias de nuevo ingreso.

“En este caso, aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

“3º. El criterio reiterado por la Sala Cuarta de este Tribunal a partir de la sentencia de la Sala General del 21 de junio de 1992, de las que son ejemplo, entre otras, las sentencias del 11 de marzo y 10 de noviembre de 1993, citadas en la de 15 de octubre de 1997, consiste en subrayar que el órgano competente para el conocimiento de las incidencias que surjan en la convocatoria de un órgano de la Administración Pública, para el acceso al exterior a plazas laborales es el Contencioso Administrativo. Así se desprende, como expresa la sentencia de la Sala General, ‘de la naturaleza del acto, de sus destinatarios y de la regulación contenida en la Ley 30/1984 y en el R.D. 2233/1984. Este último distingue entre las convocatorias para el personal de nuevo ingreso, que se someten a lo previsto en los Títulos I y III del Real Decreto y a los criterios generales de selección que se fijan por el Ministerio de la Presidencia (artículo 25), y los sistemas de promoción interna y de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso, a los que no es aplicable la regulación del Reglamento General, rigiéndose por sus Reglamentaciones específicas o los Convenios Colectivos en vigor (artículo 24.2)’.”

Sin embargo de nuevo el EBEP parece mover los cimientos de esta jurisprudencia, al sostener en su disposición adicional primera que los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica, lo que parece situarnos de nuevo en actos separables sometidos al Derecho Administrativo con la

necesidad de aplicar en estos casos las mismas consecuencias ya expuestas para el resto de los casos.

Una vez resulta la jurisdicción contencioso-administrativa la competente, hemos de determinar la competencia material u objetiva dentro de los órganos judiciales que integran este orden, especialmente entre salas territoriales y juzgados.

Tras la reforma operada en la Ley jurisdiccional por la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, hemos de señalar que el control de todas las actuaciones administrativas, excepto disposiciones generales, en materia de acceso al empleo público, está atribuido al conocimiento de los juzgados de lo contencioso-administrativo cuando estas emanan de las entidades que conforman la Administración local, artículo 8.1 de la Ley jurisdiccional, y lo mismo acontece cuando se trata de entes públicos de carácter instrumental, que no tengan competencia en todo el territorio nacional, artículo 8.3. En el caso de actos emanados de las comunidades autónomas, salvo que provengan del Consejo de Gobierno, que no será lo habitual, también el conocimiento corresponde a los juzgados de este orden, ya que el artículo 8.2 reserva a las salas las cuestiones que afecten exclusivamente al inicio de la relación funcionarial, a las que el Tribunal Supremo ha asimilado el inicio de la relación del personal estatutario fijo, Auto de 22 de mayo de 2008.

Por lo que respecta a la modalidad procesal por la que han de tramitarse estas pretensiones, también tras la reforma operada en el artículo 78 de la Ley jurisdiccional, el procedimiento abreviado seguirá siendo el cauce procesal a seguir ante los juzgados.

3. Desarrollo de los procesos selectivos. Procedimientos

La ordenación de los procesos de selección tanto de personal funcionarial como laboral tiene que materializarse a través de un instrumento en que, conforme al principio de legalidad y de vinculación positiva de las administraciones públicas a la legalidad, se establezcan los perfiles que han de buscarse y alcanzarse con el proceso de selección que se pone en marcha. El artículo 61 del EBEP se refiere indirectamente a las convocatorias y a las bases que estas han de contener, y donde se diseña, en pleno ejercicio de las potestades de autoorganización, el proceso selectivo, fijando, entre

otras cosas, plazos, órganos de selección, sistema, baremos, etc. Así se reitera también en los artículos 28 y 29 del Real decreto 340/1995. La naturaleza jurídica de estas bases es la de actos administrativos y no de disposiciones de carácter general, y así lo ha señalado el Tribunal Supremo, valgan por todas la sentencia de 18 de julio de 2003 y la de 17 de enero de 2008. Su impugnación ha de realizarse por tanto de forma directa y no cabe la impugnación indirecta, siendo así que de no reaccionarse en tiempo y forma serán actos firmes y consentidos. No obstante, el Tribunal Constitucional modula este carácter de firme y consentido de este tipo de actuaciones, señalando que, cuando existe una infracción de derechos fundamentales, sería posible poner en marcha remedios procesales frente a estos actos firmes —se refiere en concreto a las convocatorias de acceso—. Son ejemplo de esta línea las sentencias 193/1987, 93/1995, 107/1998 y 167/1998, entre otras.

Los requisitos concretos de cada convocatoria se fijarán en las correspondientes bases de acuerdo con las plazas convocadas. El artículo 56 del EBEP establece unos requisitos generales que parecen estar pensando en el personal funcionario. Así, por ejemplo, la exigencia de la nacionalidad española que establece este precepto es dejada sin efecto en el artículo 57.4, cuando señala que los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las administraciones públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 17 de mayo de 2005 obliga a reconocer la experiencia obtenida en una Administración de un Estado miembro como objeto de la misma valoración que la del Estado convocante, lógicamente en casos asimilables.

En relación con la separación del servicio o inhabilitación como causas de exclusión, existe una deficiente regulación en la Ley en relación con el personal laboral, ya que las previsiones del artículo 56.1.d) parecen estar pensadas para funcionarios públicos. No obstante, el artículo 96.1.b) establece que el despido disciplinario del personal laboral, solo podrá servir para sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. No parece que hubiera problema para celebrar posteriormente un contrato con

funciones diferentes, ni tampoco participar en un proceso selectivo para personal funcionario.

Especial mención merecen las previsiones que se refieren a la composición de las comisiones de selección.

Por lo pronto el artículo 60 prohíbe que se trate de un órgano unipersonal, debiendo tener necesariamente la condición de órgano colegiado, cualquiera que sea la clase de personal que persiga reclutar. Su funcionamiento se regulará por las normas de la Ley 30/1992 en relación con los órganos colegiados. Literalmente señala que los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá a la paridad entre mujer y hombre.

El apartado tercero de este precepto prevé que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse esta en representación o por cuenta de nadie. Esto supone que los miembros de estas comisiones de selección no podrán estar designados a instancia de un sindicato, partido político, organización colegial, etc. Tampoco se prohíbe su pertenencia a una de estas corporaciones, pero su designación ha de responder a parámetros exclusivamente de profesionalidad y de especialización. Se trata de prevenir cualquier tentación de clientelismo del tipo que sea. A nuestro juicio, se trata de una norma de *ius cogens* que convierte en inaplicable cualquier acuerdo o norma de rango inferior que pueda contener normas que la contradigan.

El apartado segundo del artículo 60 prevé que el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección. Nada dice en relación al personal laboral temporal, pero parece claro que habría que estarse a su aplicación analógica.

La sentencia del Tribunal Constitucional 85/1983, de 25 de octubre, ya señalaba que el régimen de las comisiones de selección debe garantizar la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea suficiente para realizar la función seleccionadora. La sentencia de la Sala de Cáceres de 7 de mayo de 2001 considera posible la presencia de representantes sindicales durante el proceso selectivo en calidad de observadores.

Sin embargo hay que destacar cómo el artículo 31.6 del EBEP, establece que las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública están

legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección, por lo que parece que viene a compensarse con este reconocimiento de legitimación activa procesal, aquella ausencia en los órganos de selección.

También se podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, artículo 61.4, pudiéndose encomendar estas funciones a los institutos o escuelas de Administración pública. Todo esto parece dejar sin efecto la previsión del artículo 30 del Real decreto 364/1995, que preveía que los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores. Quizás la previsión del número impar de componentes esté vigente para facilitar la adopción de acuerdos.

Por lo que se refiere a los sistemas de selección, el EBEP sin duda introduce novedades que afectan también a la recluta del personal laboral. Así el artículo 61, que se ocupa de esta cuestión, comienza recordando la libre concurrencia y carácter abierto de los procesos selectivos, lo que conlleva la necesaria publicidad de las convocatorias. A este respecto, el artículo 30 del ya citado Real decreto 364/1995 establece la necesidad de que las convocatorias sean publicadas en los periódicos oficiales. Se refiere en concreto a que esta publicidad alcanzara, al menos, el número de plazas y el lugar donde consultar las bases. La jurisprudencia en este sentido no sigue una línea uniforme. Con carácter general se exige esa publicidad oficial, incluso en los supuestos de contratación temporal de interinos, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008. Otras sentencias son menos estrictas cuando se trata de la contratación de personal laboral y se acredita la urgencia, lo que haría suficiente una publicidad por edictos (sentencia de la Sala de Oviedo de 27 de enero de 2005). También se ha cuestionado la publicación en páginas web o incluso la contratación a través de los servicios públicos de empleo.

Los procesos selectivos deberán cuidar especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas, lo que se relaciona directamente con la optimización del interés general, que era el fin último de la actividad

administrativa encaminada a la selección de empleados públicos.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

Los procesos selectivos también pueden incluir, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, pero en estos casos, solo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará por sí misma, en ningún caso, el resultado del proceso selectivo. Tampoco se pueden enmascarar como pruebas prácticas las que son claramente teóricas. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de marzo de 2009, se refiere a la imposibilidad de considerar prueba práctica un test sobre conocimientos teóricos.

En relación con los sistemas de selección existe en el EBEP una línea nítida que separa los procedimientos para seleccionar al personal funcional y al personal laboral. El apartado 6 del artículo 61 señala que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición, que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. A continuación añade que solo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

Sin embargo, los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos. Es decir, en relación con este personal se amplía el abanico de sistemas, al entender que también el concurso, por sí solo, puede servir como procedimiento.

Es muy posible que la clave de esta diferencia esté en el perfil de las plazas de funcionario en relación con las del personal laboral, que el artículo 9 del EBEP cifra en atribuir a los funcionarios públicos, con carácter exclusivo, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado, lo que hace que tengan un perfil mucho más técnico, que exige contrastar la existencia de unos conocimientos teóricos, para lo que el sistema de concurso es menos fiable.

El artículo 61 contiene una previsión en relación a la selección del personal laboral que resulta un tanto confusa, y en la que se dice que las administraciones públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos. Se trata de una previsión que ha sido objeto de bastantes críticas en la medida que el Informe de la Comisión ya referido, apuntó en la dirección de que habría que huir de clientelismo en los procesos de acceso al empleo público. En esa línea se sitúa la desaparición de la composición representativa de las comisiones de selección. Sin embargo continúa, aunque solamente en relación al personal laboral, esta previsión que comentamos y que en ocasiones puede entrar en pugna con los principios que presiden la selección de los empleados públicos. En todo caso la previsión se queda en una posibilidad de negociación.

4. Igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en la provisión de puestos de trabajo

Sabido es que en materia de acceso al empleo público son de plena aplicación las previsiones de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, que introducen los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a este tipo de funciones, por razón precisamente de tratar de buscar los perfiles que mejor se adapten a una mayor optimización de quienes van a desarrollar esas funciones públicas. Es esta una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia, valga citar por todas la sentencia del Tribunal Constitucional 121/2008, de 15 de octubre, o la del Tribunal Supremo de 17 de septiembre también de 2008.

Nuestra legislación de desarrollo, tanto la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, así como las leyes autonómicas de la función pública, han tratado de ahondar en estos principios constitucionales, incentivando medidas que neutralicen eventuales dificultades y obstáculos en el acceso, provisión de puestos, promoción funcional, y conciliación de la vida profesional y familiar, siempre desde la perspectiva de una adecuada satisfacción del interés público, al que, según el artículo 103 de la Constitución, sirven con objetividad las administraciones públicas, y considerando además

los principios constitucionales que garantizan aquella igualdad con carácter general.

El estudio "La situación profesional de las mujeres en las Administraciones Públicas", difundido por el Instituto de la Mujer en 2004, señalaba que en el período que va desde 1987 a 2004, el empleo público ha crecido en España un 48%, siendo así que un 87% de los puestos de trabajo creados en el sector público han sido ocupados por mujeres, absorbiendo el sector público una cuarta parte del incremento total del empleo asalariado femenino.

La Ley orgánica 3/2007 y el EBEP se cuidan de huir de fórmulas que impongan en materia de acceso al empleo público normas de discriminación positiva que pudieran suponer una afección a las previsiones constitucionales en la materia, y ciertamente no introducen mandato imperativo alguno al respecto. No pueden existir acciones positivas que puedan implicar un sacrificio excesivo ni desproporcionado del principio de mérito y capacidad. La jurisprudencia comunitaria y constitucional insisten en esa proporcionalidad y racionalidad de las medidas de discriminación positiva.

Los apartados a), c) y d) del artículo 51 establecen principios referidos al acceso al empleo público, precepto que tiene carácter básico conforme señala la disposición final primera de la Ley.

Existen en nuestra jurisprudencia ordinaria ejemplos de resoluciones que afrontan esta cuestión. Así la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de abril de 2004, relativa a una impugnación de las bases que regulan el acceso a cuatro plazas de inspector de los Mossos d'Esquadra. Se plantea en esta sentencia el problema de la exigencia de distintos requisitos en relación a las condiciones físicas, según que los aspirantes a las plazas convocadas sean hombres o mujeres, distinción que alcanza no solo a las marcas mínimas que deben alcanzar quienes concurren al proceso selectivo, sino también a la altura mínima exigible.

La sentencia aborda la cuestión relacionándola directamente con el contenido sustantivo de las funciones a desarrollar, proyectando sobre ellas la distinción expuesta en relación con las condiciones a cumplir por hombres y mujeres, lógicamente desde la perspectiva de una adecuada satisfacción del interés general que se pretende alcanzar con la convocatoria litigiosa. En similar sentido podemos situar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de febrero de 2008.

No obstante, sí que, desde el punto de vista del acceso, el artículo 53 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, señala que todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo, se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos. Esa voluntad de presencia equilibrada en los denominados comúnmente como tribunales de selección no es nueva en nuestro ordenamiento, puesto que el artículo 4.f) del Real decreto 121/2005, de 4 de febrero, por el que se aprobaba la oferta de empleo público en el ámbito del Estado, ya preveía esa composición paritaria.

Es necesario destacar que la Ley orgánica 3/2007 señala que la presencia equilibrada en los tribunales de selección se satisfará con una presencia de un 40% de mujeres, según lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley. Parece que el EBEP, artículo 60.1, va más allá que la Ley de igualdad, ya que se refiere a una composición paritaria entre hombres y mujeres en estos órganos de selección. Se manifiesta aquí una clara contradicción fruto de una deficiente técnica legislativa, al tratarse, como ya hemos dicho, de dos normas que siguieron trámites parlamentarios casi simultáneos.

Las dudas y contradicciones quizás se puedan salvar acudiendo a la norma especial en materia de igualdad, la Ley orgánica 3/2007, lo que nos permitiría la aplicación de un criterio más flexible y abierto que el del EBEP.

Todo lo anterior no supone que se deba dejar de lado la norma que regula el acceso a la función pública, y que de momento es la que completa la exigua regulación del EBEP. Nos referimos al Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Este Reglamento estatal, también es aplicable supletoriamente al resto de las administraciones

públicas, según prevé su artículo 1.3. En él se recogen algunas de las condiciones que deben reunir los miembros de los órganos de selección, para garantizar así el mérito y capacidad en los procesos selectivos, lo que supone su necesaria aplicación para satisfacer el modelo constitucional. El artículo 12.3 señala que las comisiones permanentes de selección estarán constituidas por un número impar de miembros, funcionarios de carrera, con nivel de titulación igual o superior al del Cuerpo o Escala en cuya selección vayan a intervenir, que serán designados libremente de acuerdo con lo previsto en la Orden ministerial por la que se creen tales comisiones y en su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. Por su parte el 13 en sus apartados 1, 2 y 3, prevé que los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo o Escala objeto de la selección, salvo las peculiaridades contenidas en las normas específicas a que se refiere el artículo 1.2 de este Reglamento. No podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria. Los tribunales y las comisiones permanentes de selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas.

Ciertamente, el artículo 61 del EBEP recoge en su apartado primero que los órganos de selección deberán velar por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidad entre sexos, precepto no solo absolutamente respetuoso con el modelo constitucional de acceso, sino que se ubica en su centro neurálgico, al neutralizar cualquier discriminación por razón del sexo.

Las leyes autonómicas también habían asumido esta presencia equilibrada en los tribunales, así podemos citar la Ley 4/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, para la igualdad de hombres y mujeres, que establecía una exigencia de un mínimo de un 40% de personas de cada sexo en estos tribunales de más de cuatro miembros. También la Ley 7/2004 de Galicia, la 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Castilla y León, o la

Ley foral de Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

No puede concluirse de ninguna manera que la Ley orgánica 3/2007, pueda suponer una reserva de determinados puestos de trabajo en las administraciones públicas para mujeres. Esta consideración chocaría de lleno con el diseño constitucional de nuestro modelo de empleo público, por otra parte absolutamente deudor de optimizar el elemento personal dedicado a la satisfacción del interés general.

Señalaremos, por último, que el artículo 55 de la Ley orgánica 3/2007 prevé que la aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo, si bien no se establece si este informe es preceptivo, si es vinculante, si también se aplica a las pruebas para acceder a puestos de personal interino o temporal, y otros detalles, por lo que ante esta falta de concreción habrá de estarse al desarrollo reglamentario de la Ley, ya vencido el 31 de enero de 2007 según la disposición transitoria décima. Sí que se prevé su evacuación en casos de urgencia, lo que parece avalar una postura favorable a su carácter preceptivo.

El artículo 57 de la Ley orgánica 3/2007 prevé que en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo en las administraciones públicas se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior, es decir, permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La previsión no es especialmente detallada, por lo que habrá de estarse a su desarrollo reglamentario. No obstante, se trata de una valoración que ya preveía el Real decreto 255/2006, de 3 de marzo, que modifica el ya citado Real decreto 364/1995, que introducía la valoración del cuidado de hijos y familiares en los concursos de méritos.

De nuevo hemos de señalar que la previsión de la Ley orgánica 3/2007, no puede neutralizar la exigencia de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo (Jesús M^a Chamorro González, magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ponencia para el curso del Consejo General del Poder Judicial).

5. Personal laboral

Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, siempre dentro del marco que anteriormente se ha definido, conforme al cual los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad o de potestades solo pueden ser provistos mediante funcionarios públicos.

6. Personal eventual

Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin (artículo 12 del EBEP).

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP determinarán los órganos de Gobierno de las administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de Gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicos. Su régimen jurídico podemos caracterizarlo por las siguientes notas:

- El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

- La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna.

- Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

7. Personal directivo profesional

Su regulación se encuentra en el artículo 13 del EBEP, que opera únicamente como una norma habilitadora para que el Gobierno –en el ámbito estatal– o los órganos de Gobierno de las comunidades autónomas puedan establecer, en desarrollo del EBEP, un régimen jurídico específico del personal que califiquen como directivo. Si hacen uso de esta posibilidad, están sometidos a los siguientes principios que definen la función directiva en el ámbito de las administraciones públicas:

- Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.

- Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

- El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

- La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos del EBEP. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Vistos el procedimiento para la selección, garantías, y clases de personal laboral, iniciamos ya una exposición de la normativa laboral en materia de contratación, con carácter general, para, después, pasar a las particularidades y a las distintas cuestiones que se plantean en la práctica sobre la contratación laboral temporal por parte de la Administración en su papel de empresario o empleador.

8. Contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los trabajadores (E.T.) y Real decreto 2720/1998

8.1. Contrato por obra o servicio determinado

El artículo 15 del E.T., regulador de los contratos de duración determinada, permite el contrato de obra o servicio determinados cuando se contrata al trabajador

para la realización de una obra, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

En el mismo sentido el Real decreto 2720/1998 dispone en su artículo 2 la misma definición, añadiendo como cláusulas esenciales:

- La especificación e identificación suficiente, con precisión y claridad, de la obra o el servicio que constituya su objeto, y

- Que se trate de la actividad propia de la empresa, pero que la obra o el servicio para el que se contrata tenga autonomía y sustantividad propia.

La primera de las cláusulas es fundamental, a pesar de que no se le da suficiente importancia en la práctica de los despachos y las gestorías, ocasionando las más de las veces una declaración judicial de fraude por alegar, en dicha cláusula causal o de objeto del contrato, conductas genéricas o, simplemente, la definición del contrato temporal (como, por ejemplo, “Este contrato se formaliza para la realización de una obra o servicio determinado”). Resulta incomprensible la reincidencia permanente en este defecto fundamental, a sabiendas de los perjuicios que la inespecificidad del objeto produce.

En este sentido es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1990, cuando expone:

“Este requisito es fundamental o esencial en estos casos, pues si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere no puede hablarse de obra o servicio determinado; mal puede existir una obra o servicio de esa clase... si los mismos no se han concretado y determinado previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esa concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente... y necesariamente se ha de tener en cuenta lo que dispone el Art. 15 del E.T. al afirmar que se produce por tiempo indefinido”.

Es significativo que solo “se presume” el carácter indefinido, por lo que siempre cabe acreditar en juicio que la obra o servicio determinado para la que se contrató al trabajador existió y fue la causa de la contratación; pero es una temeridad esperar a que le demanden por despido para probar en juicio (con las dificultades que ello comporta) lo que pudo y debió evitarse redactando bien la cláusula de objeto del contrato.

Existen muchas empresas cuyo objeto único, o al menos el principal, es llevar a cabo obras o servicios de carácter temporal (construcción, servicios de limpieza, vigilancia y otras de arrendamientos de servicios).

Este objeto social pueden realizarlo con trabajadores contratados de forma indefinida o con contrato temporal por obra o servicio determinado. También con plantilla mixta: fijos para las labores de mantenimiento de la empresa y otros temporales contratados para atender a cada una de las contrataciones que se vaya adjudicando la empresa.

Precisamente porque se trata de obras que se acometen para ser llevadas a cabo y concluirse o agotarse, parece lo más lógico acudir a las contrataciones de duración determinada por obra o servicio. Así lo entendió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 3 de noviembre de 1989, cuando dice: "... la calificación jurídica de los contratos –que no depende de la que erróneamente hagan las partes, sino de su naturaleza intrínseca– se adecua perfectamente a la de obra y servicio determinado, por tratarse de un motivo específico que se agota en su propia realización sin idea de repetición anual."

Los contratos de arrendamiento de servicios en los que se condiciona o sujeta su duración a la continuidad de la contrata con el cliente, son perfectamente válidos.

Los tribunales superiores de justicia se han dividido al estudiar esta cuestión, considerando algunos que si la actividad de arrendamiento de servicios es la propia de la empresa, esta no puede acudir al contrato por obra o servicio, puesto que hay una confusión entre su objeto único (la prestación de servicios) y lo que no puede ser una actividad autónoma con sustantividad propia (cada servicio prestado).

El Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión, y en sentencias de 8 de junio de 1999 y 20 de noviembre de 2000, entre otras, se decanta definitivamente por la consideración de que hacer depender la duración de la relación laboral, de la duración del contrato entre la arrendadora del servicio (empleadora) y su cliente, se ajusta perfectamente a lo establecido en el artículo 15.1 a) del E.T. Estas empresas de servicios efectúan, pues, un servicio temporal con autonomía y singularidad propia y con término final incierto, por lo que pueden acudir a la contratación temporal por obra o servicio.

En los casos de duda se aconseja:

– La subrogación del personal que realiza el servicio por parte de la nueva contratista, para lo cual anteriormente era preciso que viniera regulado en el convenio colectivo del sector, como sucede en limpieza, vigilancia, colectividades, en el sector de hostelería (catering), etc.. Hoy, tras la aceptación a regañadientes de la doctrina del TJCE por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, lo fundamental en la sucesión empresarial, y sus efectos de subrogación en los contratos laborales, se produce al amparo del artículo 44 del E.T., aunque únicamente se transmita la actividad sin que lleve consigo la transmisión de elementos patrimoniales de cierta entidad.

– Si no lo prevé el convenio y se tratara de la prestación de unos servicios en supuestos distintos de los contemplados por la jurisprudencia antes citada, habría que acudir a la extinción del contrato por causas objetivas, o de fuerza mayor. En este caso llevaría aparejada, como mal menor, una indemnización de veinte días por año de servicio.

El segundo de los requisitos que se derivan de su regulación legal, el de que se trate de un trabajo con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa (albañilería, revocado, alicatado, etc., de una obra determinada; vigilancia de un local de un cliente, etc., limpieza de quirófanos de un hospital, etc.), requiere fundamentalmente que se especifique con toda claridad la obra o el servicio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1992 expone con claridad que "la expresa mención en el contrato de trabajo en el lugar de la prestación de servicios no dota, por sí solo, a estos de autonomía y sustantividad propias exigidas por el Art. 2.1 del R.D. 2104/84" (hoy Real decreto 2720/1998).

8.1.1. Formalización

El contrato deberá formalizarse siempre por escrito, y deberá especificar con precisión y claridad el carácter de la contratación, e identificar suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto, la duración del contrato, así como el trabajo a desarrollar. De ahí su exigencia de forma escrita única en la que queda constancia de esa identificación.

En el modelo que se expide por el INEM para la formalización de este tipo de contratos, el espacio que se destina a la especificación del objeto es realmente reducido, lo que sirve de mala excusa a los empresarios para exponer el objeto de la contratación de forma re-

ducida y no válida. En ese caso se aconseja exponerlo con amplitud y claridad en una cláusula adicional al efecto.

El contrato se comunicará al INEM o al Servicio Público de Empleo de las comunidades autónomas en los diez días siguientes a su concertación.

Podrá concertarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

Su duración será la del tiempo que dure la obra o servicio para el que se contrata al trabajador. Si el contrato fijara una duración o fecha de extinción, estas deberán considerarse de carácter orientativo.

Los convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de la empresa, que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

El contrato se extinguirá previa denuncia, verbal o escrita, de cualquiera de las partes, cuando finalice la obra o servicio objeto del contrato, y si esta es superior a un año la terminación del contrato deberá notificarse con una antelación mínima de quince días. La ausencia de este requisito no afecta a la naturaleza del contrato ni lo convierte en indefinido, pero obliga al incumplidor al abono salarial de los días que falten en el preaviso.

En cuanto al período de prueba, al no existir norma específica deberá estarse a la regulación general del artículo 14 del E.T.

8.1.2. Cuestiones que se suscitan

¿Puede extinguirse el contrato por obra o servicio determinado antes de acabar la obra consignada en el contrato? Sí. El Tribunal Supremo, en sentencia de 12-4-86, dice: "Los contratos para la prestación de un servicio determinado que se realicen mediante un haz de contratos de la misma naturaleza..." (por ejemplo una obra de la construcción y para cuya realización se contratan albañiles, peones, electricistas, fontaneros, etc.) "...no requieren el cese simultáneo de todos los trabajadores... sino que en base al Art. 49.3 del E.T. se van extinguiendo al terminar la prestación de dicho servicio paulatinamente, debiendo seguirse en el cese el orden inverso al de antigüedad" (de más reciente a más antiguo).

Además de lo expuesto con carácter general, el contrato para la realización de una obra o servicio determinado, no puede ser utilizado para cubrir necesidades permanentes del organismo público, tal y como se razona en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 5-7-99.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo como especialidad, dado el carácter público del empleador, la posible identificación de una obra o servicio determinados con la referencia a un programa público de actuación específica (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 28 de julio de 2005, en un supuesto de contratación temporal para el desarrollo del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional), pero para que ello no derive en fraude de ley es preciso que el trabajador contratado por obra o servicio determinado sea ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de este, y no en otra distinta de la contratada.

8.1.3. Especial referencia a los contratos por obra o servicio determinado, vinculados a subvenciones de otras administraciones públicas

Como razona Rosa M^a Martín-Romo, letrada de la Diputación Provincial de Cáceres, es pacífica la doctrina jurisprudencial, que hace especial hincapié en la naturaleza causal de los contratos temporales y su carácter excepcional, por lo que solo se podrá acudir a ellos cuando se den las circunstancias previstas en la ley.

No obstante, hay que establecer una diferencia entre la posición adoptada por el Tribunal Supremo en cuanto a los contratos por obra o servicio subvencionado por las administraciones públicas antes y después de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002.

La utilización del contrato de obra o servicio determinado ha encontrado un extraordinario desarrollo en el ámbito de las administraciones públicas (con especial intensidad quizá en la Administración local), en cuanto que beneficiarias de subvenciones o de otro tipo de dotaciones procedentes de administraciones territorialmente más amplias (Unión Europea y administraciones autonómicas, fundamentalmente).

Ya en sentencias del Tribunal Supremo de 1998 (RJ 1999, 307 y RJ 1999, 387), se apreciaba la licitud de la cláusula que condicionaba el contrato de trabajo por obra o servicio determinado a la vigencia de un plan concertado entre un Ayuntamiento, que era el empresario en la relación laboral controvertida, y una Comunidad Autónoma. Estas sentencias consideran que hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los trabajadores, ya

que “no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención”.

No obstante la anterior jurisprudencia, la cuestión dio un giro radical a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, dictada con ocasión de un recurso de casación para unificación de doctrina.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, supone un punto de inflexión en la regulación de los contratos temporales a los que nos venimos refiriendo, estableciendo a partir de ahora y con total claridad los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, en los siguientes términos: Los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece regulado en los artículos 15.1 a) del Estatuto de los trabajadores y 2 del Real decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, son los siguientes:

- a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa;
- b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta;
- c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto;
- d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de este, y no en tareas distintas.

En definitiva, queda claro que, actualmente, la existencia de una subvención no se eleva por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la categoría de elemento decisivo y concluyente para concertar contratos laborales de carácter temporal, por más que en muchos pronunciamientos se haya hecho especial hincapié en ella. La mera existencia de una subvención no es bastante a los efectos que ahora nos interesan, porque las administraciones públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de la exigencia legal de que concurra causa bastante.

Por lo tanto, ahora ya a la exigencia de que la dotación extrapresupuestaria constituya efectivamente

una subvención, que depende en su continuidad de una voluntad externa a la propia Administración contratante, se suman las ordinarias de todo contrato de obra y servicio: autonomía y sustantividad de la obra o servicio dentro de la actividad cotidiana de la Administración contratante, identificación clara y suficiente de la obra o servicio en el contrato, y desempeño por parte del trabajador de funciones exclusivamente ligadas con la concreta obra o servicio determinados en el contrato.

No puede entenderse mínimamente cumplida la exigencia de la identificación precisa y clara de la obra o el servicio objeto del contrato con la referencia a un “proyecto subvencionado” entre varias administraciones, ni tampoco la constatación de que el mismo se financia con dotaciones anuales, bianuales,... concedidas mediante Decreto de otra Administración. Se exige, además, que se identifique con precisión la obra o el servicio que da cobertura al contrato a término.

A partir de la sentencia de 19 de marzo de 2002, el Tribunal Supremo ha mantenido de forma constante y reiterada esa misma línea argumental hasta hoy.

A título de ejemplo, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002, la de 10 de abril de 2002 o la de 25 de noviembre de 2002, entre otras.

En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo señala que difícilmente puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han determinado previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación, entiende el Tribunal Supremo que es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado.

Por lo que se refiere a la formalización y a la posterior extinción de estos contratos vinculados a subvenciones de terceras administraciones, hemos de estar a lo dispuesto en la normativa laboral vigente, tal y como ya el propio Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, remitiendo expresamente a la solución aportada a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que añadió un nuevo apartado, el e), al artículo 52 del Estatuto de los trabajadores.

El citado precepto regula los supuestos de extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas, y concretamente el apartado e) que ahora nos interesa, señala que “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”.

Esta regulación señala expresamente cuál es el tipo de contrato laboral que debemos utilizar en estos casos de contratos que se celebren por la Administración vinculados a subvenciones de otras administraciones, y que no puede ser sino el contrato laboral indefinido, salvo que además de que exista una subvención, realmente se reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para celebrar un contrato laboral temporal, como vimos en los apartados anteriores.

Por otra parte, esta regulación establece que, a la finalización de la subvención, el contrato se extinguirá por la causa objetiva señalada en el artículo 52. e) del Estatuto de los trabajadores, que acabamos de ver.

A partir de la inclusión de este apartado e) al artículo 52, entendemos que la cuestión queda perfectamente zanjada y que las administraciones habrán de acudir al contrato indefinido y su posterior extinción por causas objetivas a la finalización de la subvención.

Ha de quedar perfectamente claro, en relación con lo anterior, que la celebración de contratos indefinidos en el caso que ahora analizamos, no implica que los trabajadores así contratados pasasen a formar parte de la plantilla del personal laboral de la corporación como personal laboral fijo. No se trataría de personal laboral fijo de la corporación, sino que simplemente mantendrían una relación laboral de duración indefinida con la Administración, que finalizaría en su caso y por lo que se refiere al agotamiento de la subvención, mediante despido objetivo, tal como señalábamos anteriormente.

En otro orden de cosas, y teniendo en cuenta que estos contratos temporales vinculados a subvención se celebran en su mayoría por los ayuntamientos con cargo a subvenciones de la comunidad autónoma respectiva, habrá que estar no solo a lo previsto en el Estatuto de los trabajadores, sino también a lo dispuesto en la

normativa autonómica reguladora de las subvenciones que dan lugar a estas situaciones.

Por su especial interés y para facilitar su consulta se reproduce la fundamentación esencial de la sentencia de referencia de 19 de marzo de 2002:

“Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos los requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho y, ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, ya que esta no se supone nunca. Antes al contrario, los artículos art. 8.2 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí la trascendencia de que se cumpla la previsión del apartado 2.a) del Real Decreto citado que impone la obligación de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican.

“El válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio (sentencia de 21 de septiembre de 1999 recurso 341/99).

“Es evidente que, de acuerdo con la doctrina unificada, las Administraciones Públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de esa exigencia legal, puesto que deben someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), celebren y queden vinculadas con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en su desarrollo ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

“En todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas, ‘En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas

o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.'

"TERCERO. En el presente supuesto, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en el contrato suscrito por el Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas y el trabajador demandante, por las siguientes razones:

"1. El contrato que examinamos no cumple, mínimamente, con la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto. Es evidente que no puede entenderse satisfecha con la mera alusión al 'Proyecto subvencionado' entre las distintas Administraciones, pues el así denominado es un simple instrumento de gestión económica, que no cabe confundir con un programa o proyecto para desarrollar una actividad concreta y específica, ni menos aun, con una obra o servicio determinado.

"2. Debe afirmarse que la identificación que se hace en el contrato de la obra o servicio determinado, con el 'Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1.999', de su literalidad se desprende que el Plan abarca todos los Servicios Sociales Básicos del Ayuntamiento. La misma utilización del plural, 'servicios sociales', supone la existencia de no un solo servicio determinado, sino de varios de ellos. Y lo ratifica el examen de los artículos 5, 6 y 7 la Ley Canaria 56/1987, de Servicios Sociales de 4 de mayo así lo confirma.

"3. Conforme a su art. 5, las Administraciones Públicas, incluidos pues los Ayuntamientos, prestarán, como mínimo, los servicios básicos correspondientes a los siguientes niveles: servicios generales o comunitarios; servicios especializados; y programas integrados por áreas, sectores y ámbitos espaciales. El art. 6 señala que los generales o comunitarios, tienen por objeto promover el bienestar de todos los ciudadanos, mediante servicios que realizan las siguientes funciones: información, valoración y orientación; promoción y cooperación social; ayuda a domicilio; convivencia; prospección y detección de situaciones de marginación; y cualquier otra función primaria. Su art. 7.3 enumera los servicios sociales especializados de obligada organización: infancia y adolescencia; juventud; tercera

edad; minusválidos; drogodependencias; prevención de la delincuencia y reinserción social de ex-internos; marginación por razón de sexo; otros colectivos marginados; situaciones de emergencia; y cualquiera otro especializado que considere necesario el Gobierno de Canarias. Finalmente, el artículo 7.4 establece que el equipamiento de los servicios sociales especializados estará constituido por: centros de acogida; residencias permanentes, centros de día, centros ocupacionales y comunidades terapéuticas.

"4. Resulta palmario, que la genérica alusión hecha en el contrato que se examina, referida a los 'servicios sociales básicos' del Ayuntamiento, cuando estos son tan numerosos y diferentes y, tan distintos los lugares de actividad, dejó absolutamente indefinido el servicio concreto en que el trabajador debía desempeñar su actividad. Y no es válido argumentar que éste podía dedicarse indistintamente a cualesquiera de los servicios examinados, porque la modalidad contractual prevista en el artículo 15.1.a) Estatuto de los Trabajadores solo autoriza contratar a su amparo, cuando el objeto lo constituye una sola obra o servicio "determinado", no un conjunto de ellos.

"CUARTO. Tampoco cabe presumir el carácter temporal del contrato. El artículo 9 del Real Decreto 2.720/98 permite combatir la presunción de fijeza que se deriva de la insuficiente identificación en él, de la obra o servicio determinado y concreto que constituye su objeto, mediante prueba en contrario que acredite su temporalidad. Pero en el presente caso, el Ayuntamiento mantuvo una absoluta inactividad probatoria al respecto. Y ni existen en la contratación que se analiza elementos objetivos externos que conforme a la doctrina de la Sala evidencian la temporalidad de la prestación de servicios contratada, ni son atendibles los argumentos que para demostrarla, desarrollan el recurso y la sentencia de contraste.

"Es cierto que el Plan es anual, pero porque así lo han querido las Administraciones intervinientes, pues al menos la Comunidad Autónoma de Canarias pudo concertarlo por tiempo superior ex. art. 25 de su Ley 9/87 a cuyo tenor debe tender 'a que dichos convenios tengan una duración superior a un año'. Pero del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian, por cierto que solo en parte. El Ayuntamiento esta obligado a mantener

permanentemente los servicios sociales básicos. Así resulta de Ley Canaria 9/87, que recuerda ya en su preámbulo que la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de la Ley de Bases del Régimen Local, establece en el art. 25.2.K) que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de prestación de los servicios sociales. Pues bien, la Ley Canaria, en su art. 5 antes citado, enumera los servicios 'que deberán cubrirse', es decir, con carácter obligatorio. En el mismo sentido, el art. 26.1.c) dispone que 'en todo caso, los municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar servicios sociales', que son los enumerados en los artículos 6 y 7. Conclusión, si se trata de servicios de prestación obligatoria permanente, resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contratado.

"QUINTO. No es necesariamente signo de temporalidad, que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto, tenga que estar incluida en los presupuestos anuales. La financiación anual es mera consecuencia de la obligación que impone el art. 112 de la ya citada Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 y reitera el art. 24 de Ley de Canarias, ordenado en su número 2 que: 'Los Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes establecerán en sus presupuestos las dotaciones precisas para la financiación de la prestación de aquellos servicios sociales que en cada momento les vengán impuestos por la legislación en vigor'. Por consiguiente, que la financiación de los servicios sociales obligatorios, como la de cualquier otra actividad temporal o permanente del Ayuntamiento, debe estar prevista e incluida en sus Presupuestos anuales, no revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos.

"Por otra parte, no es posible asumir el argumento de que el servicio para el que fue contratado el actor no respondía a una actividad permanente del Ayuntamiento puesto que dependía de consignaciones presupuestarias ajenas. Podría sostenerse así, de alguna obra o servicio determinado muy concreto y específico que el Ayuntamiento no estuviera obligado a desarrollar o que solo le fuera posible hacerlo, por su magnitud económica, si es financiado por otra Entidad. Pero no puede afirmarse lo mismo, respecto de los servicios sociales básicos que el Ayuntamiento está obligado a mantener en todo caso y a financiar con su solo presupuesto, ex. artículo 24.2 de la Ley Canaria. Para

esos servicios la subvención no pasa de ser una mera ayuda, que como tal ninguna virtualidad puede tener para modificar en temporal una actividad que por Ley es permanente. Se trata además, de una ayuda cuya solicitud es voluntaria para el Ayuntamiento, hasta el punto de que si quiere aspirar a ella debe dedicar más del 5% de su presupuesto a tales servicios. Y que, por otro lado, es aleatoria, pues el número 3 del citado precepto solo otorga al Ayuntamiento que así actúa, una 'preferencia' para suscribir convenios de colaboración con la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

"SEXTO. En consecuencia con lo expuesto y de acuerdo con el artículo 9.1 del Real Decreto 2.720/98, cabe concluir que el contrato suscrito por el actor debe considerarse celebrado, pese a la literalidad de sus cláusulas, por tiempo indefinido, al no haberse identificado en él su objeto con claridad y precisión, ni desvirtuada por el empleador la presunción que deriva de tal incumplimiento, por lo que es acertada la solución dada por la sentencia impugnada, confirmando la decisión del Juzgado de instancia que calificó la decisión empresarial de cesar al trabajador como despido improcedente, y no como terminación del contrato por conclusión del servicio pactado, como pretendió el Ayuntamiento demandado con amparo en el artículo 49 c) del Estatuto de los Trabajadores. Lo que determina de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, con condena de la recurrente al pago de las costas de este recurso a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral."

8.2. Contrato eventual por razones de la producción

El artículo 15 del E.T. y el artículo 3 del Real decreto 2720/1998 autorizan la contratación temporal para atender exigencias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

8.2.1. Normativa

Artículo 15 del E.T., Real decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, y artículo 3º de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

8.2.2. Formalización

– Se formalizará por escrito de forma obligatoria cuando su duración exceda de cuatro semanas, y en todos aquellos casos en que se concierte a tiempo parcial.

– El contrato y, en su caso, la prórroga (solo cabe una sola prórroga) se comunicarán al Servicio Público de Empleo dentro de los diez días siguientes a su contratación.

– El contrato se extinguirá previa denuncia de cualquiera de las partes, por la expiración del tiempo concertado, que nunca debe exceder del máximo legal, que será de seis meses en un período de doce meses, si el convenio no dispusiera otra cosa.

– Los contratos que tengan establecida legal o convencionalmente una duración máxima y que se hubiesen concertado por una duración inferior a la misma, se entenderán prorrogados tácitamente, hasta la correspondiente duración máxima legal o convencional, cuando no hubiese mediado denuncia o prórroga expresa antes de su vencimiento y el trabajador continúe prestando servicios. Si una vez finalizada también esa prórroga tácita, y llegado el cumplimiento máximo del tiempo posible, el trabajador siguiese prestando servicios, el contrato se convertirá en indefinido.

8.2.3. Cláusulas principales

– La duración del contrato, que no puede superar el máximo de seis meses en un período de doce meses salvo en los casos en los que el convenio colectivo disponga otra cosa. En todo caso los convenios colectivos no podrán establecer un período de referencia que exceda de dieciocho meses ni una duración máxima del contrato que exceda de las tres cuartas partes, no siendo superior a doce meses.

– Podrá concertarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

– Es fundamental establecer con claridad y precisión la circunstancia o cláusula por la que se realiza el contrato (se insiste en este punto por ser el más infringido en la práctica).

Esta cláusula fundamental, establecida en el artículo 3.2 a) del Real decreto 2720/1998: “El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique”, implica que su incumplimiento produce la presunción de fraude de ley y la conversión del contrato en indefinido.

8.2.4. Situaciones que pueden darse

– Si el empleador fuera una Administración pública, el efecto de la falta de concreción de la causa supone que el trabajador se convierte en indefinido, no en fijo de plantilla, y su situación es, a todos los efectos, la de un interino por vacante, viniendo la Administración empleadora obligada a convocar la plaza ocupada por el laboral indefinido o a amortizarla. Una vez cubierta reglamentariamente, o amortizada, el trabajador cesa sin más, como un interino común.

– ¿Convierte en indefinido un contrato temporal la existencia de algún error u omisión de algún requisito administrativo? (Por ejemplo, formalizar el contrato en impreso no oficial o falta de formalidad no esencial). No, si la causa es real y está claramente descrita y especificada en la cláusula correspondiente (objeto del contrato).

– El error en el impreso, utilizando el de obra o servicio por el eventual por razones de la producción, ¿convierte la relación en indefinida? No, si existe causa para contratar por razones de la producción y contiene las cláusulas imprescindibles que lo diferencian del utilizado erróneamente: duración y objeto.

– Si a la terminación del contrato temporal se suscribe otro indefinido o si no han transcurrido veinte días hábiles entre uno y otro, la antigüedad abarcará todo el tiempo de servicio sumados los contratos.

– Cuando se precisa el trámite del preaviso, la falta de este requisito no desnaturaliza el contrato convirtiéndolo en indefinido, sino que nace la obligación de abonar el salario por los días de preaviso no cumplidos.

– Son en fraude de ley los contratos eventuales por razón de la producción:

a) Cuando, a pesar de estar bien configurado el contrato, se destina al contratado para labores permanentes.

b) Cuando se sustituye la exposición clara y precisa de la causa por otra genérica, como por ejemplo por razones de la producción, por circunstancias del mercado, por acumulación de tareas, por exceso de pedidos, o similares.

– Cuando se realizan para trabajos intermitentes con el mismo trabajador: para épocas de rebajas, campañas de verano o vacaciones en las agencias de viajes, etc. El contrato que procede en este caso es el de a tiempo parcial si se le llama regularmente en la misma

fecha o el fijo discontinuo si no tiene fecha exacta de reincorporación.

– Cuando se sobrepasa el tiempo máximo permitido por el convenio o por el E.T., en defecto de aquel.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo han definido con claridad y precisión las causas que autorizan a acudir a este tipo de contratación temporal. Así la sentencia de 4 de febrero de 1999 cuando dice: “Ha de justificarse en atención a una causa vinculada objetivamente a la presencia de circunstancias provisionales que crean una necesidad extraordinaria de trabajo en la empresa que no puede ser atendida por la plantilla normal de la misma... El Art. 15 1 b) del E.T. debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo.

“La fijación de un plazo o término de seis meses o el máximo permitido por el Convenio Colectivo puede dar lugar a que el contrato de trabajo se extinga aunque permanezca subsistente la causa.

“Si lo que desaparece es la causa que justificó el contrato temporal, éste podrá continuar hasta la finalización del plazo pactado (para evitar riesgos de precariedad sobre la situación personal del trabajador). Hay que tener especial precaución para no fijar plazos de contratación superiores a lo que se prevé va a durar la causa para evitar posibles situaciones de fraude.”

– Una consecuencia importante del establecimiento legal de un término cierto, es que en los contratos eventuales concertados con empresas de trabajo temporal, ha de seguirse el régimen legal del artículo 1 b) del E.T. aunque el contrato de puesta a disposición se resuelva antes del plazo pactado en el contrato de trabajo, por finalización de la causa que determinó la contratación con la empresa usuaria. Así el Tribunal Supremo estima que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal.

– Las sentencias de 15 de febrero de 1995 y 17 de noviembre de 1997 establecen que lo que caracteriza la acumulación de tareas es, precisamente, la despropor-

ción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma tal que el volumen de aquel excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de este; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar, aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por el contrario, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. En estos casos en que el desequilibrio o desproporción se debe a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir, y la empleadora no puede llevar a cabo la normal cobertura de las mismas con la rapidez adecuada, nos encontramos ante un supuesto de acumulación de tareas, por lo que es lícito acudir al contrato eventual en lugar del contrato de sustitución por vacantes, vacaciones, etc.

El contrato eventual del artículo 15 del E.T. en sus modalidades de por circunstancias de la producción, acumulación de tareas, o exceso de pedidos, tiene su aplicación en los contratos concertados por la Administración como empresaria, fundamentalmente en la modalidad de por acumulación de tareas, y tiene por objeto atender a un incremento temporal o excepcional del volumen de trabajo que no puede ser cubierto por el personal al servicio del ente público contratante. En lo demás rigen todas las disposiciones del Real decreto 2720/1998 que se han recogido al principio del epígrafe.

Lo más importante, por la frecuencia con que se da cuando la contratante es una Administración pública, es la distinción entre el trabajo eventual y el trabajo fijo discontinuo.

8.3. Diferencias entre los contratos temporales y los fijos discontinuos

Hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001, la contratación temporal del artículo 15.1. b) “eventuales por acumulación de tareas” se venía utilizando para aquellas necesidades de la Administración que, aún tratándose de la actividad normal de dicho ente, suponían para el empleador una necesidad de aumento temporal de la plantilla, de modo que superado ese repunte de trabajo ocasional, ya no precisen o no puedan continuar los contratados para esa actividad. Pero, además, se utilizaba para cubrir necesidades

de aumento puntual de trabajo que se dan cada año en determinados períodos siempre y en las mismas fechas: por ejemplo, campañas de verano, monitores de colonias, empleados de piscinas, etc. En esos casos se contrataba temporalmente al amparo del contrato eventual por acumulación de tareas del artículo 15.1 b) del E.T., y desarrollado en el artículo 3 del Real decreto 2720/1998.

La sentencia de 1 de octubre de 2001 ha venido a puntualizar al respecto, de tal forma que todos esos contratos que se formalizaron al amparo del artículo 3 del Real decreto citado para atender incrementos circunstanciales de trabajo, que se repiten en fechas determinadas, se considerarán fraudulentos. En todos estos supuestos no cabe otra posibilidad para cubrir las necesidades de la empleadora que el contrato fijo discontinuo del artículo 12 del E.T. como modalidad del contrato a tiempo parcial. Tiene, además, la ventaja de que no está sujeto a período máximo, como sucede con el eventual, y se finaliza cuando acaba la temporada o el aumento de trabajo, sin perjuicio de reanudarse al inicio del nuevo ciclo.

8.4. Contrato de sustitución por interinidad y por vacante

El artículo 15 del E.T. y el artículo 4 del Real decreto 2720/1998 autorizan este tipo de contratos temporales cuando se precisa sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo, o acuerdo individual, en cuyo caso nos encontramos ante la modalidad del contrato de interinidad por sustitución, o bien para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en cuyo caso se trata del contrato de interinidad por vacante.

8.4.1. Formalización

El contrato de interinidad, en sus dos especies de por sustitución y por vacante, se celebrará siempre por escrito, registrándose en el INEM u Oficina Pública de Empleo en los diez días siguientes a su contratación.

Se identificará con claridad y suficiencia al trabajador sustituido.

Se expondrá la causa de la sustitución y (algo que siempre se olvida) si el puesto de trabajo a desempeñar

será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquel.

Si se trata de interinidad durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en el contrato se identificará el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

Los contratos temporales de interinidad se transforman en indefinidos:

– Cuando no se identifica con claridad el trabajador sustituido, o la plaza vacante que se pretende cubrir.

– Si, finalizada la causa de sustitución, el trabajador con reserva de puesto de trabajo no se reincorpora y el interino continúa ocupando esa plaza (STS de 30 de octubre de 2000), se exceptúan los supuestos de sustitución de la Administración, en cuyo caso pasa a situación de interino por vacante, y puede seguir así hasta la cobertura de la plaza por trámite reglamentario, o hasta su amortización (STS de 24 de enero de 1996).

– Pueden concatenarse varios contratos de interinidad, siempre que, contemplados individualmente, reúna cada uno de ellos las condiciones generales de validez.

– En los contratos de interinidad por vacante para cubrir un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección, varía según la empleadora sea una entidad pública o privada. Para las administraciones públicas no fija la norma un plazo concreto para la promoción o cobertura de la vacante, remitiéndose a lo establecido en la legislación correspondiente. En cambio, si se trata de un empleador privado, el tiempo máximo para el proceso de selección es el de tres meses, a cuya finalización deberá extinguirse el contrato de interinidad, y, si el trabajador continuase prestando servicios, se transformará en indefinido.

Un caso realmente llamativo es el que se está produciendo con los contratados laborales del extinto Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, y que, por razón de su falta de causalidad, habían devenido en trabajadores indefinidos. Una vez el Organismo citado se ha convertido en sociedad anónima (7/2001), Correos, al ser una empleadora privada, se somete automáticamente a la limitación establecida para la cobertura de sus plazas vacantes. De ahí que tres meses después de su conversión a empresa mercantil todos sus trabajadores indefinidos (en su condición asimilada a la de interinos por vacante) deben ser considerados como trabajadores fijos de plantilla. En ese sentido la

sentencia de la Audiencia Nacional que resuelve el conflicto colectivo planteado por las organizaciones sindicales, que está próxima a su publicación.

8.4.2. Contrato de interinidad formalizado por las administraciones públicas

En el contrato de interinidad es donde se dan las mayores diferencias entre la contratación laboral realizada por empresas privadas y la concertada por las administraciones públicas en su papel de empresario.

En primer lugar, aparece un elemento distorsionador que es el funcionario público interino cuyo nombramiento es todavía lícito puesto que el antiguo artículo 5.2 de la LFCE no ha sido derogado por la actual LMRFP. En estos supuestos el nombrado lo ha sido así: Por acto administrativo o acto de autoridad, y no por contrato como sucede con el interino laboral, y si su nombramiento adolece de falta de los requisitos de validez, su impugnación corresponderá resolverla a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y no al social. Más aún, el Tribunal Supremo, Sala IV, en sentencia de 12 de junio de 1996, en un supuesto de impugnación de nombramiento como funcionario interino de una persona que ya prestaba sus servicios en calidad de personal laboral, en que se pretendía la declaración de nulidad del nombramiento y la fijeza laboral del demandante. El Tribunal Supremo consideró que la decisión de declarar la nulidad del nombramiento no era una mera cuestión prejudicial que pudiera resolverla el juez de lo social para llegar al fondo del *petitum* solicitado en la demanda: declarar al trabajador en situación de laboral fijo. El Tribunal consideró que la declaración de nulidad del nombramiento de funcionario interino es materia que compete, de pleno, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entrando ya en las particularidades del contrato de interinidad laboral formalizado por las administraciones públicas, aparecen importantes diferencias con la regulación general del Real decreto 2720/1998 antes relacionado, en especial en la modalidad de interinidad por vacante.

En el contrato de interinidad por sustitución de trabajador con reserva de puesto de trabajo, apenas hay diferencia alguna por el hecho de que la empleadora sea pública o privada, y la única que se constata es la de una mayor permisividad (por el propio funcionamiento e interés público protegido de las administraciones), en la fecha de finalización del contrato del interino una

vez reincorporado el trabajador sustituido. Ya en la contratación privada no se exige que este relevo sea de forma radical (entrar el sustituido por una puerta y salir el interino inmediatamente por la otra); pero en los contratos formalizados por la Administración pública, todavía se aplica con menor rigor y únicamente tendría validez lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real decreto 2720/1998 (conversión en indefinido del contrato de interinidad cuando el interino continúa prestando servicios tras la causa de extinción), cuando en la actividad del empleador se aprecie abuso de derecho o fraude de ley (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 7 de marzo de 1997).

En cambio, como ya se apuntó, la especialidad del contrato de interinidad por vacante crea mayores problemas cuando es la Administración pública la empresaria.

La primera particularidad se desprende de la jurisprudencia sentada por la Sala IV del Tribunal Supremo en sentencias de 14 de marzo y 9 de junio de 1997, entre otras, que sostiene que no cabe utilizar esta modalidad contractual para ocupar provisionalmente puestos de trabajo vacantes que estén clasificados como de naturaleza administrativa, hasta su provisión definitiva por personal funcionario de carrera o estatutario, que solo podrán cubrirse por funcionarios interinos y no por contratados laborales.

Otra de las diferencias es la de la condescendencia de los tribunales con la Administración cuando se trata de designar con precisión, en los contratos de interinidad por vacante, la plaza vacante a cubrir. Así, varias sentencias de los TSJ de las comunidades autónomas han establecido que no es necesaria la concreta, detallada y específica designación de la plaza vacante mediante la cita expresa de su número en la Relación de Puestos de Trabajo (en menudo compromiso se metería a tantas administraciones que siguen viviendo de espaldas a tal Relación), pero sí exigen que conste suficientemente identificada la plaza vacante a cubrir bajo amenaza de convertir el contrato en indefinido. Mayor permisividad dejaría en completa indefensión al interino por vacante, al tener que aceptar la extinción de su contrato ante la primera cobertura de vacantes que se produjera en la Administración contratante, fuese o no la que ocupaba provisionalmente aquel, y cuya indefinición en su contrato le impediría cuestionar la decisión de cese.

¿Qué sucede si la Administración, amparada en la existencia del límite de 3 meses que el artículo 4.2.b) del Real decreto 2720/1998 establece como máximo para la cobertura de vacante, dilata en exceso la convocatoria

de concurso u oposición para cubrir la plaza vacante? También aquí hay laxitud en la aplicación del precepto cuando la empleadora es una Administración pública. En primer lugar, por los propios términos en los que está redactado el precepto: “el tiempo que duren dichos procesos” (de cobertura de vacante) “conforme a lo previsto en su normativa específica”. Y, en segundo lugar, porque la dotación de plazas y su cobertura en la Administración no tiene por finalidad la protección ni permanencia en la relación laboral de los trabajadores, sino en el interés público (necesidad del servicio, dotación presupuestaria, etc.). Ello no obsta para la persecución judicial del abuso, como por desgracia se da con demasiada frecuencia. En ocasiones la Administración autonómica ha tardado más de 8 años en convocar una plaza vacante ocupada mientras tanto por interino. Ante la demanda por el trabajador de que se declare su relación indefinida por fraude en la contratación, los tribunales han estimado la pretensión del trabajador considerando que nada justifica la no convocatoria del sistema idóneo para la cobertura reglamentaria de la vacante, y si no se ha hecho en ese tiempo es porque no era necesaria, en cuyo supuesto procedería la amortización y la extinción del contrato del interino por causa legal. Se da la curiosa circunstancia de que tras esas sentencias que declaran el abuso y, en consecuencia, que el contrato del interino devino indefinido, la Administración condenada procedió de inmediato a amortizar reglamentariamente la plaza.

8.5. Contratos formativos

8.5.1. Contrato en prácticas

Esta modalidad de contratación tiene por finalidad facilitar la incorporación al mercado de trabajo de las personas que poseen una titulación académica habilitante, pero carecen de una experiencia profesional suficiente para que su actividad sea plenamente productiva, lo que dificulta sus posibilidades de colocación.

Normativa

Artículo 11 del E.T. y Real decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del E.T.

Requisitos

Este contrato se concertará únicamente con las personas que estuvieren en posesión de un título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o

equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional. Así:

- a) Títulos profesionales válidos para este contrato:
 - Diplomado universitario.
 - Ingeniero técnico.
 - Arquitecto técnico.

- Licenciado universitario, ingeniero o arquitecto.

- Técnico o técnico superior de la formación profesional específica.

- Títulos equivalentes otorgados por los organismos competentes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1999 expone: “Solo justificarán el contrato en prácticas aquellos títulos que realmente exijan la realización de unos estudios de características teóricas que habiliten para una profesión socialmente vinculada a una capacitación previa.”

- b) Titulación reciente. Que no hayan transcurrido más de cuatro años desde la terminación de los estudios (recuérdese el dicho de que los títulos, al igual que los yogures, caducan).

- c) Formalización por escrito, siendo cláusulas básicas las siguientes:

- Titulación del trabajador.

- Duración del contrato no inferior a seis meses ni superior a dos años (salvo que el convenio colectivo permita otra duración distinta y superior).

- Puesto de trabajo a desempeñar durante las prácticas (que será el elemento básico a hacer constar en el certificado que, al finalizar el contrato, debe expedirle el empresario).

- El período de prueba, que será el que autorice el convenio colectivo y, si nada dice, será de un máximo de un mes para los títulos de grado medio y de dos meses para los de grado superior.

- La retribución, que será la que estimen las partes, teniendo como límite inferior la del convenio colectivo si viniere establecida para estos contratos, y si no la del 60% para el primer año de duración del contrato, y del 75% para el segundo año (si el convenio autorizara un tercer año se abonaría también el 75%) del que corresponda a un trabajador que realice las mismas funciones que el contratado en prácticas, y nunca inferior al salario mínimo interprofesional. Si el contrato de trabajo lo fuese a tiempo parcial la remuneración será la proporcional a la jornada contratada.

Además de estas cláusulas básicas pueden establecerse todas las que convengan particularmente, como si se tratase de un contrato indefinido ordinario.

d) El contrato en prácticas, debe comunicarse al INEM o al Servicio Público de Empleo de las comunidades autónomas, en su caso, dentro de los 10 días siguientes a su formalización y de las sucesivas prórrogas, que en ningún caso serán más de dos.

e) Al término del contrato puede formalizarse con el mismo trabajador otro contrato, también en prácticas, si se hace en virtud de distinta titulación y funciones diferentes.

f) Al finalizar el contrato el empresario deberá expedir al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo ocupados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos. Su falta no desnaturaliza el contrato, pero es causa de sanción administrativa.

Cuestiones que pueden suscitarse

– ¿Puede pactarse en cláusula adicional que el trabajador percibirá los complementos salariales de puesto de trabajo en la proporción del 60% o el 75%?

No, pues esa proporción afecta al salario base y pluses de convenio; pero si el puesto que desarrolla tiene algún plus por penosidad, nocturnidad, etc. o el trabajador obtiene una productividad específica (bonus, objetivos, etc.) estos pluses deberán abonarse como a cualquier trabajador que soporte los primeros, o alcance los segundos. Solo puede establecerse esa reducción salarial en aquellos conceptos que afecten a la condición de inexperto del trabajador en prácticas y redunden, por ello, en su capacidad productiva.

– Advertencia: El contrato en prácticas del personal investigador, científico o técnico viene regulado en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (en su redacción dada por la disposición adicional séptima de la Ley 12/2001), cuya principal diferencia con el contrato en prácticas, llamémosle común o general, es la paridad del salario con el del personal investigador que realice idénticas o análogas actividades.

8.5.2. Contrato para la formación

El contrato para la formación, antes llamado de aprendizaje, que es un término más expresivo, por lo que no debió cambiarse, tiene por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado para un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación.

Normativa

Artículo 11 del E.T. y Real decreto 488/1998 de 27 de marzo, Orden de 14 de julio de 1998 y Resolución de 26 de octubre de 1998.

Formalización

– Se concertará siempre por escrito, comunicándolo al Servicio Público de Empleo dentro de los diez días siguientes a su concertación, al igual que las prórrogas del mismo (máximo dos prórrogas con una duración mínima para cada prórroga de seis meses).

– Su duración no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, excepto en el caso que el convenio colectivo de ámbito sectorial fije una duración mayor que, en ningún caso, puede superar los tres años.

– Solo se puede concertar a tiempo completo (jornada que se compone del tiempo de trabajo efectivo y el dedicado a formación teórica).

– Finalizada la duración máxima, el trabajador no puede ser contratado bajo esta misma modalidad ni por la misma ni por otra empresa.

La acción protectora de la Seguridad Social comprende las contingencias derivadas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional. La asistencia sanitaria siempre. La de maternidad, el subsidio de incapacidad temporal y las pensiones (con las particularidades que se contienen en el artículo 15 del Real decreto 488/1998 de 27 de marzo).

Estarán cubiertos por el FOGASA.

Cláusulas principales

– El oficio o nivel ocupacional objeto de aprendizaje, el tiempo dedicado a la formación y su distribución horaria, la duración del contrato y el nombre y cualificación profesional de la persona designada como tutor.

– La retribución, que será fijada en convenio colectivo o, en su defecto, la que se pacte, que no podrá ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional, en proporción al tiempo trabajado (por ejemplo, si se fija un 80% de jornada completa dedicada al aprendizaje práctico, el salario no podrá ser inferior al 80% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento).

– Período de prueba, que no podrá ser superior a dos meses.

– Determinar el número de contratados para la formación ya suscritos y vigentes en la empresa (siempre dentro de la escala del artículo 7.2 del Real decreto 488/1998).

– Las funciones o la categoría profesional si vinieran establecidas en convenio (lo que permite situar la naturaleza de los trabajos y su adecuación al contrato para la formación).

– Son nulas las cláusulas que restrinjan para los aprendices los derechos y beneficios establecidos en el convenio colectivo para los demás trabajadores.

Queda prohibida la formalización de estos contratos con aquellos trabajadores que se encuentren en posesión de una titulación que habilite para la suscripción de un contrato en prácticas para esa misma función o puesto para la que se ha contratado como aprendiz.

No se puede contratar como aprendiz para funciones que precisen de titulación habilitante, lo que sería procedente es un contrato en prácticas.

No se puede contratar como aprendiz para realizar funciones que no comporten “adquirir oficio”, ni requieran de preparación alguna; por ejemplo: mozo de carga y descarga, mozo de limpieza en general, reponedor de estanterías en comercios o superficies, etc.

Debe huírse, por fraudulentos, de los contratos que tratan de sustituir mano de obra adulta que realiza funciones que no precisan de enseñanza, por contratos para la formación, en busca de una menor retribución por idéntica función.

Cuando se han pactado unas horas para la formación teórica y durante el contrato finaliza el curso de formación al aprendiz, ¿puede añadirse el tiempo que se dedicaba a la formación teórica al pactado para la formación práctica (trabajo)? En principio nada dice la norma; pero teniendo en cuenta que este contrato no cabe en la modalidad de tiempo parcial, puede absorberse la totalidad de la jornada para la formación práctica. Lógicamente ello comportará el aumento salarial en la proporción de tiempo de trabajo adicionada.

8.6. Contrato a tiempo parcial

El artículo 12 del E.T. denomina contrato a tiempo parcial al que se celebra para prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes, o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo “comparable”.

Así, para determinar cuando en una empresa un contrato se celebra bajo esa modalidad habrá que comparar la jornada (en cómputo anual) con la de otro trabajador de la plantilla equiparable (trabajo similar).

Si en la empresa no hubiere ningún trabajador a tiempo completo, o este no fuera comparable por realizar funciones totalmente distintas, será contrato a tiempo parcial el que no alcance la jornada máxima según convenio colectivo aplicable y, si no hubiese convenio, la legal.

8.6.1. Características

– Se formalizará siempre por escrito y en el modelo oficial.

– Podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada excepto en el contrato para la formación (aprendizaje).

– Si se concierta para realizar trabajos fijos y periódicos (rebajas, campañas anuales de verano o estacionales en empresas de viajes, etc., montaje de espectáculos o estructuras en fiestas anuales, etc.), siempre que constituyan la actividad de la empresa, deberán formalizarse por tiempo indefinido bajo la modalidad de fijos discontinuos (que no deja de ser una subespecie de los contratos a tiempo parcial).

8.6.2. Cláusulas principales

– El número de horas ordinarias de trabajo al día o a la semana, o al mes, o al año que se contratan y su distribución. La penalización que lleva aparejada el incumplimiento de esta cláusula, es la de tener el contrato por realizado a jornada completa, salvo que en juicio, en el que se cuestione, se pruebe su naturaleza de contrato a tiempo parcial.

– Si la jornada del centro es partida y el contrato a tiempo parcial supone una jornada diaria inferior a la del resto de plantilla (hay que tener en cuenta que incluso podría ser superior pues su cómputo es anual), el trabajador a tiempo parcial solo podrá hacer la jornada de forma continua (si su duración diaria fuera inferior a seis horas) o a lo máximo con una interrupción (al igual que el resto de sus compañeros). Solo cabe pactar más de una interrupción diaria cuando el convenio colectivo así lo autorice.

– Está totalmente prohibido pactar o realizar horas extraordinarias (excepto las de fuerza mayor).

– Puede pactarse la realización de horas complementarias que, a pesar del parecido aparente con las horas extraordinarias, tienen un régimen totalmente distinto. Así:

a. Pueden pactarse en el contrato con sujeción a lo dispuesto en el artículo 12.5 del E.T. o en el convenio colectivo, si viniesen reguladas.

b. Son siempre voluntarias para el trabajador. Debe aclararse que “lo voluntario” es el pactarlas, pero no su cumplimiento si se ha pactado, pues en ese caso es obligatorio para ambas partes. No obstante, el trabajador podrá renunciar a realizar las horas complementarias pactadas siempre que lo preavise con quince días de antelación, y además base su renuncia en las siguientes causas: cuidado de menor de seis años o familiar que necesite ayuda, en los términos del artículo 37.5 del E.T.; por incompatibilidad con otro trabajo a tiempo parcial; por incompatibilidad con necesidades formativas, si coinciden en el mismo horario.

– Se pueden pactar las horas complementarias al formalizar el contrato o con posterioridad (mediante un anexo al contrato inicial estableciendo la cláusula específica o utilizando el modelo oficial).

– No caben horas complementarias en los contratos a tiempo parcial de duración temporal, sino solo en los de duración indefinida.

– Las horas complementarias pactadas no pueden exceder del 15% de las horas ordinarias del contrato a tiempo parcial, y la suma de ambas ha de ser inferior al límite de la jornada completa de un trabajador comparable.

– Puede pactarse su distribución; pero el trabajador deberá conocer la fecha de su realización con siete días de antelación, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa.

– Lógicamente, la suma de las horas ordinarias y las complementarias en un mismo día han de respetar los límites de jornada así como la obligación de descansos establecidos en el E.T. o en la legislación especial (jornadas especiales).

– Se remunerarán como extraordinarias a los efectos de cotización a la Seguridad Social.

Los trabajadores a tiempo parcial tienen todos y los mismos derechos que los trabajadores a jornada completa, con la particularidad de que, los que sean susceptibles de ello, se disfrutarán en proporción a la jornada contratada.

8.6.3. Situaciones que pueden darse

– Pactada en convenio la posibilidad de que el trabajador pidiese la contratación a tiempo completo, no puede serle negada la misma como represalia. La discrecionalidad empresarial para la transformación de un contrato de tiempo parcial a tiempo completo a solicitud del trabajador, no justifica conductas contrarias

a los derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional 90/1997, de 6 de mayo).

– Son ilegales los contratos denominados “a llamada”, en los que el empresario no se compromete a utilizar al trabajador más que cuando sea necesario (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001).

– La existencia de un pacto colectivo sobre la conversión de los trabajadores a tiempo parcial en trabajadores a tiempo completo, vincula al empresario, pero no produce automáticamente dicha conversión. Para que esta se produzca, es preciso que acepte voluntariamente el propio trabajador afectado (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992).

– Si un contrato a tiempo parcial se formaliza bajo la modalidad de contrato temporal y no se especifica con claridad la causa de la temporalidad, el contrato se convierte en contrato por tiempo indefinido; pero ello no afecta a la duración de la jornada, que seguirá siendo la pactada como a tiempo parcial (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995).

– La proporcionalidad en el disfrute de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial solo debe aplicarse cuando la condición de trabajo lo permita (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1998).

– Si un trabajador a tiempo parcial decide jubilarse anticipadamente, a los 64 años, su sustituto deberá también ser trabajador a tiempo parcial (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002).

8.7. Prohibición de la concatenación de contratos temporales

El Real decreto-ley 5/2006 de 9 de junio ha modificado sustancialmente el artículo 15 del E.T. con la finalidad de evitar el abuso que, en la práctica, se venía realizando con la contratación temporal mediante la sucesiva formalización de contratos temporales de distinto tipo para eludir los límites temporales de los mismos, bien fijados en el Real decreto 2720/1998, bien en los convenios colectivos.

El artículo 15 establece en su redacción anterior y actual, en el epígrafe 2 y 3, que “adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de pruebas, salvo que de la

propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

– 3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.”

El punto 5, modificado por el citado Real decreto-ley 5/2006, dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante 2 o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de contratos fijos.

“Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

“Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos de relevo e interinidad.”

El precepto no confiere validez a las contrataciones temporales de duración inferior a los topes fijados, del mismo modo que tampoco convierte en fraudulentas las de duración superior, sino que las transforma en indefinidas.

La regla limitativa es inoperante si solo aparece una contratación temporal por dilatada que esta sea, siempre que se sujete a la duración legal o convencional, según su naturaleza.

A efectos del cómputo de contrataciones temporales y su limitación, han de tomarse en cuenta tanto las contrataciones directas como las indirectas (a través de empresas de trabajo temporal).

Los contratos temporales tomados en cuenta para su limitación han de contar con los mismos elementos subjetivos, aunque las subrogaciones y los grupos empresariales operan conforme a las reglas generales. ■

La participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas: la hora de la verdad

José Miguel Martín Rodríguez

Colaborador del Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pablo de Olavide

1. Introducción

2. El artículo 142 CE como punto de partida

- 2.1. La suficiencia financiera, un concepto relevante pero de difícil protección
- 2.2. Los medios “fundamentales” de financiación de los entes locales
 - 2.2.1. Los tributos propios.
 - 2.2.2. Las participaciones en los tributos del Estado y de la Comunidad Autónoma
- 2.3. ¿Ha alcanzado la PICA el papel que el constituyente tenía reservado para ella?
- 2.4. ¿Cuáles son los motivos que han podido ocasionar o propiciar que un mandato constitucional aparentemente tan claro haya sido obviado hasta la fecha?
 - 2.4.1. Prioridad de la financiación de las comunidades autónomas.
 - 2.4.2. Perversión de los títulos competenciales.
 - 2.4.3. Escasa valentía y amplitud de miras.
 - 2.4.4. Justificación del carácter condicionado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

3. Actualidad de la materia

- 3.1. Una exigencia política
- 3.2. Un problema económico
- 3.3. Las reformas estatutarias recogen por primera vez la PICA

4. La Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía

- 4.1. El Fondo de participación en el nuevo Estatuto de Autonomía
- 4.2. El Plan de cooperación municipal. Especial referencia al Fondo para la nivelación de los servicios municipales
- 4.3. Contenido de la Ley 6/2010
 - 4.3.1. Los beneficiarios del Fondo.
 - 4.3.2. La dotación del Fondo y su distribución.
 - 4.3.3. Aspectos formales de la gestión del Fondo.
 - 4.3.4. El principio de lealtad institucional y la tutela financiera
- 4.4. ¿Configura la Ley 6/2010 un verdadero sistema de participación en tributos?
 - 4.4.1. Carácter incondicionado.
 - 4.4.2. Estabilidad en su aplicación y seguridad en la obtención de ingresos.
 - 4.4.3. Evolución.
 - 4.4.4. Participación en tributos, no en ingresos.
 - 4.4.5. Conclusión
- 4.5. Elemento cuantitativo: la dotación del Fondo
 - 4.5.1. Evolución respecto a su antecedente inmediato.
 - 4.5.2. Dotación respecto a la participación en tributos del Estado.
 - 4.5.3. Las comunidades autónomas no incrementan su compromiso en la misma línea que el Estado con ellas.
 - 4.5.4. Una posible alternativa: cambiar de perspectiva
- 4.6. El tratamiento de las diputaciones provinciales en la Ley 6/2010
 - 4.6.1. Las provincias, entes locales necesarios.
 - 4.6.2. La provincia en las leyes de autonomía local y de participación en los tributos autonómicos

5. Conclusiones finales

1. Introducción

La participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma es una de las grandes asignaturas pendientes del desarrollo de nuestro texto cons-

titucional. El artículo 142 sitúa esta participación como una de las tres principales fuentes de financiación de las hoy maltrechas haciendas locales, en pie de igualdad con los tributos propios y con la participación en tributos estatales. La literalidad de este artículo 142 ha sido

obviada por los legisladores estatal y autonómico de manera consciente y, si bien podemos entender alguna de las causas de este olvido, no las comprendemos. Los más de treinta años que esta figura ha permanecido relegada de la actualidad política y financiera tienen difícil justificación.

Para realizar referencias más ágiles a la participación en los tributos de las comunidades autónomas, los economistas han extendido el uso de un acrónimo a nuestro parecer incorrecto, pues asimilan el concepto de ingresos al de tributos; tal vez con afán de hacer más legible el resultado final, PICA.¹ Sin embargo, con el uso de este término se altera por el camino el que entendemos era el verdadero propósito del precepto de nuestra Constitución: una participación en tributos y vinculada a los mismos. De todas formas, independientemente de los términos utilizados, no cabe duda que el artículo 142 es el punto de partida de cualquier análisis sobre el papel y desarrollo de la participación en tributos de las comunidades autónomas (en adelante PICA) dentro del marco constitucional. Su redacción, en términos imperativos, no debería dejar resquicio a interpretación:

“Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.”

Este artículo contiene dos vertientes complementarias. La primera es un mandato, claro en su significado pero difuso en su alcance, acerca de la suficiencia financiera como “fin” que debe inspirar cualquier desarrollo legal; la segunda, una relación de los “medios fundamentales” para su consecución: el tridente compuesto por tributos propios y participaciones en tributos del Estado y de las comunidades autónomas.

La relevancia de ambas vertientes, fin y medios, exige un mínimo de atención por nuestra parte como marco en el que se desarrollará nuestro trabajo. En concreto, la participación de las haciendas locales en los tributos de las comunidades autónomas centra esta exposición, especialmente la recientemente aprobada Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.² Conocer la raíz constitucional de esta institución y los demás elementos que la componen, dotará de mayor rigor y adecuación sistemática a las afirmaciones que realizaremos sobre su regulación y desarrollo.

No es fácil encontrar referencias doctrinales que hayan estudiado esta materia con detalle y profundidad; casi siempre sus hermanas mayores, las participaciones en tributos del Estado, PIE (observamos de nuevo la “simplificación” terminológica), han acaparado los estudios por un motivo fundamental: existen. La preterición permanente de la PICA ha contribuido a un silencio doctrinal paralelo al de los legisladores estatal y autonómico.

Tras el aviso de algunos autores,³ el primer investigador que ahondó en el manifiesto incumplimiento de las previsiones constitucionales respecto al desarrollo de la PICA fue QUINTANA FERRER en el año 2001, a través de un artículo en la revista *Tributos Locales*.⁴ El año siguiente, en la misma revista, CASADO OLLERO⁵ volvió a dejar latente las implicaciones que este incumplimiento podría tener en la autonomía y en la suficiencia financiera de las entidades locales. Poco más se había escrito desde entonces sobre el sistema de participación en los tributos autonómicos que el artículo 142, no lo olvidemos, “impone”.

Por suerte, dos obras publicadas durante el año 2009 han tomado el testigo de estos precursores con una actualidad y detalle sin parangón en la bibliografía. La primera en el tiempo, publicada por la Fundación Democracia

1. A pesar de nuestra crítica a su empleo, este acrónimo está muy extendido y, por ello, lo usaremos en numerosas ocasiones, pues permite una rápida referencia al objeto central de este trabajo.

2. 8-09/PL-000009, Ley reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2010. Orden de publicación de 9 de junio de 2010. Publicada en el BOJA, núm. 123, Sevilla, 24 de junio de 2010, p. 8-35.

3. Ya en el año 1993 dos reconocidas voces doctrinales, RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. J., en “Autonomía y suficiencia en la financiación de las Haciendas locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259, 1993, p. 511, advirtieron de la abierta inconstitucionalidad de la inactividad autonómica en este sentido, aunque reconocían la ausencia de un cauce procesal adecuado para plantear la suerte de inconstitucionalidad por omisión en que incurrieran los entes autonómicos.

4. QUINTANA FERRER, E., “La participación de los entes locales en los tributos estatales y autonómicos: Una aproximación constitucional”, *Tributos Locales*, núm. 5, 2001, p. 15-37.

5. CASADO OLLERO, G., “La participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Autonomía. Suficiencia. Coordinación”, *Tributos Locales*, núm. 19, 2002, p. 15-37.

y Gobierno Local, *La participación de las Haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas*,⁶ fue elaborada por el profesor RAMOS PRIETO, reputada voz en el campo de la Hacienda local y autonómica. De su vasto contenido podemos destacar, aparte de un análisis exhaustivo sobre la regulación de este sistema de participación en nuestra normativa, un amplísimo estudio, sin precedentes, sobre los múltiples fondos que las comunidades autónomas han puesto en marcha como “sucedáneo” de un verdadero sistema de participación de las entidades locales en sus tributos. Las minuciosas conclusiones alcanzadas en esa obra son un espejo sobre el que cualquier trabajo sobre la PICA debe proyectar gran parte de su análisis; el nuestro no será una excepción.

La segunda obra, *Financiación local y participaciones en tributos autonómicos. Reflexiones sobre un mandato constitucional pendiente de cumplimiento*,⁷ es un trabajo conjunto del catedrático de Derecho Financiero y Tributario LASARTE ÁLVAREZ, una de las máximas autoridades científicas y académicas en el ámbito de la financiación territorial, y el propio RAMOS PRIETO. Si bien discurre obviamente en sus capítulos introductorios sobre una senda similar a la obra anterior, pronto comienza a destacar por las alternativas y propuestas para un desarrollo eficaz de la PICA, formulando y haciéndose eco de planteamientos cuya vigencia comprobaremos a lo largo de este artículo.

En definitiva, el objetivo de este trabajo es ahondar en la idea, ya apuntada en estas últimas obras, de que en la actualidad existen múltiples factores que coadyuvan a crear un clima propicio para la consolidación de la PICA como recurso permanente para la Hacienda local. Comenzaremos nuestra exposición prestando la debida atención al marco constitucional del artículo 142, piedra angular del sistema de financiación de las entidades locales. Al hilo del comentario sobre este artículo iremos centrándonos concretamente en la participación de las

haciendas locales en los tributos de las comunidades autónomas, analizando el papel que el constituyente pareció asignarles y el que ocupan a día de hoy. Como ya hemos indicado, un breve estudio del escenario actual nos permitirá identificar múltiples factores que manifiestan la urgente puesta en marcha de sistemas que den cumplimiento completo al mandato constitucional. Finalmente, como mejor exponente de las esperanzadoras referencias a la PICA en las últimas reformas estatutarias, es obligado analizar con detalle la citada Ley 6/2010 que configura un régimen de participación de los entes locales en los tributos de la Comunidad Autónoma andaluza. Como modelo pionero, su articulado merece una lectura detallada, tanto por lo que dice, como por lo que no. En las conclusiones finales reflexionaremos brevemente sobre el presente y futuro de esta fórmula de financiación. Entremos pues en materia.

2. El artículo 142 CE como punto de partida⁸

2.1. La suficiencia financiera, un concepto relevante pero de difícil protección

Mucho se ha escrito al respecto de la suficiencia financiera, antes e incluso después de los meridianos y numerosos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular. En ellos nuestro intérprete constitucional llega a calificar la suficiencia financiera como “presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE.”⁹

La claridad con que parece estar definida la suficiencia financiera no la hace esquivar por desgracia dos grandes inconvenientes. El primero de ellos es el de su manifiesta “relatividad”.¹⁰ SIMÓN ACOSTA ha desarrollado una explicación muy acertada de este primer problema:¹¹

6. RAMOS PRIETO, J., *La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, p. 601.

7. LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación local y participaciones en tributos autonómicos. Reflexiones sobre un mandato constitucional pendiente de cumplimiento*, Comares, Granada, 2009, p. 192.

8. Para apreciar las vicisitudes parlamentarias de un precepto tan importante, puede consultarse el trabajo de LASARTE LÓPEZ, R., “El debate en las Cortes Generales sobre los preceptos constitucionales sobre Hacienda Local. Conclusiones sobre sus vías de financiación”, en AA. VV. (coordinador J. Ramos Prieto), *Financiación local. Cuatro Estudios*, Agencia Tributaria de Madrid - Comares, Madrid, 2009, p. 1-23.

9. Sentencias Tribunal Constitucional 96/1990 (FJ 7º), 237/1992 (FJ 6º), 331/1993 (FJ 2º y 3º), 171/1996 (FJ 5º), entre otras.

10. Otros autores también insisten en este aspecto, entre ellos: PALAO TABOADA, C., “La Hacienda regional y la Constitución española”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 2, 1978, p.136-137, y RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. J., “Autonomía y suficiencia en la financiación de las Haciendas locales”, *op. cit.*, p. 504.

11. SIMÓN ACOSTA, E., “El principio de suficiencia en la Hacienda local”, en AA. VV., *Autonomía y financiación de las haciendas municipales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p. 473-497.

“El objetivo es que los medios financieros sean suficientes. Pero suficientes ¿respecto a qué? (...) decir que los medios son suficientes para ejercer las funciones es no decir nada, pues la función puede actuarse de muy diversos modos y con muy diversos resultados en cantidad y calidad.”

Más allá de la propia indefinición de los términos y condiciones del ejercicio de las funciones, existe una gran dificultad para determinar cuáles son esas funciones en sí mismas. La indefinición de las competencias y servicios públicos de los entes locales, como campo competencial exclusivo, trae causa del mutismo de nuestro texto constitucional y se agrava con la flexibilidad y apertura de la legislación de régimen local, construida conforme al principio de subsidiariedad.

Aunque no será objeto detenido de este trabajo, la también reciente Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía,¹² tramitada y presentada conjuntamente con la Ley de participación, pretende dar por concluida gran parte de esta indeterminación definiendo con claridad y detalle las competencias propias de los entes locales. De hecho, su incubación en paralelo responde a la idea de complementar la delimitación clara de las competencias locales que realiza la Ley de autonomía local, blindándolas tanto en positivo como en negativo (es decir, especificando qué y qué no es competencia de las entidades locales) con la financiación proveniente de la implantación de la PICA, para que las previsiones competenciales del anterior texto tengan el respaldo económico necesario para su puesta en práctica efectiva.

El segundo defecto del que adolece el concepto de suficiencia financiera es su marcado “carácter subjetivo”. Ya no es problema determinar respecto a qué parámetro son suficientes los instrumentos de financiación de las entidades locales, sino “qué es lo suficiente” en cada caso concreto. Buena muestra de esta difícil concreción es la débil protección que el Tribunal Constitucional ha ejercido sobre este principio en las

ocasiones en que ha enjuiciado actuaciones que podrían presuntamente vulnerarlo. Nuestro más alto tribunal, escudado en la ambigüedad de la redacción y el contenido del artículo, ha antepuesto el respeto a la libertad del legislador para delimitar sus competencias a la suficiencia financiera, imponiendo a su vez una *probatio diabolica* a los entes locales que pretendan demostrar la vulneración del principio constitucional.¹³ En conclusión, la dificultad para fijar objetivamente las necesidades financieras locales y la persistente carencia de medios económicos en los niveles territoriales inferiores, han condicionado el control constitucional sobre la suficiencia financiera de los entes locales.¹⁴

Sin embargo, a pesar de las aparentes debilidades del concepto de suficiencia financiera que hemos expuesto, no debemos olvidar el papel fundamental que el Tribunal Constitucional le otorgó en la consecución de la autonomía local.¹⁵ Este papel adquiere especial trascendencia en su conexión con los medios que deben garantizar (fundamental pero no exclusivamente) esta suficiencia; según el artículo 142: los tributos propios y la participación en tributos del Estado y de las comunidades autónomas. Seamos pues optimistas, no todo está perdido. La dificultad para definir y defender la suficiencia financiera se solventa con la posibilidad de calificar y proteger en su lugar el desarrollo de los medios llamados a garantizarla. La definición, volumen y distribución de estos medios es en la práctica el mejor sistema para evaluar el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 142.

2.2. Los medios “fundamentales” de financiación de los entes locales

2.2.1. Los tributos propios

Legitimados por el poder tributario, que el artículo 133.2 CE concede a las corporaciones locales, los tributos propios constituyen el recurso más vinculado a

12. 8-09/PL-000008, Ley de autonomía local de Andalucía. Aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2010. Orden de publicación de 9 de junio de 2010. Publicada en el BOJA, núm. 122, Sevilla, 23 de junio de 2010, p. 6-34.

13. STC 96/1990, de 24 de mayo, STC 104/2000, de 13 de abril, STC 192/2000, de 13 de julio.

14. Dos trabajos que estudian con detenimiento la jurisprudencia constitucional sobre este particular son los de MEDINA GUERRERO, M., *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, y ARRIBAS LEÓN, M. y HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., “Revisión de la jurisprudencia constitucional en materia de Hacienda Local: la interpretación del alcance de los principios de autonomía, suficiencia financiera y legalidad”, en AA. VV. (coordinador J. Ramos Prieto), *Financiación Local. Cuatro Estudios*, Agencia Tributaria de Madrid - Comares, Madrid, 2009, p. 25-92.

15. Sirva de ejemplo la STC 233/1999, de 16 de diciembre, en la que se afirma que la suficiencia financiera es un extremo “sin la cual aquélla no resulta posible”, en referencia a la autonomía local constitucionalmente garantizada a municipios y provincias.

su autonomía reconocida constitucionalmente. Su desarrollo a través de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, a pesar de suponer un hito en la corresponsabilidad fiscal de las haciendas locales, acabó configurando un sistema con importantes limitaciones y obstáculos, lo que ha acabado trasladándose de la crítica doctrinal a la realidad económica. La voracidad estatal a la hora de ocupar materias impositivas ha marginado a las entidades locales, obligadas a merodear en torno a las mismas, en ocasiones, con gran ingenio tributario.¹⁶ Al final sus figuras impositivas propias acaban pecando de rigidez, se solapan con otras instituciones y ocasionan a veces una sobreimposición que repercute negativamente en la actividad económica.

El margen de maniobra necesario para que las entidades locales pudieran solucionar esta situación resulta incompatible con el principio de reserva de ley recogido en el artículo 31.3 CE, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional: las ordenanzas municipales solo están habilitadas para establecer y reglamentar impuestos previamente creados por Ley (el margen respecto al establecimiento de tasas y contribuciones especiales es más amplio).

La reforma en materia de impuestos propios, operada en la de haciendas locales por la Ley 51/2002, no compensó adecuadamente las amplias exenciones de que se dotó al Impuesto de actividades económicas, y apenas concedió mayor flexibilidad para regular algunos elementos de cuantificación y beneficios en la cuota; extremos que por otro lado los entes locales no están explotando con la intensidad con que se concibieron. Detrás de esta renuencia a implementar bonificaciones puede estar el temor a desatar fenómenos de competencia fiscal intermunicipal que acaben mermando más si cabe sus in-

gresos. Un buen ejemplo de esta competencia podemos apreciarlo en algunos municipios con ocasión del Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.¹⁷

De todas formas no permitamos que los árboles nos tapen el bosque. A pesar de sus evidentes carencias, los tributos propios son la principal fuente de financiación de las corporaciones locales.¹⁸ Eso sí, esta afirmación no debe ser excusa para esquivar el pleno cumplimiento del mandato del artículo 142 a través de un adecuado desarrollo de las participaciones en tributos estatales y autonómicos.

2.2.2. Las participaciones en los tributos del Estado y de la Comunidad Autónoma

La literalidad del artículo 142 de la Constitución no debería dejar lugar a dudas: la suficiencia financiera de los entes locales se sustenta sobre un sistema mixto en que las participaciones en tributos estatales y autonómicos deben complementar la tributación propia. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 2 de febrero de 1981, ya sentó las bases de este modelo constitucional de haciendas locales participadas, poniendo en conexión la autonomía económico-financiera de los entes locales con la existencia de un verdadero sistema de participación en los tributos estatales y autonómicos.¹⁹

La opción por el término "participación" no es baladí. Su razón la podemos encontrar en la contraposición con el término "subvención", otra de las modalidades de transferencia de recursos de un ente público a otro de rango inferior. Utilizando la "participación" se pretende dotar al sistema elegido de una coordinación y estabilidad que la "subvención", como acto administrativo unilateral y discrecional, no permite.²⁰

16. LASARTE ÁLVAREZ, J., ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "Las haciendas locales ante las autonomías", *Revista de Estudios Regionales*, Extraordinario, vol. II, 1980, p. 629-650.

17. Avisa sobre este peligro el estudio de SUÁREZ PANDIELLO, J. (coordinador), BOSCH ROCA, N., PEDRAJA CHAPARRO, F., RUBIO GUERREIRO, J. J., UTRILLA DE LA HOZ, A., *La financiación local en España: radiografía del presente y propuestas de futuro*, Federación Española de Municipios y Provincias, Salamanca, 2008, p. 285. Sobre las limitaciones del IVTM y su posibilidad de sustituirlo por un impuesto autonómico, ver RAMOS PRIETO, J. y TRIGUEROS MARTÍN, M. J., "Imposición sobre la titularidad de vehículos y Comunidades Autónomas: la participación en tributos autonómicos como compensación financiera a los municipios", en AA. VV. (coordinador J. Ramos Prieto), *Financiación Local. Cuatro Estudios*, Agencia Tributaria de Madrid - Comares, Madrid, 2009, p. 93-184.

18. El 49% del total de ingresos presupuestados según los datos del Ministerio de Economía y Hacienda para el año 2008.

19. Por aquel entonces aún no se había dotado a las entidades locales del sistema actual de impuestos locales, pero los estatutos de autonomía comenzaban a mostrar su "falta de apego" hacia la configuración de un sistema de participación de las entidades locales en los tributos de las comunidades autónomas.

20. FERREIRO LAPATZA, J. J., "La financiación de las entidades locales en Cataluña", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 45, 1985, p. 42-44: "La Constitución rechaza abiertamente un modelo de Hacienda local basado en 'subvenciones' [...] al excluir la palabra y utilizar en su lugar la de participación, la Constitución quiere, sin duda, excluir un sistema de financiación de las haciendas locales basado en 'ayudas' o 'incentivos' que permita dudar del plano de no sumisión en que quiere colocar a las corporaciones locales."

La participación se caracteriza por atribuir al ente local una serie de recursos de los que puede disponer con plena libertad. Existen dos formas básicas para articularla: "atribución directa" o "participación indirecta".²¹ El primer sistema concede a la entidad local un porcentaje sobre las bases imponibles radicadas en su municipio. Este es el sistema por el que se opta en el artículo 111 y siguientes del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (en adelante TRLHL), a la hora de articular la cesión de impuestos estatales a los municipios mayores de 75.000 habitantes. Por el contrario, en el sistema de "participación indirecta" se suele configurar un fondo cuyo reparto se realiza conforme a determinados criterios. Este sería el caso de la participación de los municipios prevista en los artículos 118 y siguientes del citado texto.

Hay que advertir que sería erróneo asimilar el uso del término participación a la exclusión de cualquier fórmula de financiación a los entes locales orientada mediante subvenciones. De hecho, el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su reforma de 2007, tras reconocer la obligación de crear un sistema de participación en los tributos de la Comunidad Autónoma, deja claro en su artículo 192.2 que los programas de subvenciones van a seguir operando en la Comunidad:

"2. Adicionalmente la Comunidad Autónoma podrá establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas."

Sin embargo, la realidad demuestra que se ha abusado de la financiación condicionada con destino a los entes locales, fundamentalmente por parte de las comunidades autónomas. Aquellos se ven abocados, si quieren gozar de la financiación necesaria, a acudir como simples particulares a un sinnúmero de procesos selectivos abiertos por los gobiernos autonómicos.²²

Analicemos ambos sistemas de participación, deteniéndonos con mayor detalle en la participación en impuestos de la Comunidad Autónoma, eje central de este trabajo.

La participación en impuestos del Estado (PIE)

Más allá de los distintos programas de transferencias de capital que el Estado tiene configurados con destino a las entidades locales, existe un sistema de transferencias incondicionadas conocido como PIE (Participación en Ingresos del Estado).²³ La actual regulación de este sistema de participación se encuentra recogida en los artículos 111 y siguientes del TRLHL. Como ya mencionamos anteriormente, el Estado ha configurado un sistema dual: los municipios con población superior a 75.000 habitantes son beneficiarios de un sistema de cesión directa y de la participación en el Fondo complementario de financiación (las provincias se acogen a un sistema similar regulado en los artículos 135 y siguientes). Por otro lado, los municipios de menor tamaño reciben una participación respecto a un Fondo global cuyo criterio fundamental de reparto es la población.²⁴

Más allá de entrar en vicisitudes acerca de la regulación concreta de este sistema queremos destacar una serie de elementos del mismo que, en contraposición muchas veces con la deficiente regulación de la PICA, nos permitirá obtener una visión general de su relevancia y configuración.

Lo primero que debemos reseñar es el volumen de los recursos transmitidos. En el siguiente cuadro se aprecia cómo en 2009, a pesar del descenso respecto a 2008,²⁵ las transferencias incondicionadas en concepto de participación (ya sea vía cesión o vía participación en un Fondo) ascendieron a 14.540 millones de euros; ello supone, como tendremos oportunidad

21. Seguimos en este sentido la terminología empleada por DE ROVIRA I MOLA, A., "Subvenciones y Participaciones", en AA. VV., *Manual de Derecho Tributario Local*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1987, p. 80-81.

22. Para leer una severa crítica a la proliferación de subvenciones y su forma de otorgamiento, podemos acudir a LÓPEZ GARCÍA, C., "Problemas de articulación de la autonomía financiera de las Entidades locales en el Estado de las Autonomías", *Tributos Locales*, núm. 64, 2006. Un buen conocedor de la Administración local en su labor de interventor-tesorero de la Administración local.

23. Sin afán de ser repetitivos, hay que señalar que la crítica al empleo del acrónimo PICA es extensible al de PIE, ya que vuelve a equiparar "Ingresos" con "Tributos". No en vano, al igual que hicimos con el término PICA, utilizaremos en ocasiones PIE por su concreción.

24. Aparte, se ha configurado excepcionalmente en el artículo 125 un sistema de cesión especial a los municipios turísticos de la recaudación de los impuestos sobre hidrocarburos y sobre las labores del tabaco. Su objetivo es paliar la acuciante necesidad de servicios en temporada alta de estos municipios que cuentan con una población de hecho reducida. Para una revisión crítica sobre los problemas de estos municipios nos remitimos a la obra de LASARTE ÁLVAREZ, J., ADAME MARTÍNEZ, F., MARTÍN FERNÁNDEZ, J., RAMOS PRIETO, J., *Financiación de los municipios turísticos*, Comares, Granada, 2003.

25. PIE 2008: 16.101 millones de euros. PIE 2009: 14.540 millones de euros.

de constatar posteriormente, unas diez veces la aportación total de las comunidades autónomas (además con grandes diferencias entre ellas) a través de los distintos fondos que han constituido. La dureza de la comparación no admite discusión. Cuestión aparte es valorar si este volumen de recursos es suficiente. Nuestra opinión es que, con un pequeño esfuerzo adicional en favor de las haciendas locales, el Estado podría mejorar sustancialmente la situación del nivel de gobierno más cercano al ciudadano. En vez de ello, parece que las beneficiadas del esfuerzo en la descentralización de recursos son las comunidades autónomas, más si cabe tras la última reforma de su financiación. A pesar de todo, no debemos minusvalorar el importante papel que las transferencias estatales tienen en la corrección de la persistente insuficiencia de recursos de los entes locales.

Tabla 1. Participación en tributos del Estado 2009

| Financiación de los entes locales | 2009 (miles de euros) |
|--|--------------------------|
| Entregas a cuenta ayuntamientos (régimen general*) | 3.830.611,50 |
| Entregas a cuenta ayuntamientos (modelo de cesión*) | 4.910.781,66 |
| Entregas a cuenta provincias y entes asimilados | 4.203.094,75 |
| Liquidación 2008 | 1.595.681,82 |
| TOTAL | 14.540.169,73 |

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Economía y Hacienda

Otro aspecto a destacar es el importante peso relativo que las diputaciones provinciales (y entes asimilados) tienen en la distribución de los fondos estatales, a pesar de la situación competencial a que están sometidas. Las razones las podemos encontrar en la práctica inexistencia de tributos propios de las diputaciones provinciales, en el absoluto vacío a que han sido sometidas por las comunidades autónomas y en el correlativo papel de garante que el Estado ha asumido. El resultado es una dependencia absoluta de las transferencias estatales para ejercer las funciones conferidas por la Constitución y las leyes.

El último aspecto a señalar está en relación con la orientación de sus transferencias. Las comunidades autónomas han orientado sus limitados esfuerzos a la

constitución de distintos fondos cuyos principales beneficiarios son las entidades locales de menor tamaño. Sin embargo, la participación en tributos estatales tiene un rango más amplio y no fija destinatarios preferentes. Además, fomenta entre otros factores la corresponsabilidad fiscal a través del sistema de cesión de tributos a municipios de gran tamaño y provincias. Esta diferencia en las preferencias u orientaciones de ambos sistemas de participación tiene raíces más profundas de lo que puede parecer. En nuestra opinión, el Estado ha asumido un papel mucho más relevante en la financiación de los entes locales porque es consciente de la importancia de los fondos que transfiere, de su carácter global, de que los entes locales en sus previsiones y proyectos tienen en cuenta esta forma de financiación. Las comunidades autónomas, por el contrario, aceptando el papel residual de su contribución como simple mecanismo de cohesión y nivelación, se han limitado a dar en muchas ocasiones una simple "limosna", permítannos la expresión, a las entidades locales de menor tamaño para compensar su reducida capacidad fiscal.

No queremos asegurar con esta reflexión que el papel nivelador de la PICA sea secundario; de hecho, en opinión de autorizadas voces doctrinales,²⁶ para poder atender a la heterogeneidad y atomización de nuestro sistema local, las transferencias incondicionadas deben orientarse fundamentalmente a cubrir las brechas entre necesidades de gasto y capacidad fiscal. Conseguir este objetivo pasaría por desinflar la PIE y potenciar la PICA como sistema flexible adaptado a las necesidades de cada territorio.

La participación en los tributos de las comunidades autónomas

El objetivo constitucional de configurar una Hacienda mixta para las entidades locales, en que se combinaran los recursos propios y la coordinación con las haciendas territoriales superiores, requiere que el compromiso del Estado tenga una respuesta paralela por parte de las comunidades autónomas. Antes de evaluar el papel actual de la PICA, tenemos que analizar cuál es su contenido y alcance en nuestra normativa.

Nuestro punto de partida, el celeberrimo artículo 142, parece conceder al legislador autonómico un auténtico cheque en blanco para configurar el sistema

26. Entre ellos SUÁREZ PANDIELLO, J., "El futuro de la financiación local en el contexto del Estado de las Autonomías", *Hacienda Pública Española*, Monografía 2001, p. 359-378.

de participación que crea conveniente. Sin embargo, a través de una lectura pausada y una adecuada interpretación teleológica, la doctrina ha contribuido a definir sus límites y aclarar el uso de algunos términos.

En primer lugar, la mención a la participación en los "tributos" debe ser matizada. Por su propia naturaleza de recursos vinculados a actividades o servicios concretos prestados por el ente autonómico, en los supuestos en que se opte por una participación directa, se excluyen las tasas y contribuciones especiales de la participación para preservar la vinculación de estas a la entidad que las genera, limitándose por tanto la participación exclusivamente a los tributos de carácter impositivo. Para el caso de participación indirecta, a través de un Fondo, esta matización tiene menor relevancia, ya que el volumen de recursos se viene fijando como una cifra global, una partida más en los presupuestos del ente autonómico.

Tras esta interpretación restrictiva numerosos autores, a los que nos sumamos,²⁷ han criticado la literalidad del actual artículo 39.2 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, coincidente en su numeración y texto con el del anterior texto de 1988. En él parece que la participación se limita a los tributos "propios" de las comunidades autónomas. Esta distinción, no realizada en el texto constitucional, cobra especial relevancia si tenemos en cuenta que no se menciona en el primer punto del mismo artículo cuando se hace referencia a la participación en tributos del Estado.

"1. Las entidades locales participarán en los tributos del Estado en la cuantía y según los criterios que se establecen en esta Ley.

"2. Asimismo, las entidades locales participarán en los tributos propios de las Comunidades Autónomas en la forma y cuantía que se determine por las Leyes de sus respectivos Parlamentos."

En sentido estricto, como "tributos propios de las Comunidades Autónomas" debemos entender los impuestos propios y los recargos sobre impuestos estatales. Sin embargo, además de que nuestro constituyente no realizó esta especificación, de interpretar literal-

mente esta referencia, la escasa potencia recaudatoria e implantación real de estas figuras imposibilitaría la existencia de una participación en los tributos de las comunidades autónomas con la relevancia que parece perseguir el texto constitucional.²⁸ Para dar cumplimiento efectivo al principio de suficiencia financiera consideramos aceptable y necesario extender el objeto de participación a los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, que sí quedarían perfectamente englobados dentro del concepto de tributos de la Comunidad Autónoma. La mejor solución sería la modificación de este artículo 39.2 eliminando la referencia a "propios"; así evitaríamos equívocos y forzar su redacción con una interpretación demasiado amplia.

El formato de distribución de la participación es otra de las facultades de libre configuración para el legislador autonómico. El silencio constitucional a este respecto permite la puesta en marcha de la participación mediante múltiples figuras jurídicas que ya hemos esbozado: desde la cesión directa de la recaudación de algunos tributos, hasta la creación de un Fondo general participativo.²⁹

Por otro lado, la elección de los criterios de reparto de los recursos del Fondo suele enfrentar dos variables contrapuestas. La primacía de los criterios de capacidad fiscal o de solidaridad permitirá configurar distintos sistemas en función de las necesidades y prioridades de cada ente autonómico. Eso sí, el marco general en el que oscilarán debe ser común: los "criterios objetivos y razonables" que exige el Tribunal Constitucional³⁰ y su necesaria pretensión de "estabilidad y transparencia", permitiendo a los entes beneficiarios prever su cuantía.

A pesar de que comprendemos la asunción del criterio de la población como principal índice de referencia, tal y como propugna la FEMP, creemos que la salvaguarda de los principios de solidaridad y equilibrio territorial que la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas (en adelante LOFCA) impone en su artículo 2.2 a las comunidades autónomas, en la redacción dada recientemente por la Ley orgánica 3/2009, de 18 de

27. Entre los trabajos que abogan por interpretar que el artículo 142 también se refiere a los tributos cedidos, podemos destacar: RAMALLO MASSANET, J., "La reforma necesaria de la Hacienda Local en el Estado de las autonomías", en AA. VV. (director T. Font i Llovet), *Anuario del Gobierno*, 1995, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 157; RAMOS PRIETO, J., *La participación de las haciendas locales...*, *op. cit.*, o LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación local y participaciones...*, *op. cit.*

28. ZORNOZA PÉREZ, J. J., "La financiación de las corporaciones locales durante el quinquenio 1998/2003", en AA. VV., *El desarrollo del Gobierno local (una aproximación doctrinal)*, Colección "Informes y Documentos", Instituto Nacional de Educación Pública, Madrid, 1999, p. 175-197.

29. Como veremos más adelante, esta segunda fórmula ha sido la empleada en la mayoría de las comunidades autónomas.

30. STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 12º.

diciembre, exige la inclusión de criterios adicionales de suficiente peso para orientar su distribución.

Por último, el carácter incondicionado o no finalista de las transferencias se erige como el principal factor que permite deslindar un verdadero sistema de participación en los tributos de una simple partida de subvenciones afectas a un determinado fin. Por desgracia, la voz unánime de la doctrina en favor de garantizar la no afectación de los recursos, secundada por las declaraciones de la Carta Europea de la Autonomía Local,³¹ no tiene su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en sentencia 150/1990, de 4 de octubre, faculta a las comunidades autónomas a que vinculen la participación a gastos determinados, siempre que concurra algún (más que difuso) interés ligado al ejercicio de sus competencias.

Para refrendar lo dicho hasta ahora, el *Informe para la reforma de la financiación de las Haciendas locales* del año 2002,³² resumiendo su apartado dedicado a los modelos de participación en tributos del Estado, expone que todo modelo de participación de un ente público en los tributos de otro debe basarse en unas premisas fundamentales:

- Definición de un horizonte temporal determinado de vigencia.
 - Estabilidad en su aplicación.
 - Sencillez y facilidad de comprensión por parte de las entidades beneficiarias.
 - Mínimo de seguridad en la obtención de ingresos.
 - Automatismo en la fijación del importe global de la participación en cada uno de los ejercicios de aplicación del modelo, vinculando su evolución a alguna magnitud macroeconómica definida con claridad y que refleje la dinámica real de la economía.
- Coordinación entre las fórmulas de participación de las haciendas locales en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.

Aparte de estos criterios cualitativos, los trabajos recientes que hemos comentado exigen como criterio

adicional a estos parámetros que la participación debe articularse de modo tal que garantice un volumen suficiente de recursos para las entidades locales.³³ Sin relevancia cuantitativa, la configuración de un sistema de participación, aunque reuniera todas las exigencias definidas anteriormente, nunca podría dar respuesta al mandato constitucional y erigirse como uno de los pilares básicos en los que cimentar la autonomía local.

En conclusión, tras una interpretación teleológica y sistemática del concepto de la PICA podemos indicar que su desarrollo como recurso básico de financiación de las entidades locales exige que se configure como una participación sobre impuestos propios, recargos e impuestos cedidos; además, debe distribuirse conforme a criterios objetivos y estables que faculten asimismo la estimación de su evolución futura conforme a mecanismos conocidos. Su carácter incondicionado es esencial para deslindarla de las subvenciones que han copado hasta ahora las relaciones verticales de financiación entre las comunidades autónomas y los entes locales. Además, para cumplir el papel de recurso fundamental que la Constitución le confiere, las participaciones deben contar con un volumen de fondos que eviten una puesta en marcha meramente testimonial.

2.3. ¿Ha alcanzado la PICA el papel que el constituyente tenía reservado para ella?

No.

La respuesta a esta pregunta no requiere de matices ni está abierta a debate. Los legisladores estatal y autonómico han excluido de manera constante y consciente a la PICA de su agenda política y legislativa durante los más de treinta años de vigencia de nuestra Carta Magna.

La primera oportunidad de desarrollar esta figura la tuvo el Estatuto de Cataluña, aprobado por

31. Tratado internacional elaborado en el seno del Consejo de Europa en junio de 1985 e incorporado a nuestro Derecho interno el 20 de enero de 1988, que en su artículo 9 apoya la libre disposición de sus ingresos por parte de las entidades locales.

32. Fruto del trabajo de la "Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la financiación de las Haciendas Locales", creada por Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 11 de julio de 2001 y formada por representantes de la Administración General del Estado, de la Administración local, de la Federación Española de Municipios y Provincias y del campo académico. Dicha Comisión rindió su Informe con fecha 3 de julio de 2002. Muchas de sus propuestas e iniciativas fueron posteriormente recogidas en el articulado de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que reformó la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales.

33. RAMOS PRIETO, J., *La participación de las haciendas locales...*, op. cit., p. 447.; LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación local y participaciones en tributos autonómicos. Reflexiones sobre un mandato constitucional pendiente de cumplimiento*, Comares, Granada, 2009, p. 192.; LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación local y participaciones...*, op. cit., p. 126.

Ley orgánica 4/1979 de 18 de diciembre (el sistema de las haciendas forales vasca y navarra se rige por otros parámetros). Ni este primer texto estatutario ni los posteriores del resto de comunidades autónomas recogieron referencia alguna a la articulación de la PICA. Hasta la reciente oleada de reformas estatutarias, únicamente el Estatuto de Castilla y León, tras su reforma de 1999, había recogido en su articulado una escueta referencia a las vías de financiación local de procedencia autonómica.

En los primeros momentos de desarrollo y configuración de nuestro sistema de organización territorial podía entenderse que las comunidades autónomas, prácticamente sin recursos, no pusieran en marcha por sí mismas estos sistemas de participación. Era vestir a un santo para desvestir a otro. Sin embargo, el Estado tampoco acudió entonces en defensa del precepto constitucional, y la LOFCA no contenía en su redacción original (tampoco tras su última modificación) ni una sola mención a la participación que las comunidades venían constitucionalmente obligadas a desarrollar. Se perdía así la oportunidad de sentar precedente y regular desde una visión integral las relaciones financieras entre todos los niveles de la Hacienda.

El legislador estatal mantuvo su postura de neutralidad de nuevo en el texto de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, limitándose a reproducir en su artículo 105.2 el contenido del incumplido artículo 142 del texto constitucional. La misión de aclarar el papel de la PICA parecía delegarse en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, que sí se aventuró a esclarecer algunas de las incógnitas en torno a la participación de las entidades locales en los tributos autonómicos. Su referencia, ya comentada anteriormente por ser la misma del actual Texto refundido de 2004, era y es bastante lacónica.

Los dos extremos sobre los que incide el apartado 39.2 son el contenido de la participación (los tributos propios) y el medio de regulación de la misma (por Ley de cada parlamento autonómico).

Sobre la primera afirmación, nos remitimos a lo dicho anteriormente en relación con la urgente necesidad

de eliminar el término “propios” para que la obligada interpretación teleológica, necesaria para dar cabida a los impuestos cedidos por el Estado a las comunidades autónomas, no tenga como obstáculo la redacción legal.

En lo referente a la segunda, la Ley que debía regular la participación, la pelota estaba en el tejado de las autonomías. Sin embargo, durante los casi veinticinco años transcurridos desde entonces han sabido esquivar con maestría esta obligación. En este aspecto, algunos autores critican la absoluta desidia del legislador estatal a la hora de exigir la activación de la PICA y de fijar, al menos, unos principios y directrices mínimos en su configuración.³⁴ En concreto, CASADO OLLERO plantea que el artículo 157.3 del texto constitucional provee del sustento suficiente, en conexión con el artículo 133.1³⁵ y la interpretación constitucional del título competencial “Hacienda General” del artículo 149.1.14,³⁶ para que el Estado a través de la LOFCA u otra Ley orgánica específica de coordinación financiera, colmara esta laguna e impulsara el establecimiento, y regulara un contenido mínimo para estas participaciones.³⁷

Desgraciadamente, la reciente reforma de la LOFCA operada por la Ley orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, vuelve a incurrir en los mismos errores de su predecesora, pero acentuados más si cabe en esta ocasión. Si en el pasado obvió la PICA como un fenómeno sin aparente interés estatuario, ahora lo hace consciente de las numerosas referencias presentes en los nuevos textos autonómicos. Si en el pasado el Estado no ejerció sus competencias constitucionales para establecer unos principios y directrices comunes, ahora pierde la oportunidad de siquiera coordinar el próximo desarrollo de los primeros verdaderos sistemas de participación; unos sistemas que están abocados a nacer, y quién sabe si también a desarrollarse, a sus espaldas.

Por suerte, tal y como venimos apuntando, la reciente oleada de reformas estatutarias ha traído savia nueva al campo de la PICA recogiendo, con distinto grado de concreción, la financiación de las entidades locales por medio de sistemas de participación en los tributos de las haciendas autonómicas. La primera

34. LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación local y participaciones...*, *op. cit.*, p. 72.

35. “1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley.”

36. STC 233/1999, de 16 de diciembre.

37. CASADO OLLERO, G., “La participación en los tributos del Estado y de las CC.AA. Autonomía. Suficiencia financiera. Coordinación”, *Tributos locales*, núm. 19, 2002, p. 34-35.

muestra de desarrollo legal de estas novedosas previsiones estatutarias, la Ley andaluza 6/2010 de participación ya mencionada, será estudiada en la parte final del artículo.

Los fondos autonómicos de cooperación y financiación local

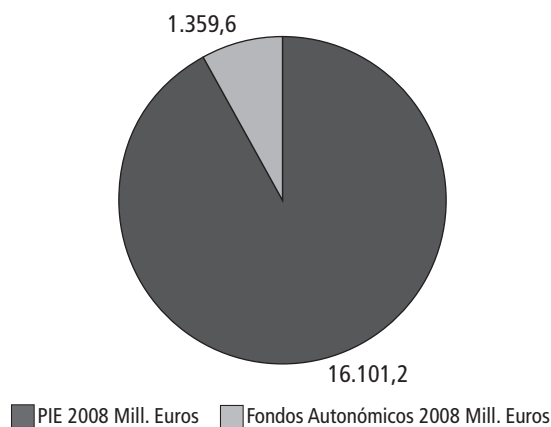
La ausencia de referencias en los textos estatales y autonómicos a la PICA no significa que las comunidades autónomas hayan esquivado crear distintos mecanismos de colaboración y cooperación con destino a los entes locales de su territorio. De hecho, todas las comunidades autónomas de régimen común, y Navarra, han puesto en marcha diversos sistemas de financiación canalizados a través de diversos fondos, aunque sin la exigencia ni ambición exigible a un sistema de participación de las haciendas locales en sus tributos. El alcance y contenido de estos fondos no serán objeto de este trabajo. Sin embargo, sí traeremos a escena alguna de las conclusiones alcanzadas por Ramos Prieto en su novedoso y amplio estudio sobre la materia, en que analiza con detalle la regulación de los numerosos fondos autonómicos, su evolución y volumen:³⁸

- **Falta de generalización del recurso.** Aún existen comunidades autónomas que no han desarrollado ningún tipo de participación de las entidades locales en sus tributos o ingresos de carácter incondicionado. En su lugar operan programas de subvenciones de todo tipo, que coartan la autonomía local de los entes municipales orientando sus inversiones. Asturias, Murcia, Madrid o la Comunidad Valenciana aún tienen pendiente esta asignatura. En esta última se ha abierto una vía de solución con la nueva previsión estatutaria en que recoge la creación de un Fondo de cooperación municipal;³⁹ esperaremos a su desarrollo legal para determinar si la Comunidad Valenciana sale del vagón de cola de la financiación municipal incondicionada.

- **Escasa cuantía de los fondos autonómicos de participación o cooperación.** Salvo en Aragón y Canarias, el volumen de los recursos no supera en ninguna comunidad de régimen común el 2% del gasto público autonómico autorizado. De hecho, la suma

de la dotación para el año 2008⁴⁰ de todos los fondos constituidos no alcanza ni el 10% de la participación en impuestos del Estado (PIE) de dicho año. La visualización de esta diferencia es más fácil mediante un sencillo gráfico:

Gráfico 1. Dotación de la PIE y de los Fondos Autonómicos. Año 2008



FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Economía y Hacienda para la PIE y de la obra citada de RAMOS PRIETO, J., *La participación de las Haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

- **Participación en ingresos más que en tributos.** A excepción de Galicia, los fondos están constituidos por participaciones globales en los ingresos de la Comunidad, sin vincularse a la evolución de la recaudación tributaria de las haciendas autonómicas.

- **Falta de automatismo en la dotación y evolución de los fondos y en la determinación de los criterios para su distribución entre los entes locales.** En pocos fondos encontramos cláusulas de garantía sobre la estabilidad y evolución del volumen de recursos recibidos entre distintos ejercicios, dependiendo su importe de la decisión recurrente de las sucesivas leyes de presupuestos de cada Comunidad.

- **Interpretación estricta del concepto de participación.** Las comunidades autónomas han puesto en marcha fondos de cooperación o financiación adaptados al concepto más estricto y sencillo de participación, como transferencia de ingresos de la

38. RAMOS PRIETO, J., *La participación de las haciendas locales...*, op. cit., p. 239-486.

39. Artículo 64.3 del Estatuto de la Comunidad Valenciana en la redacción dada por la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril.

40. Tomamos el año 2008 como referencia por ser el año para el cual el trabajo del profesor Ramos Prieto nos aporta los datos desagregados de cada uno de los fondos autonómicos.

Comunidad Autónoma a los entes locales a través de un fondo global. Otras formas de participación posibles y aceptadas por el Tribunal Constitucional,⁴¹ como la cesión total o parcial de determinados impuestos o el establecimiento de recargos, han quedado relegadas por la configuración conservadora de los fondos.

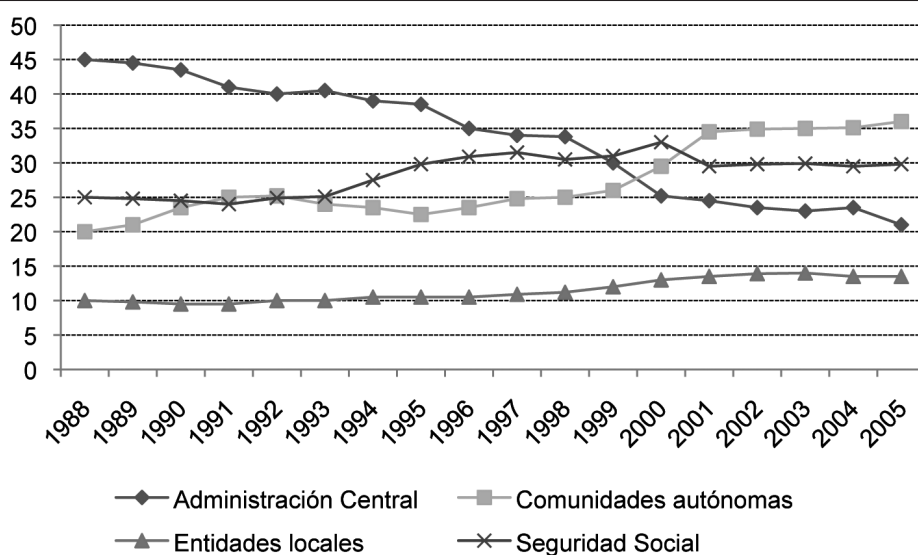
- **Carácter afectado de gran parte de los ingresos distribuidos por los fondos autonómicos de cooperación local.** El carácter condicionado de la mayoría de las transferencias ya ha sido denunciado en repetidas ocasiones por la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP) en representación de las entidades locales, y puesto de manifiesto por los informes de la Ponencia del Senado de 2007 y el *Informe para la reforma de la financiación de las Haciendas locales* del año 2002. Esta cultura de la subvención acaba minando el ejercicio de la autonomía local que se ve obligada a conducir proyectos auspiciados por la Comunidad Autónoma, ya que de otra forma no recibiría los recursos para realizarlos autónomamente. Eso sí, poco a poco esta afectación se ha ido corrigiendo y en la mayoría de los fondos se han establecido secciones de mayor o menor peso, cuya financiación es incondicionada.

2.4. ¿Cuáles son los motivos que han podido ocasionar o propiciar que un mandato constitucional aparentemente tan claro haya sido obviado hasta la fecha?

2.4.1. Prioridad de la financiación de las comunidades autónomas

A nadie escapa el hecho de que las comunidades autónomas centraron la atención política y económica en nuestros primeros años de andadura constitucional. Todos los esfuerzos iniciales, tanto legales como financieros, fueron para satisfacer la descentralización autonómica. Este hecho postergó la atención por el fenómeno local hasta el año 1988, en que se aprobó la primera Ley de Hacienda local, casi una década después del nacimiento de nuestra Carta Magna.⁴² Sin entrar en los defectos y limitaciones del sistema de imposición propia de los entes locales, solo debemos apuntar un dato para conocer hacia dónde se ha orientado la descentralización del Estado en las tres décadas de vigencia del Estado constitucional. La vieja ensoñación del 50-25-25 (50% Estado central, 25% comunidades autónomas y 25% entes municipales) es hoy una quimera, como podemos comprobar en el siguiente gráfico.

Gráfico 2. Descentralización del gasto público (1988-2005). Estructura porcentual



FUENTE: Intervención General del Estado

41. STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22°.

42. Esta situación de marginalidad ha sido destacada en muchas ocasiones por la doctrina. MEDINA GUERRERO, M., en "La articulación de la suficiencia financiera de los entes locales", *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, 2005, p. 73, crítica: "lejos de abordarse al unísono el tema del reparto de los recursos en el seno del Estado autonómico en su conjunto, hasta la fecha siempre se ha actuado de forma fragmentaria, esto es, se ha afrontado primero el tema de la financiación autonómica y sólo más tarde, una vez resuelto éste, se ha pasado al tratamiento de la Hacienda local."

El gasto público de los entes locales, en consonancia con sus posibilidades de financiación, apenas ha variado tres puntos porcentuales en la serie de casi veinte años que nos presenta el gráfico. Por el contrario, las comunidades autónomas están en el camino de duplicar el 20% con el que iniciaron la serie histórica. Sin duda alguna, las cesiones de las competencias de educación y sanidad a finales de los 90 dispararon sus necesidades de financiación, pero no es menos verdad que los entes locales han venido asumiendo también en muchas ocasiones competencias que no se han visto correspondidas con una provisión de recursos paralela.

La última reforma de la LOFCA acrecienta el volumen de recursos destinados a las comunidades autónomas y abre más brecha si cabe respecto a los entes locales. No hubiera sido un mal momento para que el Estado articulara un sistema que, definitivamente, vincule a la creación de la PICA una parte de la cesión de ingresos del Estado asignada a las comunidades autónomas, dejando a elección de estas los criterios para su distribución según las necesidades de su territorio.⁴³ La oportunidad ya se ha perdido.

La descentralización operada en nuestro país, una de las de mayor intensidad de todo el panorama internacional, ha posicionado a las comunidades autónomas por encima de las entidades locales. Las motivaciones políticas de esta desviación son evidentes. Las reivindicaciones competenciales y financieras de las comunidades autónomas que en su día se denominaron de "primera velocidad", se acabaron extendiendo con el famoso "café para todos" de Manuel Clavero Arévalo a otras comunidades en formación. Por el contrario, la capacidad de presión de los entes locales ha sido mínima y solo a través de las reivindicaciones de la FEMP y demás organizaciones de menor rango de cada Comunidad Autónoma han conseguido, con mayor o menor éxito, hacer oír su voz.

2.4.2. Perversión de los títulos competenciales

Otro de los factores que ha influido en el deficiente avance de la PICA, es la interpretación restrictiva del galimatías competencial sobre la responsabilidad de su configuración entre el Estado y las comunidades autónomas. Aunque está claro que solo compete al Estado

la configuración del sistema de PIE (cosa que ha hecho con un alto nivel de compromiso), existen dudas sobre si corresponde a las comunidades autónomas o al Estado, como garante último de la suficiencia financiera de las entidades locales, articular el desarrollo de la PICA. Hasta ahora, ambos niveles se han escudado en distintos títulos competenciales para eludir su cuota de responsabilidad al respecto.

Inicialmente el Tribunal Constitucional en su sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, esbozó claramente un sistema compartido de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de haciendas locales. Resumiendo este importantísimo pronunciamiento, vino a confirmar que en virtud del artículo 149.1.18ª de la Constitución corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas"; dentro de esas bases estatales, las comunidades autónomas tienen asumidas, mediante sus estatutos de autonomía, las competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre el régimen local.

A la luz del reparto competencial esbozado, la regulación, dotación efectiva y distribución de las participaciones en los tributos de las comunidades autónomas compete a estas en exclusiva. De hecho el Tribunal Constitucional ha refrendado esta posición en su jurisprudencia⁴⁴ afirmando que igual que corresponde al Estado la coordinación de su Hacienda con las haciendas locales, son las comunidades autónomas quienes deben establecer el régimen de coordinación entre su Hacienda y las locales de su territorio. Esta facultad autonómica tiene su origen en los títulos competenciales ya explicados y en su propia autonomía financiera, gozando por tanto de potestad para disponer de sus propios recursos, entre ellos los cedidos en favor de las entidades locales conforme al artículo 142 de la Constitución.

A pesar de la aparente claridad de esta delimitación competencial, las comunidades autónomas se han parapetado tras el artículo 149.1.14ª y su exégesis constitucional para no desarrollar un sistema de participación con la entidad exigida por nuestro constituyente. Este artículo reconoce en principio al Estado la competencia "exclusiva" sobre la "Hacienda General". Sin embargo, la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado del mismo,⁴⁵ encomendando al

43. SUÁREZ PANDIELLO, J. (coordinador), BOSCH ROCA, N., PEDRAJA CHAPARRO, F., RUBIO GUERRERO, J. J., UTRILLA DE LA HOZ, A., *La financiación local en España...*, op. cit., p. 282.

44. Sentencias 331/1993, de 12 de noviembre; 179/1985, de 19 de diciembre, y 233/1999, de 16 de diciembre.

45. Sentencia 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10º, entre otras.

Estado la defensa última del principio de suficiencia financiera de las haciendas locales, ha servido de excusa perfecta para que las comunidades autónomas no asuman la cota de responsabilidad que la conjunción de los artículos 142 y 149.1.18ª exigía. La comentada remisión en blanco que realiza el artículo 39.2 TRLHL tampoco permite exigir más a los entes autonómicos.

Para colmo de males, el Estado también ha esquivado establecer una regulación de mínimos y uniforme de la PICA en sus distintas oportunidades (LOFCA, Ley de bases del régimen local, TRLHL, etc.). La defensa estatal para justificar esta pasividad es, lógicamente, el contraargumento autonómico: la distribución competencial y la jurisprudencia constitucional descargan sobre las comunidades autónomas toda la responsabilidad en el desarrollo del sistema de participación de los entes locales en sus propios tributos.

2.4.3. Escasa valentía y amplitud de miras

Hasta las recientes reformas estatutarias que suponen un punto de inflexión en el reconocimiento de la PICA, las comunidades autónomas, con contadas excepciones, han limitado sus esfuerzos en materia local a hacer frente a la mínima cuota de responsabilidad que el artículo 2.2 de la LOFCA les impone de cara a “velar por su propio equilibrio territorial y por la realización interna del principio de solidaridad”.

Sobre esta base, la mayoría de comunidades autónomas han configurado fondos creados como instrumentos de solidaridad (generalmente denominados “de cohesión” o “de cooperación local”), canalizándose mayoritariamente mediante transferencias más o menos condicionadas a las entidades locales con menor capacidad fiscal para mejorar la convergencia y calidad de sus servicios. La importancia de los recursos recibidos suele ser por tanto relativa, correspondiendo generalmente más recursos por habitante a los municipios de menor tamaño, ya que, a pesar de usar como criterio principal el de la población, se incluyen otros factores como el inverso de la capacidad fiscal.

Por desgracia, no dejamos de estar ante un desarrollo meramente testimonial en muchos casos. Las bonitas palabras e intenciones que suelen rodear la puesta en marcha de los mismos no debe servir de cortina de humo para esconder su escasa cuantía; ni mucho menos, para disimular la parsimonia del Estado y las comunidades autónomas en su misión de generalizar este recurso y dotarlo del papel que la Constitución le reserva.

2.4.4. Justificación del carácter condicionado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, convenio internacional incorporado a nuestro Derecho interno, ya puso de manifiesto la necesidad de eliminar las limitaciones y condiciones impuestas a las entidades locales para la libre disposición de sus ingresos.⁴⁶ En su artículo 9 exige, entre otros aspectos, que se remuevan estos límites a la libre disposición, que no se articule la compensación financiera como medio para coartar la libertad de opción de las entidades locales, o que las subvenciones no estén adscritas a proyectos específicos.

Similar posición adoptó el *Libro Blanco para la reforma del Gobierno local* de 2005, inspirador en este punto del fallido Anteproyecto de Ley básica del Gobierno y la Administración local de 2006. Por suerte, el testigo lo han recogido algunas de las recientes reformas estatutarias, y en su articulado los nuevos estatutos de Cataluña, Baleares o Andalucía contienen referencias explícitas en materia de Hacienda local a la autonomía presupuestaria, la libre disposición de los recursos o el carácter incondicionado de las dotaciones económicas provenientes de la Comunidad Autónoma recibidas por los entes locales.⁴⁷

Desafortunadamente la jurisprudencia hoy vigente de nuestro Tribunal Constitucional, plasmada en la sentencia 150/1990, de 4 de octubre, ha admitido una visión mucho más restringida de la autonomía local en la vertiente del gasto. El FJ 12º de la citada sentencia

46. En su comentario de la Carta, LASAGABASTER HERRARTE, I. (*La Carta Europea de la Autonomía Local*, Iustel, Madrid, 2007, p. 78-79) destaca que: “(...) los ingresos vinculados dan el poder de decisión sobre el gasto público a la entidad que otorga el ingreso. Esto conlleva una actuación claramente contraria al principio de autonomía.”

47. Artículo 219.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio; artículo 75.9 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero; artículo 192.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

admitía la posibilidad de que la Comunidad de Madrid limitara la libre disposición de los ingresos que las haciendas locales obtendrían en concepto de participación en un fondo constituido, entre otros recursos, por el celeberrimo (y nunca aplicado) recargo autonómico del tres por ciento sobre la cuota líquida del IRPF. A pesar de no estar de acuerdo con la jurisprudencia sentada con esta sentencia, siempre poniendo por delante nuestro respeto permanente a las decisiones del intérprete constitucional, hay que reconocer la concisión y claridad de su exposición en este aspecto. Por ello no se nos ocurre mejor manera para acercar la postura del Tribunal Constitucional a los lectores que reproducir íntegramente el párrafo más ilustrativo de su argumentación:

“Los arts. 140 y 142 de la Constitución no prescriben, con alcance general, que los ingresos que perciban las Entidades locales en concepto de participación en los tributos del Estado o de las Comunidades Autónomas hayan de quedar a la entera y libre disponibilidad de aquellas Corporaciones. No exigen que dicha participación se instrumente, en cualquier caso, mediante transferencias o subvenciones incondicionadas de fondos estatales o autonómicos a las Haciendas locales. Por el contrario, como es regla común en el Derecho comparado, resulta constitucionalmente lícito vincular las transferencias y subvenciones a un destino concreto, siempre que, en el ejercicio de sus propias competencias, concurra en ello el interés del Ente que transfiere sus propios recursos o subvenciona a las Haciendas locales. Y así se reconoce también en los arts. 39 y 40 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales. En consecuencia, si bien la subvención no es concepto que delimite competencias en nuestro ordenamiento constitucional, según ha precisado con reiteración este Tribunal, la facultad de concederlas, incluso para un destino concreto, responde en el presente caso al ejercicio de las competencias de cooperación con las Entidades locales que ostenta la Comunidad de Madrid.”

En definitiva, el Tribunal Constitucional admite el carácter condicional de los fondos transferidos si esta limitación se hace bajo el paraguas de una competencia del ente que aporta los fondos, permitiendo

su adscripción a destinos concretos y privando a los entes locales de la facultad de libre disposición sobre los mismos. No podemos quedarnos de brazos cruzados ante esta afirmación, ya que la posible identificación de títulos competenciales genéricos como el de los artículos 55.d) y 57 de la Ley de bases de 1985, que aluden a términos tan laxos como la asistencia o la cooperación económica con la Administración local, podría emplearse como medio para restringir la libre disposición de los ingresos transferidos en concepto de participación.⁴⁸

Al abrigo de esta jurisprudencia constitucional se generalizó el empleo de subvenciones, encubiertas en ocasiones dentro de fondos de cooperación o cohesión. En los últimos años, a pesar de todo, como ya se ha reflejado en los nuevos textos estatutarios, se ha incrementado el volumen de recursos transferidos con carácter incondicional. Nuestra postura no cuestiona el empleo de las subvenciones como ya hemos indicado, sino que está en consonancia con lo expuesto en el estudio auspiciado por la FEMP: *La financiación local en España, radiografía del presente y perspectivas de futuro*,⁴⁹ en que se apunta el peligro de que, sobre todo en municipios pequeños, determinadas transferencias condicionales “muy específicas”, además de limitar en el corto plazo el escaso margen de maniobra de los gobiernos locales, lleven aparejadas obligaciones de gasto corriente (mantenimiento) que comprometan en el medio plazo la política municipal. Coincidimos plenamente con la idea que plantea el estudio de configurar transferencias “cuya condición sea abierta en sentido sectorial (respecto a en qué deben gastarse) o técnico (por ejemplo las vinculadas específicamente a gastos de inversión sin prejuzgar su destino)”.

Retengamos mediante una breve enumeración estos cuatro motivos que pueden explicar por qué la PICA no ha tenido hasta ahora el papel que el constituyente le tenía reservado.

- Prioridad de la financiación de las comunidades autónomas
- Perversión de los títulos competenciales
- Escasa valentía y amplitud de miras
- Justificación del carácter condicionado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

48. RAMALLO MASSANET, J., “El poder de gasto local”, en AA. VV. (coordinador M. Pont Mestres), *Financiación de los entes locales*, Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 94 y 97.

49. SUÁREZ PANDIELLO, J. (coordinador), BOSCH ROCA, N., PEDRAJA CHAPARRO, F., RUBIO GUERRERO, J. J., UTRILLA DE LA HOZ, A., *La financiación local en España...*, op. cit.

3. Actualidad de la materia

Después del oscuro panorama que hemos definido para la PICA, la elaboración de un trabajo que desempeña una materia olvidada por la mayoría de la doctrina debe responder a algún tipo de estímulo. Así es, el escenario ha cambiado mucho en los últimos meses. A día de hoy existen varios frentes abiertos que apuntan a una misma dirección: la necesidad de desarrollar la participación en tributos de la Comunidad Autónoma. Analizaremos tres principalmente que, a nuestro parecer, exigen la vuelta de esta vía de financiación al primer plano de la actualidad doctrinal.

3.1. Una exigencia política

Las continuas reivindicaciones de las haciendas locales en favor de la plasmación legal del precepto constitucional es uno de los frentes más vivos. La FEMP a nivel estatal o la FAMP, en la Comunidad andaluza, abandonan la cruzada de las haciendas locales para cambiar la dinámica de los legisladores estatal y autonómico, que hasta ahora habían aparcado la puesta en práctica de la PICA.

La FEMP, en su 9ª Asamblea general, celebrada en Madrid durante el mes de noviembre de 2007, plasmó a las claras su postura en la segunda de sus resoluciones:

“Debe procurarse la materialización efectiva de la participación de los Entes Locales en los tributos de las CC.AA. constitucionalmente prevista, cuya regulación debería preservar para la misma un carácter incondicional al objeto de avanzar en la autonomía y suficiencia de los Entes Locales. En este sentido es importante que se constituyan en todas las Comunidades Autónomas Modelos de Participación en los Ingresos de las Comunidades Autónomas (PICA) de carácter incondicionado, para asegurar la solidaridad en el ámbito territorial autonómico.”

Poco a poco estas reivindicaciones han ido calando en las instituciones autonómicas, y los nuevos estatutos vienen recogiendo una novedosa preocupación por la PICA, fruto de la cual se ha promulgado en Andalucía la comentada Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En referencia a ella, la FAMP, continuando con su intensa labor en los últimos años, se ha posicionado críticamente, lamentando su escasa ambición para colmar de manera definitiva las urgencias de muchas entidades locales.

Un importante aval de las posturas de la FEMP y de las demás federaciones regionales en defensa de la PICA, es el Informe de 2007 de la Ponencia de estudio de la financiación local constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado.⁵⁰ Este Informe, que ya hemos nombrado anteriormente haciendo referencia a sus críticas al abuso de la financiación condicionada, también exige una participación más relevante de las comunidades autónomas para dar cumplimiento efectivo y completo al mandato constitucional del artículo 142.

Resulta obvio que las comunidades autónomas son las principales destinatarias de las críticas locales, por cuanto es suya la responsabilidad de articular un verdadero sistema de participación en sus tributos. No obstante, en su descargo hay que decir que el Estado tampoco ha corrido en defensa de las haciendas locales estableciendo, en materia de participación en tributos de la Comunidad Autónoma, un marco mínimo obligatorio para todas ellas.

La cuestión local está candente en la agenda política, poco importan colores o partidos; en las federaciones de municipios tiende a existir una única voz en defensa de las entidades locales.

3.2. Un problema económico

Existe una verdad incuestionable: las reivindicaciones políticas en torno a la configuración de la PICA no habrían alcanzado el tono actual sin el componente económico que subyace tras su desarrollo. A nadie escapa que los entes locales no moverían un dedo por sí mismos para dar cumplimiento a un mandato constitucional vacío y meramente testimonial. El dinero, siempre el dinero.

Las comunidades autónomas a día de hoy siguen apelando a la ya comentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁵¹ que desplaza hacia el Estado la responsabilidad última de garantizar la suficiencia financiera de los entes locales. Detrás de esta exculpación se vislumbra una doble intención, tanto justificar su

50. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, VIII Legislatura, serie I, núm. 857, 26 de diciembre de 2007.

51. STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4º.

escaso compromiso económico con la PICA, como realzar el valor de su actual y renovada apuesta en favor de las mismas. Hayan influido o no en el cambio de mentalidad de los entes autonómicos, a nuestro parecer son tres los motivos económicos fundamentales que exigen a día de hoy una adecuada puesta en marcha de la PICA:

a) En primer lugar las comunidades autónomas están obteniendo unas cotas de financiación impensables en el momento de su configuración. El viejo anhelo de la FEMP (50-25-25) se desvanece por la presión competencial y las consecuentes exigencias financieras de los entes autonómicos. La cota de cesión impositiva por parte del Estado ha experimentado con la nueva reforma de la LOFCA una nueva evolución, llegando al que muchos consideran su límite. Sin embargo, no se ha hecho partícipes de este reparto a los entes locales, que se han quedado con las sobras.

Nuestra reflexión es la siguiente: si nuestro constituyente, a pesar de no esperar una cesión de fondos tan importante en favor de las comunidades autónomas, ya previó la participación de los entes locales en los tributos de los entes autonómicos, ¿no es más vigente este mandato ahora que las comunidades autónomas son las principales beneficiarias del reparto financiero en detrimento de las entidades locales? ¿No deberían las comunidades autónomas hacer a los entes locales partícipes de sus nuevos recursos financieros?

b) El elemento que más está acentuando en los últimos tiempos la precaria situación financiera de las haciendas locales es la fuerte caída de sus ingresos tributarios propios con motivo de la crisis económica. Los principales impuestos propios de los entes locales están vinculados a la actividad inmobiliaria. El Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana o el Impuesto sobre bienes inmuebles (en adelante IBI) dependen, aunque este último en menor medida por su carácter estático, de la actividad inmobiliaria existente en el municipio. La onda expansiva de la debacle de este sector estratégico ha afectado intensamente a las arcas municipales. Proyectos a medio y largo plazo se han paralizado, los gastos corrientes se intentan reducir, las tasas y precios públicos se elevan para cubrir el descenso en los ingresos. La gravedad de la situación se acentúa si tenemos

en cuenta que muchos de estos municipios han vivido por encima de sus posibilidades, merced a los ingresos patrimoniales por la venta de suelo, ingresos que hoy son casi inexistentes y cuya obtención en su día de manera apresurada ha vaciado de recursos patrimoniales a muchos municipios.

c) En paralelo a la caída de sus ingresos, los entes locales, para hacer frente a sus gastos corrientes y las inversiones comprometidas, han iniciado un fuerte proceso de endeudamiento. Según datos del Ministerio de Economía y Hacienda la deuda viva con entidades de crédito de los ayuntamientos se elevó en el año 2009 en un 10% respecto a 2008.⁵² Fuera de cualquier estadística quedan las deudas comerciales, aquellas que los entes locales mantienen con empresas por prestación de servicios y adquisición de bienes. Los largos plazos para que los entes locales abonen estas facturas acaba además comprometiendo seriamente la liquidez y subsistencia de muchas empresas y autónomos.

Los tres problemas económicos señalados (la descentralización de recursos que no llega a las entidades locales, la reducción de ingresos y el endeudamiento) acentúan la necesidad de ofrecer un soplo de aire a las haciendas locales, a ser posible en forma de recursos incondicionados.

3.3. Las reformas estatutarias recogen por primera vez la PICA

Estaríamos mintiendo si dijéramos que las reivindicaciones de las haciendas locales son nuevas; sin embargo, no ha sido hasta el reciente proceso de reforma estatutaria cuando el debate ha salido del campo de lo meramente político para tomar cuerpo dentro de los nuevos estatutos de autonomía y sus leyes de desarrollo.

En el marco de las últimas reformas estatutarias, las comunidades autónomas han asumido por primera vez de manera casi unánime las exigencias locales más básicas y han incluido en su articulado, con mayor o menor precisión y voluntad, la regulación legal de la PICA.

Los estatutos de la Comunidad Valenciana (Ley orgánica 1/2006), Cataluña (Ley orgánica 6/2006), Islas Baleares (Ley orgánica 1/2007), Andalucía (Ley orgánica 2/2007), Aragón (Ley orgánica 5/2007) y Castilla

52. Fuente MEH. Deuda viva de los municipios 2008: 26.128.000. Deuda viva 2009: 28.770.000.

y León (Ley orgánica 14/2007) recogen el que sea posiblemente el logro más importante de la PICA desde 1978: su existencia.

Este nuevo interés por la causa local y sus necesidades de financiación parte, en opinión de algunos autores, de la novedosa concepción de los estatutos de autonomía, en que las comunidades autónomas definen su papel más allá de la mera batalla competencial.⁵³ A este cambio de mentalidad debemos añadir el fructífero resultado de las presiones políticas en sentido ascendente municipios-Comunidad Autónoma, que tan buen provecho han dado a estas últimas en sus relaciones con el Estado.

Por supuesto, la transposición del mandato constitucional que realizan los estatutos de autonomía no ha estado exenta de críticas;⁵⁴ sin embargo, consideramos que los principales problemas que ha venido acusando esta olvidada forma de financiación tienen solución dentro del nuevo marco estatutario. Culpar a los nuevos textos autonómicos de indeterminación a la hora de configurar la participación solo tiene sentido en cuanto a los elementos que concretan, ya que los silencios o conceptos indeterminados pueden y deben desarrollarse posteriormente mediante una Ley autonómica; tal es el caso de la Ley andaluza que analizaremos posteriormente. De todas formas hay que reconocer que echamos en falta un compromiso cuantitativo más claro, fijando cuotas de participación que facilitarían el posterior debate de los textos legales y garantizarían un volumen de recursos mínimo para los entes locales.

En todo caso hay motivos para ser optimistas. Existen dos características esenciales comunes en la configuración de las participaciones por la mayoría de los estatutos⁵⁵ (a excepción de los estatutos de la Comunidad Valenciana y de Castilla y León): la canalización de las transferencias mediante la creación de un fondo de cooperación o nivelación y la garantía del carácter incondicionado de la financiación obtenida. De las dos, esta última característica es la más novedosa y a la vez relevante. Basta recordar la insistencia con que doctrina, federaciones de municipios e incluso convenios internacionales⁵⁶ han defendido la participación incondicionada, como medio de avanzar en la autonomía local, frente a las transferencias finalistas. El reconocimiento en los textos estatutarios de esta garantía es el primer gran paso para cambiar la dinámica de dependencia que se había fomentado en los últimos años entre entes locales y autonómicos. Sin afán de desmerecer las subvenciones orientadas, nadie mejor que las entidades locales para saber en qué se debe gastar el dinero en su territorio.

La Comunidad Autónoma andaluza, al hilo del precepto que en el nuevo Estatuto de Autonomía recoge la creación de un sistema de participación de los entes locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, ha sido la primera en redactar un texto que prevé la constitución de un Fondo que comenzará a funcionar en el año 2011. Mientras, al igual que las demás comunidades, continuará con el modelo previo a la reforma estatutaria, actualizando el importe de los fondos preexistentes. Dada la importancia de este hito para la financiación de los entes locales y la consolidación de la PICA como una fuente de financiación fundamental, el resto del trabajo se centra en analizar con detalle este texto legislativo aprobado recientemente y sus implicaciones no ya solo a escala de Andalucía, sino del resto de comunidades autónomas y del propio Estado.

La Comunidad Autónoma andaluza, al hilo del precepto que en el nuevo Estatuto de Autonomía recoge la creación de un sistema de participación de los entes locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, ha sido la primera en redactar un texto que prevé la constitución de un Fondo que comenzará a funcionar en el año 2011. Mientras, al igual que las demás comunidades, continuará con el modelo previo a la reforma estatutaria, actualizando el importe de los fondos preexistentes. Dada la importancia de este hito para la financiación de los entes locales y la consolidación de la PICA como una fuente de financiación fundamental, el resto del trabajo se centra en analizar con detalle este texto legislativo aprobado recientemente y sus implicaciones no ya solo a escala de Andalucía, sino del resto de comunidades autónomas y del propio Estado.

4. La Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía

4.1. El Fondo de participación en el nuevo Estatuto de Autonomía

En el caso andaluz, la nueva perspectiva en las relaciones con los entes locales queda recogida en el artículo 192 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en sede de la sección dedicada a las haciendas locales y titulado "Colaboración de la Comunidad Autónoma".

53. Una excelente explicación del cambio de enfoque de los nuevos estatutos en relación a las entidades locales, partiendo del nuevo Estatuto andaluz, la podemos encontrar en el trabajo de RUIZ ROBLEDO, A., en AA. VV., *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 99.

54. FONT I LLOVET, T., VELASCO CABALLERO, F., ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 57 y siguientes.

55. Artículo 219.1 Estatuto de Cataluña (Ley orgánica 6/2006), artículo 75.9 Estatuto de las Islas Baleares (Ley orgánica 1/2007), artículo 192.1 Estatuto de Andalucía (Ley orgánica 2/2007), y artículo 114.4 y 5 Estatuto de Aragón (Ley orgánica 5/2007).

56. La ya citada Carta Europea de la Autonomía Local.

En lo que a nosotros concierne, el apartado más interesante de este precepto es el 1. La importancia del apartado 2 ya la remarcamos en páginas anteriores, y el 3 es muy similar al artículo 62 de la anterior redacción estatutaria.⁵⁷

“1. Una ley regulará la participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, que se instrumentará a través de un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado.

“2. Adicionalmente la Comunidad Autónoma podrá establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas.

“3. Corresponde a la Comunidad Autónoma la tutela financiera de los entes locales, sin perjuicio de las competencias del Estado y con respeto a la autonomía que a los mismos les reconoce la Constitución.”

El apartado 1 impone la novedosa obligación al Parlamento andaluz de regular mediante Ley el sistema de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma. La referencia realizada a los “tributos de la Comunidad” no es del todo acertada, pues podría dar pie a entender que la participación se limita a los impuestos propios.⁵⁸ El novedoso texto legal que desarrolla el precepto estatutario se ha prestado a disipar esta duda, extendiendo también el objeto de la participación a los impuestos cedidos totalmente por el Estado (ISD, ITPAJD, etc.).

Personalmente y en consonancia con gran parte de la doctrina,⁵⁹ creemos que lo ideal sería incluir también los impuestos cedidos parcialmente por el Estado, IVA e IRPF fundamentalmente, pues a día de hoy representan la mayor fuente de financiación para las comunidades autónomas, más si cabe tras la reciente ampliación por la LOFCA de los porcentajes de participación.⁶⁰

La previsión estatutaria de esta participación a través de un “Fondo de nivelación” mantiene la tradición autonómica de configurar, mediante un “Fondo con apellido solidario”, los sistemas de participación, confiriéndoles así un papel a priori mucho más residual en nuestra opinión que el que tenían encomendado por mandato constitucional.⁶¹ El sobrenombre al Fondo tiene en esta ocasión unos destinatarios principales: los municipios de menor capacidad fiscal, que se entiende deberían ser los principales beneficiados de un Fondo de nivelación municipal. El reconocimiento del carácter incondicionado del Fondo es fruto de una larga evolución de la que ya se habían atisbado resultados en los últimos años, y que ahora queda recogida en la mayoría de las nuevas redacciones estatutarias como una característica innata de los fondos.

¿Dónde radica la importancia de analizar la Ley andaluza?

Para nadie es desconocido el frecuente proceso de imitación legislativa existente entre las comunidades autónomas; si la primera en desarrollar las previsiones estatutarias (muy similares por otro lado) de un sistema de participación de las haciendas locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, lo hace de manera exitosa y conforme a unos parámetros, no debería extrañarnos ver pronto textos muy similares emergiendo de otras cámaras legislativas autonómicas. Consideramos esencial por tanto evaluarla no solo cuantitativamente, por el volumen de fondos destinados y sus criterios de distribución, sino, sobre todo, cualitativamente, es decir, estudiando sus características y evaluando su adaptación a los parámetros que trabajos como el *Informe para la reforma de la financiación de las Haciendas locales* del año 2002, o las obras de referencia *La participación de las haciendas*

57. “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la tutela financiera de los Entes Locales, respetando la autonomía que a los mismos les reconocen los artículos 140 y 142 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 13.3 del presente Estatuto.”

58. Ya advertían de esta falta de rigor en el uso de la terminología PÉREZ ROYO, F. y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., en “La Hacienda de Andalucía”, en AA. VV. (directores S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1.081.

59. Puede consultarse por ejemplo el reciente trabajo de RAMOS PRIETO, J., “Análisis del contenido del proyecto de ley de participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía” [en línea], *Revista CEMCI*, núm. 7, abril-junio 2010, <<http://www.cemci.org/revista/revista7/articulo2.php>> [Consulta: 20 abril 2010].

60. Los tributos cedidos, que conforman lo que la LOFCA denomina en su artículo decimotercero: la “capacidad tributaria” de las comunidades autónomas, son los que ya recogía la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, aunque con la reforma de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, se produce una elevación del porcentaje de cesión del Impuesto sobre la renta de las personas físicas del 33% al 50%, del Impuesto sobre el valor añadido del 35% al 50%, y de los impuestos especiales de fabricación sobre la cerveza, el vino y bebidas fermentadas, productos intermedios, alcohol y bebidas derivadas, hidrocarburos y labores del tabaco del 40% al 58%.

61. En palabras de LOZANO SERRANO, C., “Participaciones y Subvenciones”, *RVHP*, núm. 8, 1989: “resulta indiscutible que el artículo 142 le confiere (a la participación en tributos estatales y autonómicos) la finalidad de garantizar, junto a los tributos propios, la suficiencia financiera local, de manera que sus objetivos no son los de atender a la solidaridad ni los de procurar la redistribución.”

locales en los tributos de las Comunidades Autónomas y Financiación local y participaciones en tributos autonómicos. Reflexiones sobre un mandato constitucional pendiente de cumplimiento, cuya importancia ya hemos apuntado, exigen para todo modelo de participación de un ente público en los tributos de otro.

Para poder comprender mejor la relevancia del texto legal y su valor a efectos de autonomía y suficiencia financiera para las entidades locales andaluzas, debemos realizar antes una breve referencia a sus antecedentes dentro del contexto de la propia Comunidad Autónoma.

4.2. El Plan de cooperación municipal. Especial referencia al Fondo para la nivelación de los servicios municipales

En paralelo a otras comunidades, tal y como explicamos anteriormente, la Comunidad andaluza constituyó, a raíz de la aprobación de la Ley 10/1988, de 29 de diciembre, de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1989, un instrumento de cooperación económica con los ayuntamientos, que recibió el nombre de Plan de cooperación municipal, cuyas normas generales de aplicación se recogen en el Decreto del Consejo de Gobierno 51/1989, de 14 de marzo.

El Plan de cooperación municipal, tal y como recogía el Decreto de su desarrollo, se configura como un instrumento de cooperación económica que, acorde a los principios constitucionales de solidaridad y coordinación, establece una política de transferencias corrientes

y de capital que contribuye a garantizar el ejercicio de la autonomía municipal con los suficientes recursos. Los cinco grandes programas en que se subdivide son: promoción económica, urbanismo e infraestructura, equipamientos colectivos, fomento cultural y nivelación de servicios municipales. El planteamiento inicial no comprendía el cumplimiento de los principios ya enunciados que deberían regir todo sistema de participación, principalmente su necesario carácter incondicionado. De hecho, el Decreto quedaba enmarcado dentro del ámbito del artículo vigésimo segundo de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1989, que autorizaba al Consejo de Gobierno para dictar normas generales sobre subvenciones, instrumento de financiación de marcado carácter finalista.

El volumen total de las transferencias y subvenciones previstas en el Plan ha crecido a un ritmo constante desde su constitución, ascendiendo el montante para el ejercicio 2010, conforme a los créditos autorizados por la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a 1.447,8 millones de euros. No obstante, las transferencias y subvenciones reguladas en el Plan se desagregan en múltiples programas presupuestarios, gestionados por las distintas consejerías de la Junta de Andalucía. El programa que centra nuestra atención por su volumen y evolución es el denominado "Programa de cooperación económica y coordinación con las Corporaciones Locales". Como podemos comprobar en el siguiente cuadro, la principal partida que lo integra son las "transferencias corrientes para la nivelación de los servicios municipales".

Tabla 2. Programa de cooperación económica y coordinación con las corporaciones locales (8.1.A) Ejercicios 2009 y 2010

| Aplicación económica | Partida de gasto | Importe 2009 | Importe 2010 |
|----------------------|--|--------------|--------------|
| 460.00 | Transferencias corrientes en materia de coordinación | 3.261.670 | 2.560.099 |
| 460.05 | Transferencias corrientes para financiación de asistencias técnicas | 2.754.042 | 2.152.471 |
| 462 | Transferencias corrientes a la Federación Andaluza de Municipios y Provincias | 516.328 | 516.328 |
| 463 | Transferencias corrientes para la nivelación de los servicios municipales | 159.000.000 | 200.000.000 |
| 763 | Transferencias de capital correspondientes al Acuerdo para Empleo y Protección Social Agraria (AEPESA) | 46.317.650 | 45.341.836 |
| 765.00 | Transferencias de capital para infraestructuras | 47.526.911 | 16.021.529 |
| 765.02 | Transferencias de capital para actuación extraordinaria en materia de infraestructura | 3.503.526 | 14.001.000 |
| 765.12 | Transferencias de capital para planes provinciales de obras y servicios | 12.020.245 | 9.616.196 |

FUENTE: RAMOS PRIETO, J., "Análisis del contenido del proyecto de ley de participación de las Entidades Locales...", *op. cit.*

El Fondo para la nivelación de los servicios de competencia municipal (en adelante FNSM) personifica las transferencias por este concepto y acapara nuestra atención porque, a pesar de no ser un sistema de participación en los tributos autonómicos, recoge las exigencias propias de los mismos: una participación ordinaria, general e incondicionada. Eso sí, a pesar de su crecimiento y morfología, no ha llegado a recoger un elemento fundamental: referenciar su volumen y evolución respecto a la recaudación de la Hacienda autonómica con fuente en sus tributos propios o cedidos. Aparte de esta salvedad, la importancia que ha adquirido le ha hecho valedero de ser el marco de referencia para el reparto de los recursos del Fondo de participación que constituye la Ley 6/2010. En efecto, el artículo 7 del texto legal que enjuiciamos, a la hora de determinar la dotación del Fondo en los ejercicios 2012 a 2014, tiene en cuenta como elemento básico del reparto los importes recibidos por los municipios en concepto de Fondo de nivelación en el año 2009. Posteriormente analizaremos con más detalle la fórmula utilizada, pero este hecho consolida la idea de que el FNSM, a pesar de no constituir propiamente un sistema de PICA, es el predecesor, en esencia y en contenido, de la Ley andaluza de participación.

Esta relevancia fue advertida ya en la redacción del preámbulo de las órdenes reguladoras de la distribución del FNSM entre los municipios para los ejercicios 2007 y 2008⁶² que, conscientes de la novedosa previsión estatutaria del artículo 192, exaltaban sus cualidades como marco para un desarrollo más profundo de los instrumentos de colaboración financiera entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales.

No en vano, el FNSM ha experimentado una profunda evolución desde sus inicios. Su constitución tiene origen en el Decreto 51/1989, como instrumento para transferir ingresos destinados a cubrir los gastos corrientes asociados a los nuevos equipamientos municipales. Su devenir es un buen índice de la progresiva toma de conciencia de la necesidad de configurar un sistema de transferencias incondicionadas, frente

al aún imperante sistema de transferencias finalistas (transferencias corrientes las unas, transferencias de capital las otras).

Tras la adición en 2002 de un nuevo Fondo de compensación con más recursos incondicionados, con destino a los municipios menores de 50.000 habitantes, en el año 2004 ambos se fusionan, incrementándose el importe de los recursos e introduciendo nuevos criterios de distribución con el objetivo de adaptar el sistema a la capacidad financiera y las necesidades de gasto de los pequeños y medianos municipios, manteniendo las dotaciones a los municipios de mayor población. Esta nueva preocupación por los municipios de menor tamaño estaba encaminada a equilibrar sus haciendas locales, frente a la ampliación de la capacidad fiscal que los municipios mayores de 75.000 habitantes obtuvieron con la cesión de determinados impuestos estatales tras la reforma de la Hacienda local, operada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre. Por ello, el incremento realizado entonces de la dotación económica del Fondo de nivelación se destinó a los municipios que estuvieran por debajo de esa cifra de habitantes.

Desde esa última reforma en 2004, la regulación de las transferencias autonómicas de nivelación que la Comunidad Autónoma ejecuta en beneficio de las haciendas locales andaluzas se ha mantenido invariable hasta el presente ejercicio 2010.⁶³ Por suerte, no ha sido así con el volumen de las mismas, el cual ha experimentado un crecimiento acelerado y sostenido. La dotación prevista para el año 2010 es de 200.000.000 de euros (más de cinco veces la cuantía dotada originalmente en el año 2003). El siguiente cuadro permite apreciar su crecimiento exponencial en los últimos años, y el aumento de su relevancia en proporción al gasto total de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias y organismos autónomos de carácter administrativo (sin computar el correspondiente a las empresas del sector público autonómico). En este sentido, han pasado de representar un 0,18 por 100 en 2003 a un 0,59 en 2010.

62. Órdenes de la Consejería de Gobernación de 19 de marzo de 2007 y de 15 de febrero de 2008.

63. A excepción de la puesta en marcha desde 2005 de un Fondo específico para la nivelación de los servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes, a modo de complemento de financiación dirigido a los ayuntamientos que se ven afectados por una mayor presencia de personas inmigrantes, con la consiguiente repercusión en la demanda de determinados servicios públicos.

Tabla 3. Fondo para la nivelación de los servicios municipales (FNSM). Ejercicios 2003 a 2010

| Ejercicio | Presupuesto ^(a) Estado de gastos | FNSM Dotación | FNSM Peso relativo |
|-------------------|--|---------------------------------|-----------------------|
| 2003 | 20.709.820.502 € | 36.661.740 € ^(b) | 0,18% |
| 2004 | 22.173.705.389 € | 40.229.101 € | 0,18% |
| 2005 | 24.451.581.273 € | 80.229.101 € | 0,33% |
| 2006 | 27.378.401.370 € | 119.999.999,12 € ^(c) | 0,44% |
| 2007 | 29.187.720.115 € | 145.000.000 € ^(d) | 0,50% |
| 2008 | 31.961.796.132 € | 127.200.000 € | 0,40% |
| 2009 | 33.764.000.043 € | 159.000.000 € | 0,47% |
| 2010 | 33.737.698.011 € | 200.000.000 € | 0,59% |
| Variación período | 62,91% | 445,53% | +0,41 |

^(a) Presupuesto Junta de Andalucía, agencias administrativas y organismos autónomos.

^(b) En este ejercicio la cantidad destinada a transferencias corrientes se divide en una parte para la nivelación de servicios municipales (30.050.606 euros) y otra para compensación de servicios municipales de los municipios de menos de 50.000 habitantes (6.611.134 euros).

^(c) 30.143.406 euros corresponden a la dotación adicional regulada en la Orden de la Consejería de Gobernación de 10 de noviembre de 2006.

^(d) 25.000.000 de euros corresponden a la dotación adicional regulada en la Orden de la Consejería de Gobernación de 11 de diciembre de 2007.

FUENTE: RAMOS PRIETO, J., "Análisis del contenido del proyecto de ley de participación de las Entidades Locales...", *op. cit.*

El elemento más característico del FNSM es sin duda su naturaleza no finalista o incondicionada, asegurando la libre disponibilidad de los fondos en aras de garantizar la autonomía local en la vertiente del gasto. De todas formas, a pesar del incremento de sus recursos y la clarificación de sus criterios de distribución, creemos que perderíamos rigor si hablásemos de un verdadero sistema de participación en los tributos de la Comunidad Autónoma, pues su cuantía sigue sin alcanzar los mínimos exigibles a un recurso destinado a constituir uno de los tres pilares fundamentales de financiación de los entes locales.

Otro de los defectos del FNSM, que lo alejan de ser un sistema de participación, es que los criterios de evolución de su cuantía no están claramente determinados. Este silencio inicial se fue colmando con el discurrir del tiempo, consolidándose como sistema de actualización las sucesivas leyes de presupuestos en que anualmente se modificaba la dotación. A pesar del incremento sostenido que ha experimentando el FNSM a través de este sistema, consideramos que se perdió la oportunidad de haberlo vinculado, por ejemplo, a la recaudación de los tributos de la Comunidad Autónoma (propios y cedidos total o parcialmente por el Estado), aumentando con ello la transparencia y estabilidad de los criterios de reparto y favoreciendo la previsibilidad de su volumen. Con esta mención se hubiera mejorado ostensiblemente la planificación financiera de las entidades locales.

El último año de aplicación del FNSM será este 2010, por lo que no nos detendremos más en su regulación y detalles, para lo cual se puede acudir al pormenorizado análisis realizado por RAMOS PRIETO, J., no solo del Fondo andaluz, sino de los de todas las comunidades autónomas que han desarrollado sistemas similares.⁶⁴

4.3. Contenido de la Ley 6/2010

La Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el día 24 de junio de 2010, viene a dar cumplimiento al mandato del artículo 192 del renovado Estatuto de Autonomía de Andalucía que hemos analizado anteriormente. Apenas presenta pequeños cambios respecto al Proyecto presentado al Parlamento inicialmente y al Anteproyecto que estudió el Consejo Consultivo de Andalucía, cuyo dictamen, sin ser vinculante, sí sirvió para corregir ligeros errores de técnica legislativa u omisiones que no han venido a modificar el espíritu de la norma.

Para empezar, sin destacar por su extensión, la exposición de motivos reconoce la exigencia de desarrollar un sistema de participación en los tributos de la Comunidad Autónoma en cumplimiento de los artículos

64. RAMOS PRIETO, J., *La participación de las haciendas locales...*, *op. cit.*, p. 245-270.

constitucionales que consagran la autonomía y suficiencia financiera de las entidades locales. Tras hacer alusión también a la Carta Europea de la Autonomía Local, la referencia a los artículos 191 y 192 del nuevo Estatuto de Autonomía es obligada. Para finalizar, la exposición de motivos alude a la dificultad para seleccionar adecuadamente los criterios de distribución del Fondo que permitan materializar el fin nivelador del mismo, un fin que exige un adecuado equilibrio entre indicadores de necesidad de gasto y de capacidad fiscal de los municipios.

A continuación encontramos diecinueve artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria única y dos finales; aparte dos anexos con la división en grupos de población de los distintos ayuntamientos y los valores de las variables utilizadas en la distribución para cada municipio de Andalucía. Realmente no se necesita mucho más para la creación del Fondo. El legislador andaluz ha sabido ser conciso y dejar en manos del desarrollo reglamentario la concreción de aspectos secundarios de organización y funcionamiento del mismo. Sin duda alguna, la experiencia previa del FNSM ha contribuido a que el legislador no cayera en la tentación, cada vez más frecuente, de redactar un texto legal con el detalle propio de un reglamento, vaciando de contenido la labor de desarrollo propia de estos.

Nuestro análisis comenzará estudiando las características principales del Fondo de participación que la Ley andaluza constituye. A continuación, con base en esta presentación inicial, vamos a cuestionarnos si el texto configura un sistema de participación en los tributos de la Comunidad Autónoma con las características que las entidades municipales y la doctrina venían exigiendo. Una respuesta afirmativa puede ser un buen augurio para que otros entes autonómicos elaboren proyectos similares que den cumplimiento real al mandato del artículo 142 CE.

Posteriormente, valoraremos los aspectos cuantitativos del Fondo: su dotación y sus criterios de distribución.

No debemos olvidar que para cumplir con su exposición de motivos, la constitución del Fondo debe contribuir efectivamente a la consecución de la suficiencia financiera de los entes locales, en especial de aquellos con menos recursos, y ello solo es posible si su volumen es significativo y sus criterios de distribución equitativos.

Existe un último aspecto que la Ley apenas menciona pero que consideramos merece una atención mayor: la participación de las provincias. Un verdadero desarrollo del precepto constitucional y de la previsión del artículo 192 del Estatuto exige que el término empleado por estos para referirse a los destinatarios de la participación en tributos de la Comunidad Autónoma, "entes locales", no se reduzca al ámbito meramente municipal.

En nuestras conclusiones finales sintetizaremos las reflexiones surgidas al hilo de la lectura del articulado de esta Ley pionera en la regulación de la PICA.

4.3.1. Los beneficiarios del Fondo

El ámbito subjetivo del Fondo queda definido con claridad en el artículo 3, que especifica que "podrán participar del Fondo todos los municipios de Andalucía".⁶⁵ A efectos de aplicación del Fondo y como método de clasificación, el artículo 3.2 los clasifica en cuatro grupos⁶⁶ atendiendo a su población:⁶⁷

- a) Grupo 1. Municipios de menos de 5.000 habitantes.
- b) Grupo 2. Municipios con población comprendida entre los 5.000 y 19.999 habitantes.
- c) Grupo 3. Municipios con población comprendida entre los 20.000 y 49.999 habitantes.
- d) Grupo 4. Municipios de 50.000 o más habitantes.

En el anexo I del texto se detalla la clasificación inicial de los municipios en los cuatro grupos, tomando como referencia las cifras oficiales de población refe-

65. Posiblemente el principal cambio introducido en la tramitación parlamentaria sea la redacción en términos dispositivos de este artículo 3. En el Proyecto de Ley presentado al Parlamento el enunciado carecía de este importante matiz: "Participarán del Fondo todos los municipios de Andalucía". En consonancia con este cambio también se hubo de modificar la disposición adicional segunda y la participación en el Fondo deja de presumirse, los ayuntamientos deben solicitarla expresamente.

66. En el Anteproyecto de Ley de octubre de 2009 se utilizaba el término "estratos" para designar a cada una de las subdivisiones realizadas entre los municipios por razón de población. El Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía llamó la atención sobre el uso inapropiado de esta expresión y en la redacción actual se ha recurrido a un término más común, el de "grupos".

67. Se toman como cifras de población de cada municipio las resultantes de la revisión del padrón municipal, referidas al 1 de enero y con efectos de 31 de diciembre de cada año, y declaradas oficiales mediante Real decreto a propuesta del Instituto Nacional de Estadística. Artículo 3.3 del Proyecto de Ley en conexión con el 10.4 b).

ridas a 1 de enero de 2008. En el anexo II se detallan los valores para cada municipio de las variables que determinarán la distribución del Fondo.⁶⁸

La breve mención realizada a las diputaciones provinciales la analizaremos más tarde, aquí simplemente apuntaremos su exclusión inicial del ámbito subjetivo del Fondo, pues a nadie escapa que no están dentro de la categoría de “municipios de Andalucía”.

Por último, en la disposición adicional segunda se recoge el sistema y las fechas para que los municipios participen en el Fondo:

“Una vez publicada esta ley, los municipios que deseen participar del Fondo, con efectos a partir del 1 de enero de 2011, deberán solicitarlo antes del 30 de octubre de 2010 mediante escrito de la persona titular de la alcaldía del ayuntamiento con el acuerdo por mayoría absoluta del pleno de la corporación local.”

La solicitud de incorporación al Fondo es una novedad respecto al Proyecto de Ley en que los municipios se presumían incluidos y lo que era disponible era la exclusión, a través de los mismos requisitos y plazos por los que ahora realizan los municipios su petición de admisión. Esperamos que la exigencia de mayoría absoluta para solicitar la incorporación al Fondo no derive en votaciones partidistas en el seno de los ayuntamientos, bloqueando este importante recurso.

Asimismo confiamos en que ningún municipio cometa la negligencia de olvidar esta solicitud. En todo caso, para los municipios que no se incorporen inicialmente, se permite la inclusión en el sistema en años posteriores mediante idéntico mecanismo e igual plazo de eficacia.

4.3.2. La dotación del Fondo y su distribución

Existen dos períodos temporales para la aplicación del Fondo. El inicial engloba los años 2011-2014 y se caracteriza por tener fijada de antemano la dotación global; de 2015 en adelante, la dotación global se determinará conforme a la evolución de los ingresos tributarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante ITA) respecto al año anterior.

Lo que no cambia a lo largo de la vida del Fondo es el sistema para concretar la participación que corresponde a cada municipio de la dotación global del Fondo, el cual se realiza en dos fases. En la primera, se determina el importe que corresponde a cada uno de los cuatro grupos de población que designaba el artículo 3; en la segunda, se calcula el importe correspondiente a cada uno de los municipios dentro de cada grupo en función de las variables de distribución del Fondo especificadas en el artículo 10.

Gráfico 3. Estructura del Fondo de participación



FUENTE: Elaboración propia

68. Los datos especificados en el anexo II son: importe correspondiente al municipio en concepto de FNSM en 2009, población, extensión en hectáreas, número de entes singulares e inverso de la capacidad fiscal.

A continuación veremos cómo se determina en cada uno de los períodos de aplicación del Fondo tanto la "dotación global" como la "dotación parcial"⁶⁹ correspondiente a cada grupo de población. Finalmente en un mismo punto, pues no existe distinción entre períodos, haremos mención a las reglas de distribución para calcular la participación de cada municipio.

Período 2011-2014

Los artículos 4 a 7 se detienen en regular la dotación y distribución del Fondo para los ejercicios 2011-2014. Durante este período de cuatro años el Fondo incrementará su dotación global a razón de 60 millones de euros anuales, desde los 420 millones iniciales en el año 2011 hasta los 600 millones previstos para el año 2014.

Tabla 4. Dotación Fondo de participación. Ejercicios 2011 a 2014

| Ejercicio | Dotación del Fondo |
|-----------|--------------------|
| 2011 | 420.000.000 € |
| 2012 | 480.000.000 € |
| 2013 | 540.000.000 € |
| 2014 | 600.000.000 € |

FUENTE: Elaboración propia

Los artículos 6 y 7 son la piedra angular sobre la que pivota el conjunto de reglas para la distribución del Fondo. En ellos se contienen las reglas para la desagregación de la "dotación global" entre cada uno de los cuatro grupos de población (el primer paso para la concreción del importe correspondiente a cada municipio) para los ejercicios 2011-2014. El sistema utilizado, sin embargo, deja bastante que desear en cuanto a claridad y transparencia legislativa.

En primer lugar, en el artículo 6⁷⁰ se fijan, sin explicar de dónde proceden, las "dotaciones parciales"

para cada uno de los cuatro grupos de municipios, "exclusivamente" para el ejercicio 2011. Los criterios utilizados para esta distribución son totalmente oscuros, y solo a través de un ejercicio conjunto de interpretación sistemática y simulación matemática podemos deducir la fórmula utilizada para el cálculo de estos importes. ¿Cuál? Sencillamente la misma que se establece en el artículo siguiente, el 7, para los ejercicios 2012-2014. Tendremos que preguntar al legislador cuáles fueron los motivos para no indicar que la procedencia de los importes de la dotación parcial de cada grupo en 2011 era una mera extensión de la fórmula del artículo siguiente; o mejor aún, consultarle por qué sencillamente no se integraron en un solo artículo ambos preceptos. Separarlos, sin explicación de por medio, crea confusión respecto a la procedencia y fórmula de cálculo de los importes para el primer año de vigencia del Fondo.

Tal vez el objetivo era dejar fijado en el artículo 6 el volumen concreto que correspondía a cada grupo para el ejercicio 2011 y que en el artículo 7 quedara la fórmula para el cálculo en los ejercicios siguientes. Es una explicación plausible; sin embargo, por motivos de transparencia y seguridad se hubiera agradecido corregir esta deficiente técnica en la tramitación parlamentaria, como se ha hecho con otras, indicando que la fórmula de cálculo de las cifras de la dotación parcial para cada grupo en 2011 es la misma que la de los ejercicios siguientes.

Es normal que a estas alturas nos haya entrado curiosidad por conocer la tan citada fórmula, la que determinará el importe correspondiente a cada grupo de población, no solo en el período 2012-2014, sino en el propio año 2011. Tratando de huir de la densidad propia de cualquier texto legal que dificulta la extracción clara de los cálculos y operaciones, intentaremos simplificar la explicación del sistema de distribución entre los cuatro grupos de población mediante el siguiente esquema:

69. Los términos "dotación global" y "dotación parcial" no son propios del Proyecto de Ley, sino de RAMOS PRIETO, J., "Análisis del contenido del proyecto de ley de participación de las Entidades Locales...", *op. cit.* Los tomamos como referencia, pues facilitan la referencia a las subdivisiones del Fondo.

70. "La dotación global del Fondo señalada en el artículo 4.2 para el ejercicio 2011 se asignará de la siguiente manera:

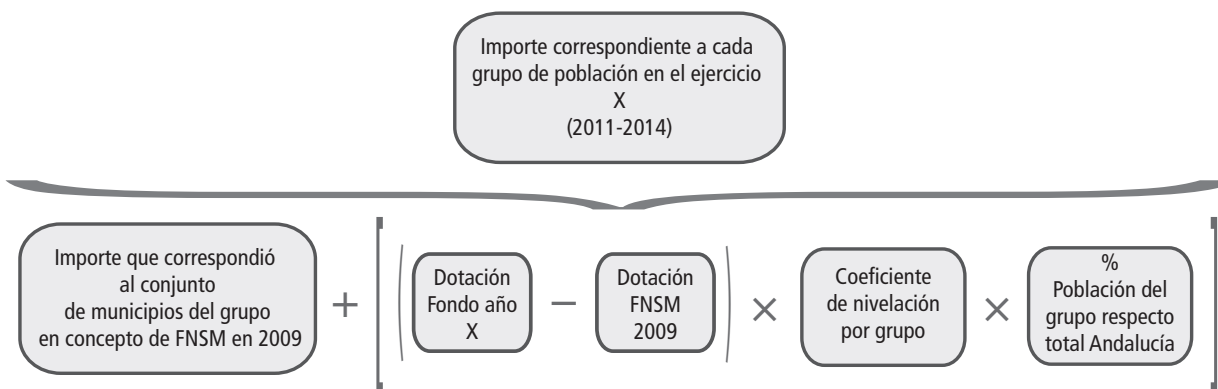
"a) Al conjunto de los municipios pertenecientes al grupo 1 se le asignará una dotación de 111.707.240,15 euros.

"b) Al conjunto de los municipios pertenecientes al grupo 2 se le asignará una dotación de 97.285.328,36 euros.

"c) Al conjunto de los municipios pertenecientes al grupo 3 se le asignará una dotación de 62.428.134,23 euros.

"d) Al conjunto de los municipios pertenecientes al grupo 4 se le asignará una dotación de 148.579.297,26 euros."

Gráfico 4. Distribución de la dotación global entre los cuatro grupos de municipios



FUENTE: Elaboración propia

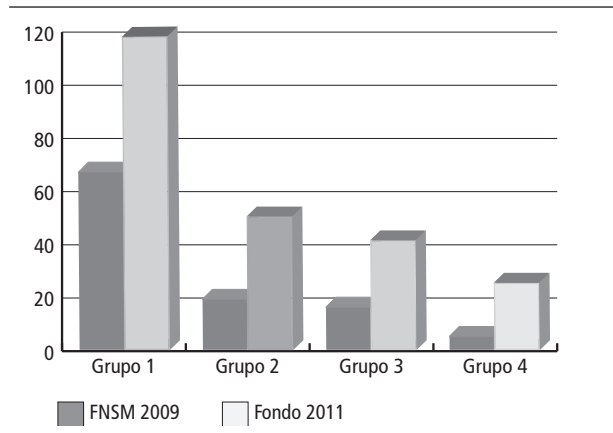
Puede parecer un esquema complicado, pero salvo el último parámetro, la población de cada grupo de municipios respecto al total de Andalucía, que se determinará anualmente conforme se determina en el artículo 10.4 b) de la Ley,⁷¹ el resto son valores conocidos o fácilmente obtenibles mediante la suma de los valores del anexo II.

Tras calcular por este sistema los importes de la “dotación parcial” para los grupos 2, 3 y 4 (de 5.000 a 19.999 habitantes, de 20.000 a 49.999 habitantes y de más de 50.000 respectivamente) la dotación para el grupo 1 (municipios de menos de 5.000 habitantes) se determina por simple diferencia respecto al total del Fondo.

En el cálculo de la cuantía asignada a cada grupo la Ley introduce un factor innovador, al que hemos denominado “coeficiente de nivelación”, y que vendría a perjudicar a los grupos de municipios de mayor población en favor de los menos poblados. Multiplicando la diferencia entre la dotación del Fondo en cada año y la del FNSM en 2009 (159 millones de euros) por un coeficiente inferior a 1 (0,9 para los municipios de más de 50.000 habitantes y 0,95 para los municipios entre 20.000 y 49.999) se consigue reducir el importe correspondiente a estos y así reforzar en teoría la vocación niveladora del Fondo que la exposición de motivos recogía.

Aun así, los “coeficientes de nivelación” no pueden maquillar el hecho de que los principales beneficiarios, en términos relativos respecto al anterior FNSM, de la futura puesta en marcha del Fondo de participación sean los grupos que integran los municipios de mayor población (a partir de 20.000 habitantes). El siguiente gráfico muestra el incremento en euros por habitante que cada grupo ha experimentado entre el FNSM de 2009,⁷² utilizado como referencia en el texto legal, y el futuro Fondo de participación, tal y como está previsto para el año 2011.

Gráfico 5. Euros por habitante en cada grupo de municipios



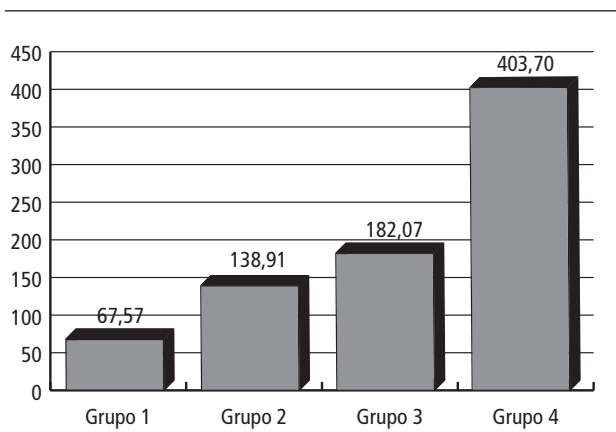
FUENTE: Elaboración propia a partir datos anexo II

71. Artículo 10.4:

“b) Población: cifras de población de cada municipio resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero y con efectos del 31 de diciembre de cada año, y declaradas oficiales mediante real decreto a propuesta del Instituto Nacional de Estadística.”

72. La distribución parcial de las transferencias a los ayuntamientos andaluces en concepto de FNSM para el año 2010, se ha regulado ya en una primera fase mediante Orden de 19 de marzo de 2010 publicada en el BOJA núm. 59 de 25 de marzo de 2010. La dotación global del FNSM se ha elevado de 159 a 200 millones de euros (un 25%) para este ejercicio, con lo que las transferencias a cada municipio en concreto se elevan en consonancia. Sin embargo, estos datos no se encuentran divididos por grupos de población tal y como encontramos los del FNSM de 2009 (aunque sin agregar) en el anexo II del Proyecto de Ley de participación. Por este motivo hemos tomado como referencia las cifras correspondientes a 2009 para nuestro análisis gráfico; de todas formas la visualización del incremento ostensible del grupo 4 (municipios de más de 50.000 habitantes) no se vería afectada.

Gráfico 6. Incremento en euros por habitante entre FNSM 2009 y Fondo de participación 2011



FUENTE: Elaboración propia

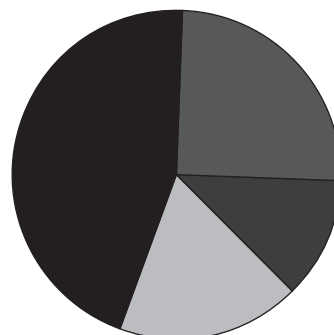
El mayor incremento se produce en el grupo 4, de más de un 400% (de apenas 7 €/habitante a más de 35 €). El grupo 1, aunque es el que más aumenta en valor absoluto (de 71,47 a 119,77 €), es el que menos lo hace en términos porcentuales. La vocación niveladora del Fondo de participación parece ser menos que la de su teórico predecesor, el FNSM.

Estos dos últimos gráficos refuerzan esta última afirmación. Los municipios de menor población pierden mucho peso relativo en el futuro Fondo de participación a favor del grupo 3 y principalmente del 4. A nuestro entender puede existir una explicación lógica: el FNSM tenía como destinatarios fundamentales los municipios de menor población, pues a ellos se dirigía su vocación de nivelar la calidad de los servicios municipales. Desde el momento en que la Ley 6/2010 reconoce su mayor rango de actuación, como verdadero instrumento de financiación de "todos" los municipios, la discriminación lógica del anterior FNSM contra los municipios de mayor población, a los que no se dirigía su cometido principal, ha de ser corregida.

La manera de equilibrar el nuevo Fondo de participación es distribuyendo entre los grupos el incremento en la dotación del Fondo respecto al anterior FNSM, conforme al criterio de la población, apenas matizado por los coeficientes de nivelación. Es lógico por tanto que el grupo 4, integrado por grandes municipios y todas las capitales de provincia andaluzas, acabe absorbiendo la mayor parte de este incremento; el incremento que teóricamente transforma el anterior FNSM, un mero instrumento de política local, en todo un sistema de PICA.

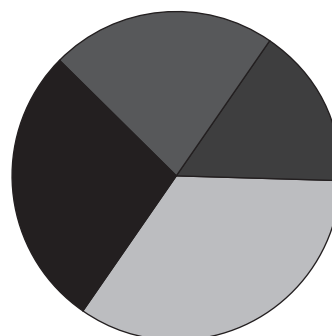
Gráfico 7. Porcentaje de cada grupo en FNSM (2009) y Fondo de participación (2011)

FNSM 2009



■ Grupo 1 ■ Grupo 2 ■ Grupo 3 ■ Grupo 4

Fondo de Participación 2011



■ Grupo 1 ■ Grupo 2 ■ Grupo 3 ■ Grupo 4

FUENTE: Elaboración propia a partir datos anexo II

Finalmente, el artículo 15 contempla la posibilidad de regularizar la dotación parcial de los distintos grupos de municipios en previsión de circunstancias que pudieran determinar cambios en su composición:

1. Modificación de la distribución inicial de municipios fijada en el anexo I de la Ley como consecuencia de la evolución de la población.
2. Alteraciones del término municipal, creación o supresión de algún municipio, ya sea por segregación, fusión o cualesquiera otras fórmulas contempladas en la Ley de régimen local de Andalucía, que produzcan una variación en la población de derecho de los nuevos términos municipales que implique una distribución diferente a la inicialmente contemplada en el citado anexo I.

Ejercicios 2015 y siguientes

El ejercicio 2015 es el punto de inflexión a partir del cual el texto legal vincula de forma directa la evo-

lución del Fondo al comportamiento de la recaudación tributaria de la Comunidad Autónoma.⁷³ Primero provisionalmente, y posteriormente de manera definitiva, se calculará tanto la dotación global del Fondo como la dotación parcial correspondiente a cada conjunto de municipios integrados en el mismo grupo de población.

La Ley 6/2010 introduce el concepto de ingresos tributarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía (ITA), como criterio para la actualización de los importes del Fondo a partir del año 2014.⁷⁴ Esta evolución es uno de los mejores indicadores posibles de la dinámica económica en la Comunidad. Una vez conocido el importe definitivo alcanzado por los ITA para cada uno de los ejercicios posteriores a 2014, se procederá a determinar la dotación global definitiva del Fondo y la dotación definitiva del Fondo correspondiente al conjunto de municipios pertenecientes a cada grupo, actualizando las dotaciones definitivas del ejercicio anterior con la variación definitiva experimentada por los ITA entre esos dos mismos ejercicios, en términos homogéneos.

El artículo 9 considera integrados los ITA por la recaudación líquida, entendida como la diferencia entre la recaudación bruta y las devoluciones y anulaciones, de las siguientes figuras tributarias:

- a) Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera.
- b) Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales.
- c) Impuesto sobre depósito de residuos radiactivos.
- d) Impuesto sobre depósito de residuos peligrosos.
- e) Impuesto sobre sucesiones y donaciones.
- f) Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.
- g) Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar.
- h) Impuesto especial sobre determinados medios de transporte.
- i) Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos.

73. Esta es una de las principales diferencias respecto al Anteproyecto, en que se anticipaba al ejercicio 2012 la conexión entre la evolución de la dotación del Fondo y la variación de los ITA. El motivo puede ser el de evitar que la caída de ingresos tributarios con motivo de la crisis económica en este y en próximos ejercicios acabara reduciendo, casi antes de nacer, la dotación prevista del Fondo.

74. Excepcionalmente y solo para el ejercicio 2015, la dotación global provisional del Fondo y la dotación provisional del Fondo correspondiente al conjunto de municipios pertenecientes a cada grupo, se obtendrán actualizando las dotaciones definitivas del ejercicio 2014, establecidas en el artículo 4.2, con la variación prevista para los ITA entre esos dos mismos ejercicios, en términos homogéneos. En adelante, sin embargo, se prevé que las dotaciones provisionales (global y parcial para cada grupo de municipios de un mismo estrato) se calculen mediante la actualización de las dotaciones provisionales del ejercicio anterior en función de la variación prevista para los denominados ITA entre esos dos ejercicios, medidos en términos homogéneos.

Una breve lectura permite apreciar la inclusión exclusivamente de los impuestos propios (los cuatro primeros) y de los cedidos totalmente por el Estado, sobre los que las comunidades autónomas tienen competencias normativas. En la valoración final del Fondo mostraremos nuestro malestar por la exclusión de los impuestos cedidos parcialmente por el Estado.

Destacamos finalmente que el sistema de actualización previsto en el artículo 15 en caso de alteración sobrevinida de la composición de los grupos, es también aplicable a partir del ejercicio 2014.

Los criterios de distribución. La concreción de la participación de cada municipio

Una vez determinada la dotación parcial que corresponde a cada uno de los cuatro grupos de población, el siguiente paso es determinar el importe de la participación que corresponde a cada municipio. Para este la Ley ha recurrido al uso de cuatro variables, tres indicativas de necesidades de gasto: población de derecho, superficie urbana y dispersión geográfica (número de entidades singulares que lo integran); y una de capacidad fiscal elaborada a partir del IBI (en sentido inverso por motivos niveladores).

Para los municipios con población inferior a 5.000 habitantes se añade un criterio adicional: el importe de las transferencias recibidas por cada municipio del citado grupo en concepto de FNSM en el ejercicio 2009. El artículo 10 concreta además que los criterios de necesidades de gasto quedan definidos en términos relativos respecto al total del conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.

Las unidades de medida y la fuente estadística de obtención de cada una de las variables se recogen en el punto 4 del propio artículo 10. Las ponderaciones α , β , γ y δ de las variables de necesidades de gasto y del inverso de la capacidad fiscal, se fijan en el punto 7 del mismo artículo:

Tabla 5. Variables de distribución del Fondo

| Variable | Unidad de medida | Fuente estadística* | Ponderación |
|-------------------|--|---|-----------------|
| FNSM | Importe resultante de la distribución del Fondo de nivelación de los servicios municipales correspondiente a cada municipio en el ejercicio 2009 | Orden de la Consejería de Gobernación de 3 de abril de 2009, y publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de fecha 16 de abril de 2009 | Sin ponderación |
| Población | Cifras de población de cada municipio resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero, y con efectos del 31 de diciembre | Real decreto correspondiente a propuesta del Instituto Nacional de Estadística | $\alpha=0,85$ |
| Superficie urbana | Número de hectáreas | Dirección General del Catastro del Ministerio de Economía y Hacienda | $\beta= 0,06$ |
| Dispersión | Número de entidades singulares | Instituto Nacional de Estadística | $\gamma=0,05$ |
| Capacidad fiscal | Indicador calculado al efecto** | Datos calculados por Consejería competente en materia de Hacienda, a partir de los datos municipales disponibles suministrados por el Ministerio de Economía y Hacienda | $\delta=0,04$ |

* Los valores de las variables para el año 2011 son los fijados en el anexo II; para los años siguientes se utilizarán los últimos disponibles a 30 de junio del ejercicio anterior a excepción del Fondo de nivelación, cuyos valores quedan referidos a 2009 para toda la vida del Fondo.

**Las cuotas líquidas estimadas del Impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana se calcularán, para cada municipio, como el resultado de aplicar un tipo medio a la base liquidable del Impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana del municipio, siendo dicho tipo medio el cociente entre las cuotas líquidas y las bases liquidables de naturaleza urbana para el conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del propio texto legal.

A nadie escapa el hecho de que la variable población es la de mayor peso a la hora de determinar la participación de cada municipio en el Fondo. La doctrina y la jurisprudencia reconocen que es la mejor para evaluar las necesidades financieras de los entes territoriales. Además en su favor hay que reconocer su transparencia y objetividad. La experiencia de los fondos constituidos en las distintas comunidades autónomas no hace sino refrendar esta realidad: la población es y debe ser el principal criterio para distribuir un sistema de participación en los tributos de otro ente, máxime cuando en la actualidad su cometido debiera superar los fines meramente niveladores con que fueron creados inicialmente.

Aunque pueda resultar contradictorio, ya que es la variable con menor ponderación, el inverso de la capacidad fiscal es la variable más compleja y la que, tal vez, pueda estar más sujeta a discusión por las distorsiones que puede generar. El artículo 10.3 la define así:

“La variable indicadora del inverso de la capacidad fiscal es el inverso de la cuota líquida estimada del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza urbana de cada municipio, en relación con la suma de los inversos de la cuota líquida del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza urbana del conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.”

La gran diferencia que puede existir entre los valores de esta variable en un mismo grupo, especialmente en el Grupo 1 (menos de 5.000 habitantes) por la existencia de municipios con población muy baja y de escaso tamaño, hace que se convierta en uno de las principales herramientas de nivelación del Fondo de participación.

Indudablemente, con todo sistema existen perjudicados. Sin entrar a valorar detenidamente el reparto por municipios, creemos oportuno llamar la atención sobre el posible efecto que el uso de la variable “población de derecho” como principal criterio de reparto puede tener sobre los municipios turísticos. Estos entes en determinadas épocas del año prestan servicio a poblaciones muy superiores que no quedan reflejadas en el censo. Además, aunque con menor importancia, el uso del IBI como único parámetro para determinar la capacidad fiscal, aunque lo creemos adecuado, puede crear distorsiones que perjudiquen a estos municipios, ya que su parque de segundas viviendas eleva mucho la recaudación por este Impuesto. La búsqueda de algún mecanismo de compensación o la configuración de un nuevo criterio de distribución *ad hoc* podría ser un buen sistema para adaptar el Fondo a la realidad de estos entes municipales.

Para el cálculo de la participación individualizada de cada municipio se fijan dos fórmulas diferenciadas con las ponderaciones que enunciamos anteriormente; una fórmula común para los grupos 2, 3 y 4 y otra propia para los municipios del grupo 1, para integrar así la variable del FNSM correspondiente al ejercicio 2009 que actúa como importe de base para el cálculo de su participación.

A partir del ejercicio 2015, por la vinculación de la dotación del Fondo a la evolución de los ITA se realizará una distribución provisional y una distribución definitiva de las participaciones municipales.

4.3.3. Aspectos formales de la gestión del Fondo

Los artículos 16 y 17 recogen el sistema de consignación presupuestaria y el método de puesta a disposición de los municipios de su participación en el Fondo.

En lo que respecta al primer aspecto, la Ley de presupuestos de la Comunidad ordena la creación de una sección presupuestaria independiente en que anualmente se consignarán los créditos correspondientes a la dotación global (provisional o definitiva) del Fondo de participación. La Consejería competente en materia de Hacienda será la encargada de la gestión de la sección presupuestaria citada.

La puesta a disposición del Fondo se realizará cada ejercicio mediante la entrega de la participación en cuatro entregas trimestrales. Para los ejercicios 2011-2014 se procederá a abonar directamente la participación definitiva. Del año 2015 en adelante, al introducirse el factor de la evolución de los ITA, se abonará a los municipios, con el mismo calendario de pagos trimestrales, el importe de su participación provisional. La liquidación definitiva correrá a cargo de la Consejería competente en materia de Hacienda, que la practicará por la diferencia entre el importe de la participación definitiva de cada municipio en el Fondo definitivo y el importe anual de las entregas a cuenta realizadas. En todo caso, para evitar retrasos, el propio texto legal fija que esta liquidación definitiva se debe practicar antes de que finalice el mes de octubre del ejercicio siguiente al de referencia. Si de la liquidación definitiva a algún municipio le resultara un saldo deudor, el importe se compensaría con las entregas a cuenta que le corresponderían en el ejercicio siguiente.

75. Artículo 2.Uno.g) LOFCA, y artículos 175.2.e), 183.1 y 5 y 219 del Estatuto andaluz.

4.3.4. El principio de lealtad institucional y la tutela financiera

El punto y final del cuerpo legal lo encontramos en el artículo 19, en que se amplía al ámbito de las relaciones entre Hacienda autonómica y local el principio de lealtad institucional, ya reconocido a distinto nivel entre la Hacienda estatal y la autonómica, tanto en la LOFCA como en los estatutos de autonomía, entre ellos el de Andalucía.⁷⁵ En este caso el principio impone una doble obligación valorativa a la Administración de la Junta de Andalucía:

- Valorar el impacto que las modificaciones del marco normativo de la Comunidad Autónoma de Andalucía puedan tener sobre la dotación del Fondo de participación.
- Valorar la necesidad de compensar a los municipios si, como consecuencia de modificaciones normativas llevadas a cabo, se considera que los mismos no gozan de los suficientes recursos para hacer frente a las obligaciones legales que la normativa autonómica les atribuye (principalmente la futura Ley de autonomía local).

Para finalizar, el texto legal recoge en las disposiciones adicionales tercera y cuarta el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de haciendas locales, la tutela financiera y los programas de colaboración financiera. Con buen criterio se han excluido del articulado por no ser materia propiamente de este texto normativo.

4.4. ¿Configura la Ley 6/2010 un verdadero sistema de participación en tributos?

Tras realizar la presentación del contenido del texto legal es momento de evaluar si, conforme a las características que hemos venido exigiendo a los sistemas de participación en los tributos de otro ente, la Ley 6/2010 está a la altura de las circunstancias tanto desde un punto de vista cualitativo (cumple los parámetros exigibles a un sistema de participación) como material (su volumen configura realmente un instrumento de financiación acorde al precepto constitucional). Conscientes de la imposibilidad de ofrecer una respuesta monosílaba a esta cuestión, intentaremos, al menos, completar el abanico de herramientas para emitir un juicio completo y objetivo de la realidad del texto legal andaluz. Una vez intentado, que cada cual

decida si encumbrarlo o no como modelo de referencia para otros entes autonómicos.

4.4.1. Carácter incondicionado

La Ley, en su artículo 2.3, adopta el modelo de transferencias incondicionadas que el artículo 192 del Estatuto de Autonomía andaluz exige, en la misma línea que otros textos estatutarios.⁷⁶ Posiblemente esta sea una de las principales reivindicaciones municipales en este campo. A pesar de la comentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que faculta a las comunidades autónomas para afectar la financiación a fines concretos, la redacción estatutaria sin duda ha contribuido a reforzar la tendencia positiva en la desafectación de las transferencias en los últimos años. Esta batalla parece ganada. Cuestión distinta es si el importe de estos fondos incondicionados es suficiente, tanto en sí mismos, como en comparación con el volumen de los programas de transferencias finalistas. Sobre ese punto opinaremos posteriormente.

4.4.2. Estabilidad en su aplicación y seguridad en la obtención de ingresos

Hasta la entrada en vigor del Fondo de la Ley andaluza de participación, prevista para el año 2011, la fijación de los importes del FNSM, precedente directo del futuro sistema de participación, se realizaba con carácter anual en las respectivas leyes de presupuestos. Aunque, como vimos en cuadros anteriores (véase Tabla 3), su volumen ha ido aumentando, su fijación discrecional impedía a los entes locales realizar previsiones adecuadas de los recursos de que dispondrían, generando una inseguridad innecesaria. La fijación en el artículo 4 de la dotación global del Fondo para los ejercicios 2011-2014 aporta estabilidad en la cuantía y en el horizonte temporal de aplicación del Fondo, lo que permitirá a las entidades locales estimar sus ingresos y gastos con una visión plurianual.

Esta disposición además se complementa con la cláusula de garantía del artículo 14, que impide que ningún municipio perciba en 2011 un importe inferior al recibido en concepto de FNSM en 2009. Este precepto, sin embargo, es más una declaración política que una regla operativa. Si combinamos la fórmula empleada para la distribución (véase Gráfico 4) con el incremento de la dotación del Fondo de participación para el año 2011 (420 millones de euros) con respecto a los recursos del FNSM en el año 2009 (159 millones de euros), la posibilidad de recurrir a la cláusula de garantía parece bastante improbable, por no decir matemáticamente imposible.⁷⁷

4.4.3. Evolución

A partir de 2014 entra en juego otro de los elementos que, con excepción de Galicia, ningún otro de los fondos constituidos anteriormente por las comunidades autónomas explicitaba: la existencia de fórmulas de evolución que, además de excluir la fijación discrecional del importe del Fondo con carácter anual, conecte el importe de la participación a variables económicas que permitan avanzar en la vinculación a la recaudación fiscal. La Ley 6/2010 colma las expectativas en este sentido, al establecer los ITA como variable para esta actualización.

A pesar de considerar positiva esta vinculación, creemos, como apuntamos anteriormente, que se podría formular una crítica respecto a los elementos que configuran los ITA: los tributos propios de la Comunidad Autónoma y los cedidos totalmente por el Estado.⁷⁸ Ni rastro de los impuestos cedidos parcialmente por el Estado, con un peso clave en las arcas autonómicas, máxime tras la aprobación del nuevo sistema de financiación autonómico que eleva la cesión en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas al 50%, en el Impuesto sobre el valor añadido también al 50%, y en los impuestos especiales de fabricación armonizados hasta el 58%. Además de que existen pocos impuestos cuya recaudación esté más estrechamente ligada a

76. Artículo 219.1 Estatuto de Cataluña (Ley orgánica 6/2006), artículo 75.9 Estatuto de las Islas Baleares (Ley orgánica 1/2007) y artículo 114.4 Estatuto de Aragón (Ley orgánica 5/2007). Por el contrario, las reformas estatutarias de la Comunidad Valenciana (Ley orgánica 1/2006) y Castilla y León (Ley orgánica 14/2007) no hacen mención alguna al carácter incondicionado de los recursos que se transfieren.

77. De hecho, ni uno solo de los municipios se acoge a esta cláusula de garantía, pues obviamente todos tienen planeado recibir en concepto de Fondo de participación para el año 2011 cuantías superiores a las recibidas en 2009 por el Fondo para la nivelación de los servicios municipales.

78. El gravamen del Impuesto sobre el patrimonio, tributo que estaba totalmente cedido a las comunidades autónomas, se suprimió a partir del 1 de enero de 2008 por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre. Es lógico por tanto que no aparezca en esta relación aunque se mantenga vigente ya que su recaudación es cero.

la evolución económica, su exclusión, si bien no tiene relevancia inicialmente a efectos cuantitativos,⁷⁹ sí parece excluirlos del juego del régimen de participación.

Aunque puede parecer una afirmación vacía, la aceptación de que los tributos parcialmente cedidos no se encuadran dentro del concepto “tributos de las Comunidades Autónomas” justificaría por qué los incrementos recientes o futuros de estos porcentajes de cesión y por tanto de la financiación autonómica no han ido de la mano de un mayor esfuerzo proporcional de los entes autonómicos en favor de las haciendas locales. Además, el descenso en picado de la recaudación de estos impuestos, dada la coyuntura económica actual, permitiría en caso de producirse la esperada recuperación, que la vinculación a estos en los próximos años disparara en un futuro la dotación del Fondo andaluz de participación.

4.4.4. Participación en tributos, no en ingresos

Partiendo del análisis de los criterios de evolución en el punto anterior ya podemos responder a este interrogante. Aunque no se opta por la cesión directa de la recaudación de determinadas figuras tributarias en concreto, la constitución de un Fondo cuya evolución está vinculada a la recaudación líquida de una serie de tributos autonómicos (ya hemos expresado nuestro deseo de que se extendiera a los parcialmente cedidos) muestra a las claras la intención de establecer, al menos a priori, un sistema de participación en tributos y no simplemente en ingresos.

4.4.5. Conclusión

Tras el análisis detallado del texto de la Ley 6/2010, consideramos que cuatro de los pilares fundamentales de un sistema de participación tienen su reflejo en el texto legal. Existen, por tanto, argumentos para ser optimistas a la hora de considerar el modelo propuesto un verdadero sistema de participación con raíz directa en el artículo 142 de la Constitución.

Se ha garantizado el carácter incondicionado de los recursos, se dota de estabilidad y seguridad a la evolución del Fondo y parece concretarse una verdadera participación en tributos. El primer examen de los aspectos más cualitativos ha sido superado, con nota.

4.5. Elemento cuantitativo: la dotación del Fondo

Ha llegado el momento de valorar si la estructura del Fondo (que, como ya hemos visto, se adapta a un verdadero sistema de participación en tributos) va de la mano de un volumen de recursos acorde a sus objetivos.

4.5.1. Evolución respecto a su antecedente inmediato

El artículo 4 del texto legal se ocupa de la dotación del Fondo, que, como ya mostramos en un cuadro anterior, se prevé evolucione de 420 millones de euros en el año 2011 hasta 600 millones en el año 2014, con incrementos anuales de 60 millones. Lo primero que hay que decir es que viene a sustituir en la práctica al ya ampliamente mencionado FNSM, cuyo último año de vigencia es el actual 2010, en que su dotación es de 200 millones de euros. Cualquier valoración de la dotación del futuro Fondo debería partir, por tanto, de la evolución e importe del anterior FNSM, pues, con la aprobación de la Ley 6/2010, sus recursos y objetivos quedarían subsumidos en el nuevo Fondo de participación.⁸⁰

Partiendo de esta premisa vamos a analizar la evolución del FNSM en dos horizontes temporales: a corto plazo, en los últimos 3 años, y a medio plazo, desde 2004 en que se produjo su última gran reforma. Con estos datos podremos hacernos una idea de si el incremento de recursos que la Ley plantea para el Fondo de participación sobrepasa o no la hipotética evolución del anterior FNSM, si siguiera vigente.

79. Los ITA tienen como fin determinar la evolución del Fondo, la inclusión de nuevas figuras no elevaría la dotación del Fondo, pero sí las vincularía a su evolución. Excluyéndolas de la consideración de ITA se manda el mensaje de que son campo vedado a las entidades locales.

80. LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación local y participaciones...*, op. cit., p. 177-178, cuestionan si el desarrollo de las nuevas participaciones provocará la desaparición de los actuales fondos de cooperación local. En su opinión: “no debería suceder tal cosa, pues esas transferencias autonómicas financian la prestación de determinados servicios o sirven como vehículo de concretas políticas de gasto (de ahí su carácter finalista en la mayor parte de los casos), mientras que por el cauce de las participaciones en tributos deberían llegar a las Haciendas locales transferencias no condicionadas para la cobertura de gastos generales, es decir, para la garantía de la suficiencia financiera del artículo 142 de la Constitución”. Tomando como base el argumento de estos autores, creemos que en el caso andaluz la desaparición del FNSM podría estar en este sentido justificada, ya que tiene carácter incondicionado.

Tabla 6. Importe FNSM. Ejercicios 2008 a 2010

| Año | Importe | |
|-------------|------------------|----------|
| 2008 | 127.200.000,00 € | |
| 2009 | 159.000.000,00 € | |
| 2010 | 200.000.000,00 € | |
| | Total | Promedio |
| Crecimiento | 57,23% | 25,39% |

FUENTE: Elaboración propia

Con estas tasas de crecimiento, tomando como referencia un 25% de crecimiento para redondear las cifras, podemos estimar la evolución hipotética del vo-

Tabla 7. Importe FNSM. Ejercicios 2004 a 2010

| Año | Importe | |
|-------------|------------------|----------|
| 2004 | 40.229.101 € | |
| 2005 | 80.229.101 € | |
| 2006 | 119.999.999,12 € | |
| 2007 | 145.000.000 € | |
| 2008 | 127.200.000 € | |
| 2009 | 159.000.000 € | |
| 2010 | 200.000.000 € | |
| | Total | Promedio |
| Crecimiento | 397,15% | 25,75% |

FUENTE: Elaboración propia

lumen de recursos para los años 2011-2014 y compararla a su vez con la prevista en el articulado de la Ley 6/2010.

Tabla 8. Comparación evolución hipotética del FNSM con el Fondo de participación. Ejercicios 2011 a 2014

| Año | Estimación FNSM | Fondo de participación | Diferencia entre ambos | % diferencia |
|------|-----------------|------------------------|------------------------|--------------|
| 2011 | 250.000.000 | 420.000.000 | -170.000.000 | -40,48% |
| 2012 | 312.500.000 | 480.000.000 | -167.500.000 | -34,90% |
| 2013 | 390.625.000 | 540.000.000 | -149.375.000 | -27,66% |
| 2014 | 488.281.250 | 600.000.000 | -111.718.750 | -18,72% |

FUENTE: Elaboración propia a partir de simulación FNSM con crecimiento constante del 25%.

Como último apunte, dejaremos constancia de las tasas de crecimiento que el Fondo de participación tendrá en los ejercicios subsiguientes al año de constitución, es decir desde 2011 a 2014 (de 2015 en adelante ya hemos indicado que se vinculará a la evolución de los ingresos tributarios de la Junta de Andalucía tal y como fija el artículo 9).

Tabla 9. Crecimiento del Fondo de participación. Ejercicios 2011 a 2014

| Ejercicio | Dotación del Fondo | Tasa crecimiento anual |
|-----------|------------------------|------------------------|
| 2011 | 420.000.000 € | |
| 2012 | 480.000.000 € | 14,29% |
| 2013 | 540.000.000 € | 12,50% |
| 2014 | 600.000.000 € | 11,11% |
| | Tasa crecimiento medio | 12,62% |

FUENTE: Elaboración propia

De este breve análisis podemos extraer varias conclusiones:

- La evolución del Fondo preexistente ya venía marcando un crecimiento de los recursos continuo y sostenido tanto en el medio como en el largo plazo, alrededor de un 25%.

- Si la evolución del Fondo hubiera continuado por una senda similar de crecimiento, el volumen pronosticado de recursos habría sido inferior al previsto en el recientemente aprobado texto legal.

- Las diferencias radicarían fundamentalmente en el incremento de la dotación realizado para 2011, en el que casi se dobla la dotación de 2010 del anterior Fondo.

- Sin embargo, progresivamente se irían reduciendo las diferencias, ya que el índice de crecimiento de la dotación del Fondo de participación entre los años 2011-2014 es apenas la mitad (12,62%) del crecimiento medio del FNSM en los dos horizontes temporales estudiados, a tres y ocho años (25,39% y 25,75% respectivamente).

• De todo ello se deduce que tras el esfuerzo inicial de constituir un Fondo con un mayor volumen de recursos, la lenta evolución que se prevé para los primeros años de vida del Fondo puede responder a un intento de adaptarlo progresivamente a un ritmo de crecimiento menor, acorde al que tendrá conforme a los criterios del texto legal a partir de 2015.

4.5.2. Dotación respecto a la participación en tributos del Estado

Otro punto de reflexión necesario para valorar la dotación del Fondo de participación es su comparación con la participación en tributos del Estado (PIE), que el artículo 142 CE contempla en paralelo con la PICA. Anteriormente, ya expusimos brevemente la normativa y volumen de la PIE a nivel estatal; ahora nos interesa comparar las transferencias que destina a las entidades locales andaluzas con el esfuerzo en el mismo sentido realizado por la Comunidad Autónoma andaluza.

Un aspecto determinante es que la PIE va destinada casi en igual proporción a los municipios que a las diputaciones provinciales (60%-40% aproximadamen-

te), mientras que tal y como se configuran el Fondo de participación y el anterior FNSM, las provincias quedan absolutamente relegadas de sus transferencias. Aunque el "olvido" de las diputaciones provinciales lo analizaremos posteriormente en un apartado específico, debemos tenerlo presente a la hora de comparar los recursos que la PIE y la PICA destinan a los entes locales; así hemos querido hacerlo en el siguiente cuadro que abarca el período 2006-2014, excluyendo en una columna la PIE con destino a los entes provinciales.

Queremos advertir antes de pasar a la lectura del cuadro que las cifras de la PIE, para los ejercicios 2011 en adelante, no se encuentran disponibles. Aun así hemos intentado estimar su evolución tomando como válida la recuperación de la actual crisis prevista para los próximos años. Debido principalmente a la caída de los ingresos en su modalidad de cesión, en el año 2010 las previsiones iniciales de la PIE se han visto recortadas en casi un 20% a nivel estatal. En este contexto de caída de la PIE, puede que la posición de la PICA se refuerce en términos relativos ya que, al menos en Andalucía, con la fijación de la dotación global hasta el año 2014, los entes locales tienen garantizado un concreto volumen de recursos.

Tabla 10. Comparación de la PIE para el conjunto de Andalucía con el FNSM y el Fondo de participación. Ejercicios 2006 a 2014

| Año | FNSM | PIE Andalucía mill. € | | | % Fondo autonómico / PIE total | % Fondo autonómico / PIE municipios |
|------|--------------------|-----------------------|--------------------|----------------------|--------------------------------|-------------------------------------|
| | | Municip. | Dip. Prov. | TOT. | | |
| 2006 | 120 ⁽¹⁾ | 1.236,7 | 779,9 | 2.016,6 | 5,95% | 9,70% |
| 2007 | 145 ⁽¹⁾ | 1.319,5 | 832,2 | 2.151,7 | 6,74% | 10,99% |
| 2008 | 127,2 | 1.407,9 | 888 | 2.295,9 | 5,54% | 9,03% |
| 2009 | 159 | 1.457,2 | 919 | 2.376,2 | 6,69% | 10,91% |
| 2010 | 200 | 1.200 ⁽²⁾ | 750 ⁽²⁾ | 1.950 ⁽²⁾ | 10,31% | 16,67% |

| Año | Fondo participación | Estimación PIE Andalucía mil € ⁽³⁾ | % Fondo participación / PIE total |
|------|---------------------|---|-----------------------------------|
| 2011 | 420 | 2.048,79 | 20,50% |
| 2012 | 480 | 2.152,58 | 22,30% |
| 2013 | 540 | 2.261,63 | 23,88% |
| 2014 | 600 | 2.376,2 | 25,25% |

(1) Del volumen de recursos de 2006, 30.143.406 euros corresponden a la dotación adicional regulada en la Orden de la Consejería de Gobernación de 10 de noviembre de 2006. Del volumen de recursos de 2007, 25.000.000 de euros corresponden a la dotación adicional regulada en la Orden de la Consejería de Gobernación de 11 de diciembre de 2007.

(2) Estimación del importe correspondiente a Andalucía, teniendo en cuenta la reducción de un 18,25 % en la PIE a nivel global del Estado entre el ejercicio 2010 y el de 2009 (de 14.540.169,73 millones a 11.886.918,15).

(3) Carecemos de datos concretos sobre la posible evolución de la PIE en los años próximos. Tomando como referencia algunas estimaciones que datan la recuperación al estado anterior a la crisis en el año 2013 y teniendo en cuenta a su vez la utilización de los datos del año anterior para el cálculo de la PIE, hemos considerado un crecimiento sostenido de la PIE hasta el año 2014 desde su volumen actual hasta alcanzar las cifras de 2009. El crecimiento medio sería del 5,07%.

FUENTE: Elaboración propia

Los aspectos cuantitativos de la comparación entre la participación en tributos del Estado recibida por los entes locales andaluces y el esfuerzo paralelo realizado por la Comunidad Autónoma, nos permiten también exponer algunas reflexiones:

- La participación en ingresos del Estado es una fuente estable de ingresos para los entes locales que había crecido a un ritmo constante durante los últimos años, en paralelo al crecimiento de la actividad económica. Su caída reciente, que se prevé tarde unos años en recuperarse, se ha debido fundamentalmente al descenso de la recaudación de las figuras tributarias parcialmente cedidas a los municipios de más de 75.000 habitantes.

- Cualquier comparación con la PIE debe tener en cuenta los recursos destinados a las provincias. Pretender comparar exclusivamente las transferencias recibidas por los municipios excluyendo el hecho de que la PIE destina a las diputaciones provinciales más de un tercio de sus recursos podría aportar una visión sesgada. En consecuencia, consideramos más importante la primera comparación, la realizada respecto al total de la PIE.

- La entrada en vigor de la Ley 6/2010 supone un importante avance comparativo en el volumen de recursos dotado por la Comunidad Autónoma andaluza en comparación con el Estado. Las cifras respecto a la PIE total pasarán de rondar el 6% hasta valores que, dentro de las estimaciones, rondarán entre el 20 y el 25%.

- Invocando el dato comentado anteriormente de que en el año 2008 a nivel de todo el Estado la dotación de los distintos fondos autonómicos en que participaban las entidades locales apenas alcanzaba el 8% del volumen de la PIE, podemos asegurar que hasta esa fecha, Andalucía se encontraba dentro de la media española a la hora de escatimar esfuerzos a favor de las entidades locales. Esperamos que otras comunidades imiten el paso adelante que supone este texto legal.

- La caída de la PIE en el año 2010 y siguientes es un sesgo que no debemos olvidar en su comparación con la fijación, por adelantado, del volumen del Fondo de participación. Su crecimiento sostenido durante los primeros cuatro años puede crear un falso espejismo de convergencia a medio plazo, sin embargo este se corta a partir de 2014.

- Tal y como están planteadas la evolución del Fondo de participación (vinculación a los ITA) y la propia estructura de la PIE, sus evoluciones van a ser prácticamente

paralelas. A nuestro entender, su significado es claro: el legislador andaluz se conforma con perpetuar un esfuerzo a todas luces inferior al realizado por el Estado (entre el 20 y el 25%). El salto producido en el ejercicio 2011 y la evolución continua de los próximos cuatro años tienen fecha de caducidad. La creciente implicación en la causa local no debe cegarnos, la Comunidad Autónoma andaluza se conforma con servir de aperitivo a la financiación estatal. En su papel de referente para el resto de comunidades autónomas, debería dar un paso al frente e intentar plantear en el medio plazo, si no la equiparación, al menos un progresivo y continuo avance de esta fuente de financiación frente a la PIE.

4.5.3. Las comunidades autónomas no incrementan su compromiso en la misma línea que el Estado con ellas

Tal vez el último inciso de la conclusión anterior pueda parecer exacerbado, pero el propio Tribunal Constitucional reconoce con claridad que, aunque las comunidades autónomas carezcan de competencia específica para desarrollar los principios constitucionales de solidaridad e igualdad material, "sí pueden e incluso deben, por mandato constitucional, estatutario y legal, atender a la realización de tales principios en el ejercicio de sus competencias propias."⁸¹

Estos pronunciamientos tan laxos se realizaron dentro del contexto del inicio de la conformación del Estado de las autonomías, momento en que la sostenibilidad financiera de los nuevos entes autonómicos comenzaba a tejerse, siendo por tanto comprensible que no se cargara en las jóvenes espaldas autonómicas el peso de la suficiencia financiera local. El caso es que el tiempo ha ido pasando y tras la última reforma de la LOFCA las comunidades autónomas han consolidado definitivamente su financiación, recibiendo en concepto de cesión porcentajes del 50% en IRPF e IVA, y hasta del 58% en impuestos especiales; confirmándose así como un agente con ingresos al mismo nivel que el Estado.

La ya comentada distribución del gasto mediante la fórmula 50-25-25 (Estado, comunidades autónomas y entidades locales) está superada por la fuerza de los hechos, y si existe una parte beneficiada estas han sido las comunidades autónomas. En los últimos meses, se ha perdido una fantástica oportunidad para, a raíz

81. Sentencias 150/1990, de 4 de octubre, FJ 11º, y 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 3º.B.

de la reforma de la LOFCA, incorporar a las entidades locales a los mecanismos bilaterales de financiación Estado-CCAA. Por ejemplo, tal y como ha apuntado parte de la doctrina, se podría haber condicionado la cesión tributaria hasta los porcentajes actuales, a que las comunidades autónomas hubieran fijado imperativamente mecanismos de participación de las entidades locales en sus tributos, mediante la constitución de fondos o la cesión directa de un porcentaje de los nuevos recursos recibidos.⁸²

No obstante, bien es cierto que los estatutos de autonomía han comenzado a incorporar la creación de sistemas de transferencias incondicionados a favor de las entidades locales que, tal y como hemos visto en el caso de Andalucía, parecen ir en la senda de un verdadero sistema de participación. Por desgracia, a pesar de prestar atención a aspectos como el carácter incondicionado de los fondos o el objetivo nivelador de los mismos, un punto fundamental como el de la dotación se ha dejado al albur del legislador autonómico, sin que se haya impuesto ninguna cortapisa a su discrecionalidad. Fruto de esta libertad es el texto legal que analizamos. Si bien incrementa considerablemente los recursos destinados a las entidades locales, huye de plantear un verdadero sistema de corresponsabilidad con el Estado en la financiación local y perpetúa a un se-

gundo plano el papel de las comunidades autónomas en este campo.

La descentralización del Estado ha sido asimétrica; las comunidades autónomas han reforzado exponencialmente su papel competencial y financiero, mientras que las entidades locales se han tenido que conformar con una limitada capacidad fiscal. Además, las comunidades autónomas han sabido explotar su limitada imputación propia para nutrirse de cesiones de impuestos estatales. Visto el papel protagonista que estas juegan en el actual sistema territorial es de lamentar que asuman solo formalmente los postulados de la causa local, sin comprometer en su favor un volumen de recursos a la altura de la financiación que reciben.

Una forma de solucionar este desequilibrio sería dando cumplimiento a algunas de las reivindicaciones municipales. Entre ellas se encuentra la de garantizar una dotación para los distintos fondos autonómicos de participación que alcance un porcentaje fijo sobre los capítulos 1, 2 y 3 de ingresos de las comunidades autónomas, véase impuestos directos, impuestos indirectos y tasas y otros ingresos, respectivamente.

Sirva de botón de muestra el siguiente cuadro, en que se muestran los porcentajes aproximados de cuánto representa su cuantía anual en Andalucía respecto a las previsiones presupuestarias de ingresos por los capítulos 1 a 3.

Tabla 11. Peso relativo del Fondo para la nivelación de servicios municipales (FNSM) en los ingresos previstos de la Junta de Andalucía (capítulos 1, 2 y 3). Ejercicios 2003 a 2010

| Ejercicio | Capítulo 1 Impuestos directos | Capítulo 2 Impuestos indirectos | Capítulo 3 Tasas y otros ingresos | Total capítulos 1, 2 y 3 | FNSM Peso relativo |
|-----------|----------------------------------|------------------------------------|--------------------------------------|-----------------------------|-----------------------|
| 2003 | 1.819.842.488 € | 5.583.576.394 € | 411.675.728 € | 7.815.094.610 € | 0,47% |
| 2004 | 2.050.885.760 € | 5.966.740.821 € | 468.867.058 € | 8.486.493.639 € | 0,47% |
| 2005 | 2.388.746.237 € | 6.701.463.423 € | 498.273.597 € | 9.588.483.257 € | 0,84% |
| 2006 | 2.881.428.433 € | 7.519.912.457 € | 489.530.258 € | 10.890.871.148 € | 1,10% |
| 2007 | 3.393.620.491 € | 8.440.747.251 € | 522.559.137 € | 12.356.926.879 € | 1,17% |
| 2008 | 4.019.451.381 € | 9.098.528.728 € | 553.477.488 € | 13.671.457.597 € | 0,93% |
| 2009 | 4.732.450.210 € | 7.214.812.875 € | 606.270.704 € | 12.553.533.789 € | 1,27% |
| 2010 | 3.567.359.169 € | 5.744.870.286 € | 760.688.174 € | 10.072.917.629 € | 1,99% |

FUENTE: RAMOS PRIETO, J., "Análisis del contenido del proyecto de ley de participación de las Entidades Locales...", *op. cit.*, a partir del estado de gastos e ingresos de las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2003 a 2010, y órdenes reguladoras de estas transferencias aprobadas para cada ejercicio por la Consejería de Gobernación.

82. LASARTE ÁLVAREZ, J. y RAMOS PRIETO J., en *Financiación local y participaciones en tributos autonómicos...*, *op. cit.*, p. 187-188.

El Fondo de participación elevará los porcentajes hasta cifras que rondarían el 5% sobre el total de ingresos de los capítulos 1, 2 y 3 de Andalucía. Es posible que en otro contexto político y económico se pudieran considerar aceptables. En nuestra opinión, a día de hoy, no. Las comunidades autónomas han exprimido la financiación estatal y, sin embargo, no han correspondido incrementando su responsabilidad en aspectos como la financiación local.

Con las actuales cuotas de cesión, creemos que la suficiencia financiera de los entes locales es, cada vez más, cosa de dos. Esta nueva concepción puede venir impuesta por pronunciamientos jurisprudenciales que, adaptándose al cambio de circunstancias respecto a sus primeras resoluciones sobre la materia, impongan una visión más amplia del concepto de la que deban de participar las comunidades autónomas; o a través del compromiso colectivo de los propios entes autonómicos que, en respuesta a su posición financiera e institucional, asuman la responsabilidad que a nuestro entender les corresponde.

4.5.4. Una posible alternativa: cambiar de perspectiva

Sin afán de menospreciar el esfuerzo realizado por la Comunidad Autónoma andaluza para incrementar los fondos incondicionados con destino a los entes locales, plasmado en un incremento de más del 200% entre los recursos previstos para 2010 en concepto de FNSM y la dotación del Fondo de participación para 2011, creemos que aún existe capacidad de maniobra para avanzar en la senda de la autonomía local. En la mayoría de las comunidades autónomas, el esfuerzo financiero a favor de los entes locales no se concentra exclusivamente en los distintos fondos de carácter más o menos incondicionado que citamos anteriormente, sino que existen programas y planes de mayor envergadura, aunque generalmente de carácter condicionado.

El caso de Andalucía no es una excepción. El Plan de cooperación municipal aglutina múltiples programas de transferencias y subvenciones con destino a los entes locales (de nuevo fundamentalmente municipios tal y como reza su nombre) en concepto de cooperación económica para el desarrollo y gestión de actividades que estén bajo la competencia de los mismos. Como ya resaltamos en un punto anterior, su volumen ha crecido sostenidamente desde su creación por el Decreto

51/1989, y en el ejercicio 2010 asciende a 1.447,8 millones de euros.

El FNSM, tan comentado en puntos anteriores, está integrado dentro de este Plan de cooperación municipal bajo el paraguas de la Consejería de Gobernación dentro de su programa de transferencias para la nivelación de servicios municipales, sin duda el más ambicioso de todos los que alberga en su seno.

En nuestra opinión, debe quedar claro que la Ley 6/2010 que configura la participación en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y concretamente el Fondo que constituye, supera el ámbito del FNSM; deja de ser una mera partida de la Consejería de Gobernación con la finalidad de nivelar los servicios municipales y se convierte en una fuente de financiación de naturaleza constitucional. De esta afirmación que realizamos se derivan a nuestro entender dos importantes consecuencias.

La primera es que, aunque sea el innegable punto de partida, no podemos utilizar como única base de comparación para evaluar el recientemente aprobado texto legal el anterior FNSM. Su ámbito de actuación no es el mismo, su regulación, mediante Ley, y su raíz constitucional y estatutaria, superan con creces la naturaleza de una simple (aunque ambiciosa) partida presupuestaria de una Consejería para un cometido concreto, la nivelación de los servicios municipales. Nosotros hemos sido los primeros en utilizar el FNSM como herramienta de referencia en el análisis del Fondo de participación; no es un error, pues el propio texto no huye de señalarlo como referente, sin embargo, "no son lo mismo" y por tanto el compromiso presupuestario tampoco debe serlo. Por esta razón, duplicar el volumen de recursos no nos parece suficiente; ni tampoco creemos que el crecimiento previsto para los próximos años corrija esta situación y lo coloque a la altura exigible a su ambiciosa *ratio legis*.

En segundo lugar, para ser coherentes con la insistencia con que a lo largo de este trabajo hemos defendido la importancia del sistema de participación en tributos de la Comunidad Autónoma, debemos buscar un referente con un nivel de ambición económica e institucional mayor. Creemos que no hay que irse muy lejos. El verdadero referente dentro de la Comunidad Autónoma andaluza, en cuanto a objetivos y volumen de recursos, es el Plan de cooperación municipal. Este debería ser, en nuestra opinión, el nivel al que deberíamos evaluar el futuro Fondo de participación. La principal diferencia es que mientras que el Plan está

integrado esencialmente por partidas condicionadas, la Ley 6/2010 configura un Fondo de participación con recursos incondicionados.

A este nivel de comparación, si el esfuerzo a favor de los entes locales apenas puede incrementarse con carácter global por motivos de equilibrio presupuestario (sumando Plan de cooperación y Fondo de participación, ahora escindido de este), tal vez la solución sería, si creemos en la férrea declaración de intenciones de la exposición de motivos del texto legal, transferir recursos condicionados del Plan de cooperación al Fondo de participación. Con ello, reforzaríamos la autonomía local en la toma de decisiones, evitaríamos la dependencia económica y dotaríamos de verdadera relevancia a un Fondo de participación que no debe ser mero heredero del FNSM. Todo ello sin disparar las partidas presupuestarias destinadas a las entidades locales.

4.6. El tratamiento de las diputaciones provinciales en la Ley 6/2010

4.6.1. Las provincias, entes locales necesarios

Nuestra Constitución incluye las provincias dentro de la organización territorial del Estado como entes locales. Dicho reconocimiento se plasma en los artículos 137 y 141 del texto constitucional. En el primero, se define la organización territorial del Estado en municipios, provincias y comunidades autónomas; el segundo tiene la siguiente redacción en su primer apartado:

“La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.”

Es cierto que la primacía de los municipios respecto al resto de entidades locales, entre ellas las provincias, en términos de competencia y financiación es muy destacable. Sin embargo, a nadie escapa que las provincias siguen siendo una pieza fundamental de

la organización territorial del Estado aunque su posición institucional se ponga últimamente en tela de juicio. Su relevancia además se acrecienta en las comunidades autónomas pluriprovinciales en que las diputaciones se configuran como un ente intermedio en las relaciones con los municipios. Además, en comunidades como la andaluza donde existen muchos municipios de pequeño tamaño (menos de 20.000 habitantes), prestan una labor fundamental de asistencia para que puedan ejercer efectivamente sus competencias. La participación en ingresos del Estado reconoce este papel, y entre sus partidas consigna a favor de las diputaciones provinciales un importe que ronda el 60% de los recursos que destina a los municipios. Resultaría obvio, por tanto, que las participaciones en tributos de la Comunidad Autónoma debieran reconocer en términos similares, aunque no necesariamente coincidentes, la labor que desempeñan las diputaciones provinciales en la sostenibilidad y funcionamiento del orden local en la Comunidad Autónoma.

4.6.2. La provincia en las leyes de autonomía local y de participación en los tributos autonómicos

Un tratamiento desigual

La pionera Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía ensalza la figura de la provincia en su labor de delimitación de las competencias locales, dedicando en su sección 3ª cinco artículos a definir con precisión las competencias de asistencia que presta a los municipios “con la finalidad de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales”.⁸³ Era de esperar por tanto que la Ley 6/2010 concediera a la provincia un papel a la altura de estas competencias. Nada más lejos de la realidad. Tras una lectura pausada del articulado de este último texto legal, apenas encontramos dos mínimas menciones al papel de las diputaciones provinciales en la composición del Fondo de participación que operará a partir de 2011 en territorio andaluz. La primera se realiza en

83. “Con la finalidad de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales, las competencias de asistencia que la provincia preste a los municipios, por sí o asociados, podrán consistir en:

“a) Asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico.

“b) Asistencia económica para la financiación de inversiones, actividades y servicios municipales.

“c) Asistencia material de prestación de servicios municipales.”

el artículo 3.5, relativo al ámbito subjetivo del Fondo. Lo que a simple vista puede parecer una confirmación de que las diputaciones provinciales se incluyen entre los sujetos destinatarios, se traduce realmente como una fórmula para relegarlas a un segundo plano, limitando su participación en el Fondo, exclusivamente, al caso en que asuman la gestión de servicios financiados con cargo a la participación de los municipios integrados en los grupos 1 y 2 (de menos de 5.000 habitantes y de menos de 20.000, respectivamente). La otra referencia, realizada en el artículo 18, define el paradigmático mecanismo por el que la Diputación Provincial puede acceder a los recursos del Fondo: mediante una autorización municipal. Así es, los municipios de menos de 20.000 habitantes para los que la Diputación asuma la gestión de servicios municipales financiados con cargo a la participación son los que, previa autorización por parte del Pleno de la corporación, indicarán expresamente la cuantía que se les ha de detracer de su respectiva participación en favor de la correspondiente Diputación Provincial.

Es inevitable cuestionarnos cuáles son esos “servicios municipales financiados con cargo a la participación” a que hace referencia el texto legal, pues, conforme a su redacción, únicamente cuando las diputaciones provinciales realicen esas funciones verán recompensada su labor con la correspondiente aportación municipal. Ahórrense la búsqueda; en ningún lado existe listado alguno de estos servicios financiados con cargo a la participación.

La explicación, de simple, parece absurda: si el Fondo realiza transferencias incondicionadas, estas no pueden quedar afectadas a la financiación de ningún servicio concreto. ¿Conclusión? A simple vista parece ser que los municipios tienen absoluta libertad para determinar si la Diputación Provincial es merecedora o no de una parte de su participación, pues además de no existir servicios financiados con cargo al fondo, no existe tampoco ningún mecanismo, salvo la negociación política, para que los municipios reconozcan financieramente las funciones asistenciales que la Diputación está realizando. Posteriormente, veremos cómo esta discrecionalidad puede ser interpretable y dar como resultado distintos escenarios.

El propio artículo 18 contiene las reglas sobre el momento (simultáneamente a las entregas a cuenta a los municipios) y el mecanismo de regularización, en caso de desvío sobre la previsión provisional, de la cantidad aportada por el municipio a la provincia. Permítannos destacar el uso del término aportación, con las connotaciones de dependencia y caridad que implica, como único mecanismo por el que las provincias pueden acceder a uno de los pilares fundamentales de financiación de las entidades locales, máxime si tenemos en cuenta que las diputaciones provinciales no tienen impuestos propios.⁸⁴

Desde luego, la provincia no recibe un tratamiento ejemplar en la Ley de participación. En primer lugar, se articula un mecanismo de aportación en cascada de los municipios a las diputaciones que, de recibir algo, lo harán en detrimento de las participaciones municipales. Además, esta aportación se limita al supuesto en que la Diputación desempeñe competencias asistenciales en la gestión de servicios, obviando su labor en otros campos de actuación.

La coherencia del sistema articulado salta además por los aires porque, como ya explicamos antes, el carácter incondicionado del Fondo impide que se concreten efectivamente los “servicios financiados con cargo a la participación” que el artículo 18 exige como criterio para que las provincias reciban la aportación municipal.

En un intento por salvar la funcionalidad de este artículo, consideramos que son posibles tres interpretaciones del mismo.

La primera es que los municipios puedan decidir qué servicios financian con cargo a la participación, en cuyo caso sería extraño que eligieran financiar con ella aquellos sobre los que reciben la asistencia provincial, ya que les obligaría a aportar a esta los recursos correspondientes a estos servicios.

La segunda es que se entienda que todos los servicios municipales son financiados con la participación, con lo que correspondería a la Diputación una aportación por la parte proporcional de los servicios que gestiona.

La tercera y menos plausible (más peligrosa también): si entendemos que no existen servicios finan-

84. Podemos cuestionarnos en este punto si el recargo existente sobre el IAE podría considerarse impuesto propio de las diputaciones provinciales o simplemente tendría la categoría de tributo. En este sentido ADAME MARTÍNEZ, F. D., *Tributos Propios de las Comunidades autónomas*, Comares, Granada, 1996, p. 312, recalca que los recargos participan de la naturaleza jurídica del tributo sobre el que recaen. Siguiendo esta interpretación sí podríamos considerar el recargo provincial sobre el IAE como un impuesto propio, el único, eso sí, de las diputaciones.

ciados con cargo a la participación, el supuesto de hecho para que las diputaciones provinciales entren a formar parte del ámbito subjetivo del Fondo no existe; quedando así totalmente inoperativa la fórmula de las aportaciones municipales y con ello todo el artículo 18. Aun esquivando esta interpretación hay que destacar que sobre los municipios no pesa, conforme al texto legal, ninguna obligación más allá de la lealtad institucional que invoca el artículo 19 a la hora de autorizar la aportación, ni mucho menos para que esta alcance un determinado importe.

¿Está justificado este tratamiento?

Intentando explicar, que no justificar, el papel tan secundario que las provincias desempeñan en la Ley 6/2010, podríamos traer a escena el absoluto silencio que el principal precedente del futuro Fondo de participación, el FNSM, guarda respecto a las provincias. Dada la continuidad existente en muchos aspectos entre ambos modelos, no es de extrañar que la intervención provincial solo se haya planteado en un segundo plano, previa autorización municipal.

A simple vista, esta puede ser una explicación lógica; además nada hay que reprochar en ese sentido al anterior Fondo, pues su propio nombre indicaba que los destinatarios del FNSM eran los municipios. Sin embargo, entendemos inadmisibles que dicha exclusividad se haya extrapolado al futuro Fondo de participación si este pretende consolidarse como un verdadero modelo de participación en los tributos de la Comunidad.

En defensa del FNSM hay que decir que, a pesar de que en su momento evaluáramos su adecuación a la PICA, realmente no es más que una partida de recursos incondicionados con destino a los entes municipales; no fue configurado con la pretensión de ser la participación en tributos de la Comunidad Autónoma que el artículo 142 de nuestra Constitución exigía, por lo que la exclusión de otros entes locales como la provincia era facultativa y legítima.

Sin embargo, desde el momento que el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en paralelo con otros textos estatutarios, asume por fin en su artículo 192 la configuración del sistema de participación en sus tributos recogido en la Constitución, este queda sometido a los parámetros constitucionales. Entre ellos resultan de especial relevancia los artículos 137 y 141 que ya mencionamos líneas atrás y que reconocen la naturaleza de entidad local de las provincias y su carácter necesario. Este reconocimiento tiene una importantísima conse-

cuencia jurídica: la referencia del artículo 142 a la suficiencia de las haciendas locales y a los recursos de que se nutrirán (tributos propios y participaciones en los del Estado y de las comunidades autónomas) es extensible a la Hacienda provincial. No es de recibo, por tanto, que un sistema de participación en tributos excluya de manera tan flagrante a una de las haciendas locales a las que debería nutrir, la provincial.

La posible inconstitucionalidad por omisión de la Ley 6/2010

Plantearnos la posible inconstitucionalidad por omisión de la Ley 6/2010, por no hacer a las provincias partícipes directas del Fondo que constituye, es una cuestión cuanto menos delicada. Aunque es una figura con gran tradición en países iberoamericanos, en España el Tribunal Constitucional ha sido muy restrictivo a la hora de exponer sus requisitos, de hecho nunca ha apreciado la concurrencia de esta figura. En la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, se deja claro que solo existe este tipo de inconstitucionalidad cuando la Constitución impone expresamente la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace. De este planteamiento se extraen dos requisitos para que se pueda apreciar la inconstitucionalidad por omisión: El primero, que el texto constitucional contenga un mandato *de lege ferenda*; el segundo, que el desarrollo debido, según el precepto concreto, se incumpla precisamente por el legislador con ocasión de la promulgación de la norma que, por su contenido natural, debiera abordar dicho desarrollo.

Respecto al primer requisito, habría que entender que el texto constitucional en su artículo 142 contiene un mandato *de lege ferenda*, lo cual puede resultar cuestionable dada la literalidad de su texto. Aun dando por cumplido el primer requisito, tendríamos que atender al desarrollo legal que del mismo se realiza. Hasta ahora, al no haberse materializado en un texto este mandato, ningún recurso hubiera podido prosperar. Sin embargo, el texto andaluz supone un verdadero desarrollo efectivo del sistema constitucional de participación en tributos de la Comunidad Autónoma, con lo cual, si sus preceptos incumplieran el mandato constitucional, podría plantearse la inconstitucionalidad por omisión si el contenido exigido por nuestro constituyente no se plasma en su desarrollo legal. Pues bien, en nuestra opinión, sí se conculcan las exigencias del texto constitucional,

ya que la inclusión de las haciendas provinciales en el sistema de participación, como entes locales, es imperativa (ya que se encuentran incluidas dentro de las haciendas locales a que hace referencia el artículo 142 CE) y, sin embargo, la Ley 6/2010 otorga un papel absolutamente residual a las diputaciones provinciales.

Sobre esta base creemos que podría plantearse la viabilidad de un recurso de inconstitucionalidad por omisión. Aun así, tenemos que reconocer la interpretación un tanto forzada del artículo 142 para entender que contiene un mandato *de lege ferenda*. Además, como ya hemos comentado, nuestra jurisprudencia constitucional se ha mostrado muy reacia a la hora de considerar esta modalidad omisiva, con lo que la posibilidad de que un recurso de tal naturaleza prospere se nos presenta harto complicada. De todas formas corresponde a los constitucionalistas analizar con más detalle esta situación, nosotros nos hemos limitado a ofrecer un breve esbozo de la cuestión y exponer nuestra opinión.⁸⁵

Conclusiones

Queda claro tras esta breve lectura que las provincias no reciben en este texto legal el tratamiento que merece su papel real en el día a día de la Hacienda local. Sinceramente, nos resulta contradictorio que la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, reconozca la relevancia de la provincia en la labor de asistencia a los municipios, y en el texto de la Ley 6/2010 solo se establezcan como sustento económico de esta labor las aportaciones municipales voluntarias, complicadas además por la difícil exégesis del artículo 18. La PIE es el mejor referente para que los legisladores autonómicos (el andaluz por ser el primero, pero es cuestión extensible a los demás) estimen económicamente la labor de las provincias como nexo de unión entre el nivel municipal y el autonómico, especialmente en las comunidades no uniprovinciales. No es de recibo que sea el Estado, sin

la participación de las comunidades autónomas, quien, en exclusiva, ponga en valor esta función básica para garantizar la calidad de los servicios municipales.

5. Conclusiones finales

Al echar la vista atrás podrán apreciar el estudio transversal que hemos realizado de la PICA y de su situación actual, con el corolario del análisis detallado del novedoso texto del legislador andaluz, la Ley 6/2010. Empezamos realizando una merecida presentación sobre el contexto constitucional y la regulación de la PICA, dado su carácter de figura históricamente apartada de los grandes focos doctrinales. A la profundidad del análisis posterior han contribuido en gran medida los recientes trabajos sobre la materia; por un lado, nos han facilitado enormemente la recopilación de fuentes y materiales que no hemos podido obviar; por otro, sin embargo, han puesto el listón muy alto, con lo que nos han obligado a redoblar esfuerzos para acercarnos sus extensas reflexiones y a la vez tratar de exponer las nuestras con similar calidad científica.

La Ley 6/2010 ha centrado gran parte de nuestra exposición por suponer el primer intento de dar completo cumplimiento al mandato del artículo 142 CE, tras las últimas y esperanzadoras reformas estatutarias. En su análisis hemos creído conveniente separar los aspectos cuantitativos (dotación) de los cualitativos (características), para valorarlos desde diferentes puntos de vista y así poder hacer reflexiones independientes en estas conclusiones finales.

La participación en tributos de la Comunidad Autónoma, un mandato constitucional finalmente reconocido por vía estatutaria

El artículo 142 presenta a la PICA como un recurso fundamental. La Constitución prevé la existencia de este mecanismo de financiación, igual que recoge el

85. Existen muchos trabajos que ahondan en la inconstitucionalidad por omisión. Sin afán de ser exhaustivos y circunscribiéndonos a los que la abordan desde la perspectiva de nuestra jurisprudencia constitucional, les remitimos a los siguientes para profundizar en la cuestión: AGUILAR DE LUQUE, L., "El Tribunal Constitucional y la función Legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho político*, núm. 24, 1987, p. 9-30; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos", *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 8, 1996, p. 117-154; PULIDO QUECEDO, M., "El control de inconstitucionalidad ex silentio legis (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2003, p. 1734-1737; CORREA QUISPE, A., "¿Inconstitucionalidad por omisión?", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 1, 2006, p. 241-250; BULNES ALDUNATE, L., "Inconstitucionalidad por omisión", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 1, 2006, p. 251-264; MARCOS GÓMEZ, P., "La inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control", McGraw-Hill Interamericana de España, 1997; AHUMADA RUIZ, M. A., "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, p. 169-194.

color de la bandera. No realiza distinciones temporales ni cuantitativas.

Un cúmulo de circunstancias como la rápida expansión del Estado de las autonomías o la permisiva jurisprudencia constitucional habían, sin embargo, normalizado la idea de la PICA como un recurso secundario, cuya existencia bien podía sustituirse por diversos programas de transferencias finalistas. Las recientes reformas estatutarias, por suerte, tras abrir el debate político, han acabado haciendo un hueco en su redacción a esta reivindicación local, guardada durante años en el cajón de los legisladores estatal y autonómico.

A pesar de que su tratamiento en los nuevos estatutos de autonomía no es unánime ni homogéneo, la importancia de este reconocimiento supera las barreras de la literalidad de los textos y representa un cambio de mentalidad autonómica clave para el inminente desarrollo de la PICA. Lo que no han conseguido treinta años de texto constitucional puede acabar siendo realidad por vía estatutaria. Esperamos que la parálisis legislativa de los últimos meses y la ralentización de los nuevos procesos de reforma autonómica no den al traste con este primer gran logro: la consolidación estatutaria de la PICA como recurso estable y bajo la responsabilidad de los entes autonómicos.

Un contexto óptimo para seguir el ejemplo de la Ley andaluza

El contexto actual es excelente para plantear con carácter definitivo el desarrollo de la PICA. Algunos de los grandes obstáculos iniciales, aparentemente insalvables, como la desidia autonómica, la indeterminación de las competencias locales o la ausencia de referentes legislativos, han encontrado solución en el nuevo compromiso estatutario y las iniciativas legislativas andaluzas de la Ley de autonomía local y de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma. A esta eliminación de barreras hay que añadir un conjunto de factores políticos y económicos (presión de la FEMP, caída de la tributación propia de los municipios, progresivo endeudamiento local, etc.) que exigen un avance en la misma dirección: conseguir que el compromiso con la financiación local por parte de las comunidades autónomas sea estable, incondicionado y realmente sustancial.

La Ley 6/2010, al margen de juicios cuantitativos y con el punto negro de su tratamiento a la provincia, configura un verdadero sistema de PICA que recoge casi al pie de la letra las exigencias doctrinales y locales.

Tenemos que agradecer la valentía del legislador andaluz al embarcarse en un proyecto pionero (aunque con el claro referente del anterior FNSM) que sin duda constituirá la piedra angular sobre la que, confiemos, el resto de comunidades autónomas desarrollen sus propios regímenes de participación. Hay que advertir, sin embargo, que el distinto grado de compromiso estatutario nos augura una más que posible asimetría en la puesta en marcha de este recurso financiero. Estaremos atentos a las posibles implicaciones constitucionales que de esta desigualdad se puedan derivar.

¿Queremos que la PICA se consolide como un recurso adicional o como un recurso fundamental?

Ya avisamos en el punto anterior que la calificación como muy positivo del Fondo de participación que constituye la Ley 6/2010 la hacíamos al margen de su dotación económica. No obviamos el esfuerzo realizado al dotar al Fondo con 420 millones de euros para 2011 e incrementarlo a razón de 60 millones anuales hasta 2014. No. Lo que queremos expresar es nuestra preocupación por que el modelo planteado por el texto andaluz perpetúe una visión secundaria de la PICA, al consolidar a partir del año 2014 una participación que apenas alcanza un 25% del esfuerzo realizado por el Estado en el propio territorio andaluz a través de la PIE.

¿Es este el valor del compromiso de las comunidades autónomas con la suficiencia financiera de las entidades locales? (Ni mencionamos la posición de las provincias en esta ecuación).

A nuestro parecer, en este caso el recurso al precedente del FNSM ha sido contraproducente. El FNSM no era un sistema de participación en tributos, sino una partida de recursos incondicionados cuyos principales destinatarios eran los municipios de menor población, ahí yacían la razón de su carácter nivelador y el motivo de la exclusión provincial.

El Fondo de participación ha intentado superar esta visión parcial y, como sistema de PICA, equilibra la distribución de sus recursos corrigiendo el papel residual que los municipios de mayor tamaño, lógicamente, tenían en el anterior FNSM. Eso sí, se deja por el camino gran parte de la nivelación de la que presume la exposición de motivos y no aborda el necesario papel de las provincias.

Finalmente, consideramos que la dotación global del Fondo de participación se sitúa uno o dos escalones por

debajo de su verdadera razón constitucional. En este sentido, el FNSM es un lastre y las continuas referencias al mismo han podido limitar la amplitud de miras para que el legislador andaluz configurara un texto más ambicioso, posible eje sobre el que pivote el desarrollo de la PICA a nivel nacional. Es posible que la exclusión de los impuestos cedidos parcialmente por el Estado cobre aquí importancia; si las comunidades autónomas consideran que estos son recursos exclusivos y no aceptan que formen parte del juego de participación, el aumento de los porcentajes de cesión no tiene por qué mejorar su compromiso con las entidades locales. Así ha sido hasta ahora.

Un Fondo de participación sin capacidad para alimentar realmente las arcas locales no es un verdadero desarrollo del artículo 142. Llámenlo como quieran, pero PICA, no.

Esperamos haber sido fieles a los objetivos que nos marcamos al comienzo del mismo y que, tras la lectura de estas conclusiones, el lector sea más consciente de la relevancia de la PICA, del excelente escenario que el presente nos brinda para desarrollarla y del esfuerzo que aún se debe hacer por dotarla de verdadero contenido económico. ■

Algunas notas sobre la Ley de autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local

Encarnación Montoya Martín

Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

1. Breve referencia a la tramitación del Proyecto
2. Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía sobre las propuestas de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)
3. Contenido y principales novedades
4. Las novedades del título II: servicios e iniciativa económica local
 - 4.1. Servicios locales de interés general y servicios básicos
 - 4.2. Los modos de gestión de los servicios públicos
 - 4.3. La iniciativa económica local
5. Conclusión

Con la Ley de autonomía local, la Comunidad Autónoma andaluza se sitúa a la cabeza en el desarrollo estatutario del régimen local en clave de la Carta europea de la autonomía local. En el Pleno del Parlamento, en la sesión de 26 de mayo, tuvo lugar la votación final de los proyectos de ley de autonomía local y de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se aprobaron con los votos del Grupo Parlamentario Socialista.

Por lo que respecta a la Ley de autonomía local en que se centran estas notas, y como ha afirmado el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen al Anteproyecto de Ley (Dictamen núm. 827/2009 al Anteproyecto de Ley de 10 de diciembre de 2009), pese al valor simbólico que puede tener la denominación “Ley de autonomía local”, en el sentido de destacar la voluntad del legislador de garantizar la autonomía de las entidades locales de Andalucía, hay que hacer notar que el objeto de la regulación es, en palabras del Estatuto de Autonomía, una “Ley de régimen local” (así es como se denomina en el artículo 98, hasta en dos ocasiones, o tres si se incluye el título). Se trata de una Ley que por prescripción del citado artículo ha de regular relaciones entre la Junta de Andalucía y los entes locales, técnicas de organización, cooperación y colaboración, fórmulas asociativas, y otras muchas materias previstas en el artículo 60 (precisamente titulado “Régimen local”).

El título competencial que ampara la regulación es el que corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de “régimen local”. Siendo así, en consonancia con la previsión estatutaria contenida en el artículo 98 antes citado, aunque el Anteproyecto de Ley aborde, sin duda, aspectos cruciales para la autonomía local, se considera que debería rectificarse el título, evitando equívocos sobre su contenido. Y ello sin perjuicio de que pudiera destacarse el que ahora se adopta (“Anteproyecto de Ley de... y de autonomía local”).

Este trabajo tiene por objeto, de una parte, dar a conocer las principales novedades de la Ley de autonomía local de Andalucía (en adelante LAULA), que al tiempo de redactar estas líneas todavía no se ha publicado en el BOJA, sí en el BOPA el día 11 de junio, y, de otra parte, hacer un primer análisis más detenido del título II dedicado a los servicios de interés general e iniciativa pública local.

1. Breve referencia a la tramitación del Proyecto

El Proyecto de Ley propuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (fecha creación: 30/12/2009, núm. de registro: 080923826, Proyecto de Ley 8-09/PL-000008, de autonomía local de Andalucía), se ha tramitado por el procedimiento ordinario, siendo la Comisión dictaminante la de Gobernación y Justicia.

El historial de los trámites evacuados ha sido el siguiente:

Publicación del Proyecto de Ley el 5 de febrero de 2010, BOPA núm. 392.

El 26 de febrero tiene lugar la publicación de enmiendas a la totalidad, presentadas por los grupos parlamentarios Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía¹ y Grupo Parlamentario Partido Popular² (BOPA núm. 407, 26/02/2010). El rechazo a las enmiendas a la totalidad se produce el 3 de marzo de 2010 por el Pleno del Parlamento (publicación 30 de marzo, BOPA núm. 428).

El 14 de abril tiene lugar la publicación del plazo para la presentación de enmiendas al articulado (BOPA

núm. 437), enmiendas presentadas al articulado que se publican el 4 de mayo de 2010 (BOPA núm. 450).³

El Dictamen de la Comisión sobre el Proyecto de Ley de autonomía local de Andalucía, en el que interviene D. Diego Valderas Sosa, del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Dña. María del Carmen Crespo Díaz, del Grupo Parlamentario Popular de Andalucía, y D. Fernando Manuel Martínez Vidal, del Grupo Parlamentario Socialista (8-09/PL-000008, Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía - Comisiones - 348), tiene lugar el 11 de mayo.

La publicación del Informe de la Ponencia al Proyecto de Ley tiene lugar el 12 de mayo (BOPA núm. 456).⁴

1. Justificación: entender que "el Proyecto de Ley no garantiza suficientemente las competencias de los ayuntamientos en el marco de la autonomía local. Igualmente, no garantiza el principio de autonomía local en el marco de una descentralización administrativa y política de los ayuntamientos.

"Asimismo, el Proyecto de Ley que nos presenta el Gobierno no marca claramente el compromiso de los ayuntamientos con un modelo económico solidario y sostenible, así como su intervención en materia de vivienda, políticas de empleo y lucha contra la economía sumergida. Queda por debajo de los objetivos de descentralización administrativa prevista en el Estatuto, no satisface las reivindicaciones de la FAMPA y no recoge las conclusiones del Grupo de Trabajo relativo a la nueva Ley de Régimen Local de Andalucía.

"Por último, destacar la ausencia en el texto que se presenta de instrumentos que otorguen a los ayuntamientos la potestad para establecer impuestos medioambientales, así como tasas que permitan la eficiencia y autonomía energética de los ayuntamientos".

2. Se afirma que el Proyecto de Ley obvia los principios de la autonomía local en los términos de la Carta europea de autonomía local, a pesar de venir reflejada en su exposición de motivos. Mas, a continuación, centra sus críticas en "la transferencia de competencias propias de la Comunidad Autónoma a las Corporaciones Locales, que debería haber sido de verdad el núcleo y la base del Proyecto de Ley, se trata de forma genérica y residual, creando una especie de concepto jurídico indeterminado en torno a la materia que debería ser el núcleo central de la regulación. Evidencia de ello es que no contiene el listado de competencias a transferir desde la Comunidad Autónoma, tampoco regula claramente cuándo la transferencia es por Ley, qué límites y contenido mínimo debe tener esa ley sectorial", obviando que el núcleo de la autonomía local es la existencia de un listado de competencias propias. La transferencia de competencias es una variable para tener en cuenta la diversidad de la realidad local, pero partiendo siempre de un núcleo de competencias propias, eje central de una Ley de régimen local.

3. Calificación favorable y admisión a trámite de las enmiendas al articulado presentadas por los GG.PP. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Socialista y Popular de Andalucía. Sesión de la Mesa de la Comisión de Gobernación y Justicia de 29 de abril de 2010 (BOPA 4/05/2010).

4. La Ponencia encargada de la elaboración del Informe relativo al Proyecto de Ley 8-09/PL-000008, de autonomía local de Andalucía, está integrada por el Ilmo. Sr. D. Fernando Martínez Vidal, del G.P. Socialista; la Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Crespo Díaz, del G.P. Popular de Andalucía, sustituida por Dña. María Dolores López Gabarro, del mismo Grupo Parlamentario; y el Ilmo. Sr. D. Diego Valderas Sosa, del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía.

El Informe al Proyecto de Ley 8-09/PL-000008 (publicado en el BOPA núm. 392, de 5 de febrero de 2010), señala que le han sido formuladas trescientas veintitrés enmiendas (publicadas en el BOPA núm. 450, de 4 de mayo de 2010), presentadas por los grupos parlamentarios Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Socialista y Popular de Andalucía, todas ellas calificadas favorablemente y admitidas a trámite por la Mesa de la Comisión de Gobernación y Justicia, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2010. No obstante, la Mesa acordó introducir una corrección técnica respecto de la enmienda de modificación, con número de registro 6.521, formulada por el G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, consistente en considerar que dicha modificación afectaba a los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del apartado VIII de la exposición de motivos, así como también corregir un error material respecto de la enmienda de modificación, con número de registro 6.820, formulada por el G.P. Popular de Andalucía, consistente en sustituir "al artículo 38 apartado 2" por "al artículo 37 apartado 2".

Tras el estudio del texto del Proyecto de Ley y de las enmiendas formuladas al mismo, la Ponencia, por mayoría, propone a la Comisión de Gobernación y Justicia la incorporación a su Dictamen de todas las enmiendas formuladas por el G.P. Socialista (números 117 a 181, inclusive), si bien las enmiendas números 122, 124 y 153 de dicho Grupo Parlamentario son objeto de las modificaciones de carácter transaccional. De otra parte, respecto de la enmienda número 179, formulada por el mismo Grupo Parlamentario, de adición de una nueva disposición adicional de modificación de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, la Ponencia acuerda, con el asentimiento de todos los ponentes, introducir una corrección, por razones de técnica legislativa, consistente en considerar la citada disposición como disposición final, que sería la tercera bis.

Igualmente, la Ponencia propone, por mayoría, incorporar al Informe las enmiendas números 37, 39, 43, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 60 del G.P. Izquierda Unida-Los Verdes, así como las enmiendas números 200, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 212 y 213, del G.P. Popular de Andalucía.

La publicación de los votos particulares y enmiendas mantenidas tiene lugar en el BOPA núm. 463, de 21 de mayo. Por último, la Ley se aprueba en sesión celebrada el 26 de mayo con los votos del Grupo Socialista (DSPA núm. 84). Finalmente, la publicación de la Ley aprobada en el BOPA (núm. 477) tiene lugar el 11 de junio, y, a las fechas de redactar estas notas, todavía no se ha publicado en el BOJA.

2. Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía sobre las propuestas de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP)

El consejero de Gobernación sometió a Dictamen del Consejo Consultivo el Anteproyecto de Ley de autonomía local de Andalucía. Al mismo tiempo se formuló consulta facultativa sobre la viabilidad jurídica de determinadas propuestas de la FAMP, que se abordan en el fundamento jurídico tercero del Dictamen, al haberse acordado su acumulación al Dictamen preceptivo que ha de emitir este órgano sobre el citado Anteproyecto de Ley. Las propuestas de la FAMP se centraron en las siguientes cuestiones:

– Sobre la constitución de un Consejo de Gobiernos Locales de composición exclusivamente local, y con funciones de “control preventivo” de los planes o normativa autonómica que pudiera afectar a la autonomía de municipios y provincias.

El Consejo Consultivo, en su Dictamen, considera que el artículo 95 del Estatuto y preceptos concordantes pueden ser interpretados en el sentido de que es viable la creación de un Consejo de Gobiernos Locales, de composición exclusivamente local, como cauce participativo cualificado, que en esa medida puede contribuir al fortalecimiento de la autonomía local, pero no como un órgano de fiscalización o de control “preventivo” de los actos y disposiciones de la Comunidad Autónoma, pues tal misión corresponde a otro órgano, de conformidad con la arquitectura institucional del Estatuto de Autonomía.

La creación del Consejo de Gobiernos Locales es compatible con el órgano previsto en el artículo 95 del Estatuto de Autonomía, esto es, el Consejo Andaluz

de Concertación Local, sin perjuicio de que exigiría la reforma de la Ley 20/2007, en aras de evitar solapamientos o duplicidades insostenibles desde la misma óptica que guía a la propuesta examinada.

– Sobre la propuesta relativa a las actividades de fomento impulsadas por la Comunidad Autónoma que afecten a competencias locales y a los programas de colaboración financiera específica para materias concretas.

El Consejo Consultivo considera que el texto propuesto por la FAMP, en relación con la regulación de los programas de colaboración financiera específica en materias concretas, es jurídicamente viable; recordando, no obstante, que el fondo de nivelación, de carácter incondicionado, es el mecanismo fundamental de financiación en la concepción estatutaria, en concordancia con lo previsto en el artículo 142 de la CE, y sin perjuicio de advertir que la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma admite desarrollos complementarios, y no se agota necesariamente en la participación en ingresos tributarios mediante un fondo, al que el Estatuto da nombre propio. Asumida esta premisa y sin necesidad de calificar los programas previstos en el artículo 192.2 del Estatuto como “excepcionales”, lo cierto es que estos no pueden ser tenidos como mecanismo ordinario de financiación, y mucho menos principal o preferente.

En relación con la problemática suscitada por las subvenciones de la Comunidad Autónoma a favor de particulares que afecten a competencias locales, el Consejo Consultivo ha estimado que la redacción propuesta por la FAMP es también viable, toda vez que se limita a reconocer el derecho de las entidades locales a participar en la concreción de condicionantes y requisitos para su otorgamiento, así como para su ejecución y gestión cuando aquellas incidan en ámbitos materiales de su competencia.

– Sobre la propuesta de enumeración y definición, junto al listado de competencias, de las funciones públicas que corresponden a las entidades locales, con el objeto de precisar el alcance jurídico de cada una, y la adecuación de esta propuesta a las normas de técnica legislativa, y la posibilidad de inclusión de una cláusula general de competencia a favor de los municipios.

La Ponencia propone también, por mayoría, incorporar al Informe las siguientes enmiendas transaccionales: – Enmienda transaccional a las enmiendas números 22 y 122, formuladas, respectivamente, por el G.P. Izquierda Unida-Los Verdes y el G.P. Socialista.

Tanto las enmiendas objeto de transacción como las enmiendas no aceptadas, se mantienen por los GG.PP. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y Popular de Andalucía, para su debate y votación en Comisión.

La pretendida tarea no puede –a juicio del Consejo– realizarse en la Ley de autonomía local, no solo por su singularidad (su aprobación exige mayoría cualificada), sino porque el propio Estatuto –como reconoce la jurisprudencia constitucional– encomienda a las leyes (incluyendo las leyes sectoriales) la tarea de concretar el alcance de las competencias autonómicas. En definitiva, el Dictamen considera inviable la propuesta de inclusión de una cláusula general a favor de los ayuntamientos.

3. Contenido y principales novedades

La disposición aprobada se estructura en un título preliminar y siete títulos, con un total de 132 artículos, destinados, por este orden, a regular los siguientes aspectos: “Carácter de la Ley y objeto” (título preliminar); “La Comunidad Política Local” (título I); “Los Servicios y la Iniciativa Económica Locales” (título II); “El Patrimonio de las Entidades Locales” (título III); “Relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las Entidades Locales” (título IV); “La Cooperación Territorial” (título V); “Demarcación Municipal” (título VI); “La Administración del Territorio Municipal” (título VII).⁵

La Ley trae causa de lo previsto en el artículo 98 del Estatuto de Autonomía, a cuyo tenor “una ley de régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado, regulará las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales, así como cuantas materias se deduzcan del art. 60” (apartado 1); añadiendo que “la ley de régimen local tendrá en cuenta las diferentes características demográficas, geográficas,

funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los distintos entes locales” (apartado 2).

Este precepto estatutario se incardina en el título III del Estatuto de Autonomía relativo a la “Organización Territorial de la Comunidad Autónoma” (artículos 89 a 98), título en el que se abordan, de forma novedosa, la regulación de la estructura territorial en Andalucía (municipios, provincias y demás entes territoriales); los principios de la organización territorial a los que estos están sujetos; las competencias propias de los municipios y las provincias; la agrupación de municipios; el órgano de relación de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos; y las comarcas.

Vamos a hacer una sucinta referencia a su contenido, destacando lo más relevante:

Como proclama el artículo 2 de la norma, tiene por objeto la determinación de las competencias y las potestades de los municipios y de los demás entes locales como expresión propia de la autonomía local, y las reglas por las que hayan de regirse las eventuales transferencias y delegaciones a estos de competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía (apartado 1). Asimismo, se regulan las relaciones entre las entidades locales de Andalucía y las instituciones de la Junta de Andalucía, las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre las entidades locales, y entre estas y la Administración de la Comunidad Autónoma (apartado 2). Igualmente contiene el régimen de los bienes de las entidades locales y las modalidades de prestación de los servicios locales de interés general, y la iniciativa económica de aquellas (apartado 3); la regulación de la demarcación territorial municipal y la organización administrativa de su territorio, todo ello con respeto a la potestad de autoorganización que ostentan dichas entidades (apartado 4).

Como principio de la autonomía política local, se define al municipio como “la entidad territorial bási-

5. Completan la norma: disposición adicional primera (“Procedimientos de intervención y control que quedan sin efectos”); disposición adicional segunda (“Mantenimiento de las discontinuidades territoriales existentes”); disposición adicional tercera (“Relaciones de los municipios y provincias con las instituciones de la Junta de Andalucía”); disposición transitoria primera (“Procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”); disposición transitoria segunda (“Régimen jurídico de las entidades locales autónomas creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”); disposición derogatoria única (“Disposiciones derogadas”); disposición final primera (“Modificación de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía”); disposición final segunda (“Modificación del artículo 13 de la Ley 6/2003, de 9 de octubre, de símbolos, tratamientos y registro de las Entidades Locales de Andalucía”); disposición final tercera (“Modificación de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía”); disposición final cuarta (“Modificación de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía”); disposición final quinta (“Corrección de las discontinuidades territoriales existentes”); disposición final sexta (“Procedimientos de deslinde”); disposición final séptima (“Establecimiento y desarrollo de estructuras de participación ciudadana y del acceso a las nuevas tecnologías”); disposición final octava (“Adaptación de mancomunidades y consorcios”); disposición final novena (“Adaptación de las entidades instrumentales locales”); disposición final décima (“Desarrollo y ejecución de la Ley”); disposición final undécima (“Entrada en vigor”).

ca de Andalucía, instancia de representación política y cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos” (artículo 3.2). Por su parte, la provincia se define como “una entidad local, determinada por la agrupación de municipios, cuya principal función es garantizar el ejercicio de las competencias municipales y facilitar la articulación de las relaciones de los municipios entre sí y con la Comunidad Autónoma de Andalucía” (artículo 3.3).

Columna vertebral de la Ley de régimen local de Andalucía es sin duda la regulación de las competencias locales. El presupuesto es un entendimiento de la autonomía local en sintonía con la Carta europea de la autonomía local. Así, el artículo 4 proclama: “La autonomía local comprende, en todo caso, la ordenación de los intereses públicos en el ámbito propio de municipios y provincias, la organización y gestión de sus propios órganos de Gobierno y administración, la organización de su propio territorio, la regulación y prestación de los servicios locales, la iniciativa económica, la gestión del personal a su servicio, patrimonio y la recaudación, administración y destino de los recursos de sus haciendas” (artículo 4.2). Y que “Al amparo de la autonomía local que garantiza esta Ley, y en el marco de sus competencias, cada entidad local podrá definir y ejecutar políticas públicas propias y diferenciadas” (artículo 4.3).

Así, el artículo 9 contiene una larga lista de competencias propias –superando las insuficiencias de los artículos 25 y 26 LBRL– bajo la técnica de la enumeración de las materias y submaterias que comprende en desarrollo de la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y en analogía con la técnica utilizada en los estatutos de autonomía reformados, entre ellos el andaluz (hasta 28 apartados), para blindar las competencias autonómicas frente al Estado, dado que lo que caracteriza una competencia propia es la exclusividad y la especificidad. En efecto, el Estatuto de Autonomía, en el artículo 92.2, atribuye a los municipios un elenco de competencias propias en plena coherencia con lo dispuesto en la Carta europea: funciones (ordenación y gestión) sobre materias (una parte importante de los asuntos públicos). Como manifiesta la exposición de motivos de la Ley, por vez primera en el ordenamiento jurídico español las competencias municipales aparecen con tal

grado de precisión en una Ley orgánica cualificada por el procedimiento de su elaboración, como es el Estatuto de Autonomía de Andalucía. En el mismo sentido, la Ley añade al repertorio estatutario otras competencias, identificando potestades y especificando materias que refuercen la exclusividad de la competencia municipal. El objetivo es claro: garantizar la titularidad de competencias propias municipales, con plena conciencia de la dificultad que supone delimitar materias inevitablemente compartidas, y tratando de volcar el esfuerzo en clarificar las funciones que, en cada caso, correspondan a la Comunidad Autónoma o a los entes locales.

La Ley regula la autonomía local como la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política: autonomía municipal y autonomía provincial forman un sistema que el legislador delimitador de competencias ha de tomar como referencia.

Sin embargo, la configuración constitucional y estatutaria de la provincia como agrupación de municipios obliga a distinguir autonomía provincial y autonomía municipal, entre otras razones para dar cumplimiento al mandato del artículo 98 del Estatuto de Autonomía de regular las relaciones entre entidades locales. En coherencia con la previsión estatutaria, la Ley ubica la autonomía provincial al servicio de la autonomía municipal, diferenciando ambas, reconociendo relevancia jurídica a las prioridades y solicitudes presentadas por los municipios, que no podrán ser ignoradas ni suplantadas, pero no completa o necesariamente satisfechas si la provincia, obligada a ponderar la prioridad municipal con visión intermunicipal, las entendiera desmesuradas o lesivas para la prestación equitativa de un servicio.⁶

Sin embargo, estimamos que la consideración de la provincia como parte de la comunidad política local es olvidada a lo largo de su articulado y, sobre todo, en la Ley reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (8-09/PL-000009), aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2010, publicada en el BOPA núm. 477, de 11 de junio. Téngase en cuenta que esta norma regula la colaboración financiera de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las entidades locales de su territorio, a través de la participación de estas en los tributos de la misma. En su artículo 2.1 se crea el Fondo de par-

6. En este sentido, no se comprende muy bien el artículo 15, dedicado a las “Competencias materiales de la provincia”, en las siguientes materias: 1) Carreteras provinciales. 2) Los archivos de interés provincial. 3) Los museos e instituciones culturales de interés provincial.

ticipación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, mas, cuando se regula dicho Fondo, la provincia queda totalmente marginada, pues el artículo, al regular el ámbito subjetivo del Fondo, proclama que: "1. Podrán participar del Fondo todos los municipios de Andalucía".

El régimen de las competencias se completa con la regulación de la transferencia y delegación de competencias. En este apartado, la Ley se limita a ordenar el marco legal actualmente existente, estableciendo un marco "neutro" que habilita para futuras transferencias y delegaciones. En cuanto a la encomienda de gestión, llama la atención la omisión de las encomiendas de gestión a las diputaciones provinciales para la prestación de servicios municipales.

Del título IV, dedicado a las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las entidades locales, hay que destacar la expresa inclusión del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales a raíz de las reivindicaciones planteadas por la FAMP, que no estaba prevista en el Anteproyecto de Ley presentado por el Gobierno andaluz. Este órgano no está previsto en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, a diferencia de su homólogo, el Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 85 crea el Consejo de Gobiernos Locales y lo define como el órgano de representación de municipios y veguerías en las instituciones de la Generalidad. En definitiva, se configura como una institución de relieve estatutario integrada dentro de la organización político-institucional de la Generalidad, que goza de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria. Por Ley 12/2010, de 19 de mayo, se ha regulado el Consejo de Gobiernos Locales de Cataluña.

En cambio, el artículo 95 del Estatuto de Autonomía andaluz dispone, como órgano de relación de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos, que: "Una ley de la Comunidad Autónoma regulará la creación, composición y funciones de un órgano mixto con representación de la Junta de Andalucía y de los Ayuntamientos andaluces, que funcionará como ámbito permanente de diálogo y colaboración institucional, y será consultado en la tramitación parlamentaria de las disposiciones legislativas y planes que afecten de forma específica a las Corporaciones locales". En definitiva, se configura estatutariamente como órgano

mixto de participación y consulta, y no como un órgano de defensa de la autonomía local.

El artículo 57 LAULA dispone "la creación del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales. Para el ejercicio de sus competencias goza de autonomía orgánica y funcional. El Consejo adoptará su propio reglamento interno de organización y funcionamiento" (artículo 57.1).

Corresponde al Consejo Andaluz de Gobiernos Locales "conocer con carácter previo cuantos anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias, e informar sobre el impacto que aquellas puedan ejercer sobre dichas competencias, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y oportunidad que en ningún caso tendrán carácter vinculante" (artículo 57.2).

En cuanto a la composición, prevé que "estará compuesto por la totalidad de la representación local en el Consejo Andaluz de Concertación Local más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación. El presidente o presidenta será elegido por mayoría absoluta del Consejo. Los miembros del Consejo podrán delegar el ejercicio del cargo en otros miembros electos de la misma diputación o ayuntamiento de la que forman parte".

Cuando se rechacen las observaciones o reparos formulados por el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, deberá mediar información expresa y detallada.

En el trámite parlamentario de las disposiciones legislativas y planes será conocida la posición del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del Estatuto de Autonomía.

No obstante, la LAULA omite toda referencia a la articulación procedimental entre los dos órganos, el Consejo Andaluz de Concertación Local, órgano estatutario de composición mixta y que regula la Ley 20/2007, de 17 de diciembre, de manera desafortunada,⁷ y el Consejo de Gobiernos Locales, de nueva

7. La regulación de este órgano estatutario en la Ley 20/2007 puede calificarse de muy desafortunada. La Ley tiene por objeto la creación y regulación del Consejo Andaluz de Concertación Local, como órgano para la relación, colaboración y coordinación entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades locales andaluzas. El Consejo Andaluz de Concertación Local es un órgano colegiado permanente, de carácter deliberante y consultivo, de la Junta de Andalucía, adscrito a

creación y de composición íntegramente local. Por otra parte, entiendo que deben reforzarse las competencias en defensa de la autonomía local que no son propias del Consejo Andaluz de Concertación local, de entrada por su composición, y que deben ser objeto de desarrollo en la futura Ley que regule el órgano, a semejanza de la Ley 12/2010 de Cataluña. En efecto, la Ley catalana 12/2010, al no haber duplicidad de órganos, diferencia las funciones encomendadas al Consejo de Gobiernos Locales, que se clasifican en funciones de representación y proposición (artículo 21); participación en tramitación de normas que afecten específicamente a las administraciones locales (artículo 22), y funciones de defensa de la autonomía local, que desarrolla el artículo 23.⁸

El título V, consagrado a la cooperación territorial, omite toda referencia a las comarcas y áreas metropolitanas. Lo más destacado del mismo se refiere a los consorcios: de una parte, la calificación de los consorcios como entidades de cooperación territorial, es decir, entidades locales, y, de otra parte, llevar a cabo su regulación completa en los artículos 77-81, frente a la opción de la Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la demarcación municipal de Andalucía, que se deroga por la presente Ley.

Por último, el título VI, dedicado a la demarcación municipal, presenta escasas novedades; no obstante, destaca, de una parte, una nueva definición de la demarcación territorial,⁹ la enumeración y regulación de nuevos supuestos de alteración de términos municipales,¹⁰ y la

desconexión general de esta regulación con la ordenación del territorio.

4. Las novedades del título II: servicios e iniciativa económica local

Constituye el título II de la Ley, dedicado a los servicios locales de interés general y a la iniciativa económica local, uno de los que presenta mayores novedades. Desde la perspectiva de los ciudadanos y del quehacer diario de las administraciones locales, es claro que la cuestión de la prestación de actividades y servicios es fundamental. Para ello las administraciones locales precisan formular sus propias políticas, desarrollarlas, regular y ordenar servicios y actividades, toda vez que la prestación de actividades y servicios es el principal valor que aportan los entes locales a la vida diaria de los ciudadanos. En este nuevo contexto, no podía seguirse con el simple mimetismo anclado en la mera transposición al ámbito autonómico de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales que se establecen en el artículo 85 LBRL. Cabalmente, se trata de un asunto en el que las administraciones locales se juegan parte de su legitimidad, y que es un eslabón de una cadena donde confluyen o convergen numerosas piezas a tener en cuenta por el legislador: desde la vertiente del Derecho Comunitario, los conceptos de servicios de interés económico general, las reglas de la competencia, régimen de ayudas, y contratación pública; y desde la

la Consejería competente en materia de Administración local (artículo 2). Se regula, pues, como un órgano colegiado más de la Administración de la Junta de Andalucía, integrado por miembros representantes de la Junta de Andalucía y Administración local, pero con voto de calidad del presidente, titular del órgano competente en materia de Administración local. En efecto, el artículo 11, relativo al régimen de adopción de acuerdos, prevé que la adopción de acuerdos en el seno del Consejo Andaluz de Concertación Local requerirá el voto favorable de la mayoría de sus miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley. En caso de empate, decidirá la Presidencia con su voto de calidad.

8. El artículo 23 dispone: "1. El Consejo de Gobiernos Locales tiene funciones de defensa de la autonomía local en las diversas instituciones que tienen como competencia garantizar el respeto de este principio constitucional. 2. El Consejo de Gobiernos Locales, en ejercicio de las funciones a las que se refiere el apartado 1, puede solicitar el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias sobre la adecuación a la autonomía local, garantizada por el Estatuto de autonomía, de los proyectos de ley y las proposiciones de ley, así como de los proyectos de decreto legislativo aprobados por el Gobierno, en los términos establecidos por la Ley del Consejo de Garantías Estatutarias. 3. El Consejo de Gobiernos Locales debe velar por la defensa de la autonomía local con relación a las directivas, las leyes, los reglamentos y cualquier otra norma que incidan en los entes locales de Cataluña".

9. El artículo 88.1 realiza una confusa regulación en la que se mezclan el territorio municipal en el que se ejercen válidamente las competencias, con la capacidad jurídica general de los entes locales en los mismos términos que el resto de las administraciones públicas. El precepto dispone que: "El término municipal es el espacio físico en el que el municipio puede ejercer válidamente sus competencias.

"El ejercicio de determinadas competencias y de actividades relacionadas con servicios públicos o con la iniciativa económica puede ser desarrollado fuera del término municipal cuando sea adecuado a su naturaleza y de acuerdo con los convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos o formas válidas en Derecho que se adopten".

10. En efecto, el artículo 90.1 dispone que los términos municipales podrán ser modificados por: a) Segregación. b) Fusión. c) Agregación. d) Incorporación. e) Aumento o disminución de su cabida debido a dinámicas de la naturaleza.

vertiente del ordenamiento jurídico interno, la reforma del régimen local desde los principios de autonomía y subsidiariedad, y la perspectiva de la calidad de los servicios públicos.

La norma andaluza se ha propuesto una regulación actualizada de las formas de gestión de los servicios públicos locales, aunque no carente de dificultades, partiendo de su dimensión comunitaria, así como de la elemental distinción entre los servicios de interés general y el ejercicio de la potestad de iniciativa pública en la economía (artículo 128.2., primer inciso, CE).

4.1. Servicios locales de interés general y servicios básicos

La falta de rigor del concepto de servicio público manejado en la legislación de régimen local (artículos 85.1 y 25.1 LBRL) como equivalente a actividad local con independencia de su prestación en régimen de Derecho Administrativo o de Derecho Privado y la necesidad de *aggiornamento* del concepto, dado que la privatización y liberalización han transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público por la noción de servicio universal y de las obligaciones de servicio público, aconsejan eliminar la confusión actualmente existente por elevación, partiendo de la noción comunitaria de servicios de interés general. En este sentido, el artículo 26.1 LAULA dispone: "Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía".¹¹

No obstante, la norma no extrae todas las consecuencias que se derivan del Derecho Comunitario, pues

los servicios de interés general constituyen un género que se clasifica en servicios económicos de interés general, a los se aplican las normas del mercado como regla de principio, y los no económicos, excluidos de las normas del mercado y de la competencia. Mas la delimitación de la noción de servicios de interés general y, dentro de estos, los de interés económico, es una cuestión pendiente de armonización a nivel comunitario, y, hasta la presente, ha producido y produce notable inseguridad jurídica, toda vez que queda pendiente de las decisiones adoptadas caso por caso por el TJCE.¹² Además téngase en cuenta que corresponde a los estados miembros o la Unión Europea definir y adaptar, de forma transparente y no discriminatoria, las misiones y los objetivos de los servicios de interés económico general de sus respectivos ámbitos de competencia, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, en interés y para satisfacción general de todos aquellos a los que se dirigen estos servicios (artículos 14 y 106 y 107 TFUE versión consolidada y Protocolo núm. 26 Tratado de Lisboa). Queda, pues, pendiente de elaboración un marco normativo a nivel comunitario que establezca con seguridad jurídica las claves para desarrollar los parámetros de la interacción entre servicios de interés general y libre competencia y la imposición de una obligación de servicio público, que presupone la posibilidad de realizar una compensación entre los sectores de actividad rentables y los menos rentables, y justifica, por ello, una limitación de la competencia de los empresarios particulares en los sectores económicamente rentables.¹³ Todo ello puede provocar resistencias hacia este cambio conceptual y su aprehensión.

La LAULA ha positivizado con acierto unos principios generales informadores del régimen de los servicios de interés general en el artículo 28, entre los que destaca en el número 8) el de transparencia financiera y en la gestión, pues resulta imprescindible determi-

11. Así lo había entendido también el Proyecto de Ley básica de Gobierno y Administración local de julio de 2006, finalmente decaído en su artículo 77.

12. La Comisión Europea publicó la primera definición de SIG en su primera Comunicación del 26 de septiembre de 1996, "Los servicios de interés general en Europa", completada posteriormente mediante la Comunicación sobre los SIG fechada en 2001: "Designan las actividades de servicio, comercial o no, consideradas como de interés general por las autoridades públicas y sometidas por dicha razón a las obligaciones específicas de servicio público" (anexo II COM 2001). En el anexo 1 del Libro blanco de 2004, los SIG se definen como: "servicios comerciales y no comerciales que las autoridades públicas consideran como de interés general y que se encuentran sometidos a las obligaciones específicas de servicio público" (en los mismos términos, el Libro verde sobre los SIG 2003).

13. STJCE, asunto Altmark Trans, 24 de julio de 2003, normas de la competencia y del mercado y los servicios locales de interés económico general. Véase CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., "Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)", QDL núm. 6, 2004, p. 65-80.

nar las condiciones de financiación conforme al Derecho Comunitario de los servicios locales de interés económico general. Es la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas,¹⁴ la que incorpora al Derecho español la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. La norma pretende garantizar la transparencia acerca de la puesta a disposición de fondos con el fin de dilucidar cuándo se trata de compensaciones legítimas por obligaciones de servicio público, y cuándo constituyen subvenciones. Este principio es desarrollado en el artículo 44 LAULA, único precepto en el que el legislador andaluz se refiere de manera expresa a la noción más restringida de servicios de interés económico general,¹⁵ y en el artículo 49, dedicado a la

transparencia de las relaciones financieras aplicado a las empresas públicas locales.¹⁶

Por su parte, la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que sigue la estela del modelo catalán también en este tema,¹⁷ en el artículo 60 dispone: "1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18.^a de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye:

"(...)

"c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos".

En el título III, dedicado a la organización territorial de la Comunidad Autónoma, el Estatuto de Autonomía para Andalucía consagra un precepto dedicado a las competencias propias de los municipios en el artículo 92.¹⁸ El apartado 2 recoge un listado de competencias propias, entre las que destaca la letra d): "Ordenación

14. Según la disposición final primera, tiene carácter básico en virtud de los artículos 149.1.13 CE ("Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica") y 149.1.18 CE ("...bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas...").

15. El artículo 44, bajo la rúbrica "Transparencia en la gestión de los servicios locales de interés económico general", establece: "Cuando las empresas a las que las administraciones locales hayan atribuido la gestión de servicios de interés económico general o hayan concedido derechos especiales o exclusivos realicen además otras actividades, actúen en régimen de competencia y reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público, estarán sujetas a la obligación de la llevanza de cuentas separadas, de información sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados, en los términos establecidos por la legislación estatal y por el Derecho europeo".

16. El artículo 49, en el apartado 1, establece que: "Las empresas públicas locales tendrán el deber de suministrar información, en los plazos que se establezcan en sus estatutos, a la Administración local de la que dependan, sobre la recepción de fondos enviados por las distintas Administraciones públicas, al objeto de garantizar la transparencia de las relaciones financieras".

17. La Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, parte de una nueva clasificación competencial en el artículo 110. En el caso catalán, el artículo 160.1 atribuye a la Generalidad de Cataluña la competencia exclusiva en materia de régimen local, que, respetando el principio de autonomía local, incluye: "b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84", y "c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos". Por su parte, el título dedicado al Gobierno local contiene un listado de competencias locales en el artículo 84.2; entre tales competencias queremos destacar el apartado c): "La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad".

18. El artículo 92 del Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone: "1. El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad.

"2. Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes:

"a) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

"b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial.

"c) Gestión de los servicios sociales comunitarios.

"(...)

"e) Conservación de vías públicas urbanas y rurales.

"f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas.

"g) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del patrimonio histórico y artístico andaluz.

"h) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública.

"i) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública.

"j) Defensa de usuarios y consumidores.

y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”.

Así pues, el Estatuto de Autonomía de Cataluña y el de Andalucía han incorporado de manera expresa dentro del régimen local la noción de “servicios básicos” entre el núcleo irreductible de competencias locales. Pero, mientras que el Estatuto de Autonomía de Cataluña no señala cuáles son los servicios que considera básicos, la Ley orgánica 3/2007 enumera en el artículo 92.2 como servicios básicos de los ayuntamientos andaluces, en los términos que determinen las leyes, los siguientes: “d) la ordenación y prestación del abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, recogida y tratamientos de residuos, limpieza domiciliaria, prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”.

Fácilmente se desprende que el Estatuto de Autonomía para Andalucía en este apartado incorpora, dentro de las competencias locales, lo que en el artículo 26 LBRL¹⁹ son servicios mínimos de prestación obligatoria en función de la población, así como algunos servicios reservados a tenor del artículo 86.3 LBRL.²⁰ En puridad, la noción de servicios básicos como competencia propia de los ayuntamientos de Andalucía constituye una mixtura, una especie de híbrido de los servicios mínimos obligatorios y de algunos servicios reservados en los artículos 26 y 86.3 LBRL. La singularización de los denominados servicios básicos suscita, sin embargo, algunas dudas. En

primer lugar, la más elemental cuestión de si la noción de “servicio básico” tiene una entidad y significación jurídica propias. Téngase en cuenta que la Constitución española utiliza el concepto de servicios esenciales, y no el de básicos, en el artículo 128.2, segundo inciso, al regular la potestad de reserva, así como en el artículo 28, servicios esenciales en caso de huelga. Estimamos que no, pues tampoco tiene consecuencias jurídicas en cuanto a su naturaleza, toda vez que no dejan de ser competencias que el Estatuto de Autonomía reformado reconoce a favor de los entes locales y blinda frente al propio legislador autonómico. Desde esta perspectiva, no hay diferencia con respecto al resto de las competencias que se prevén a favor de los ayuntamientos en el artículo 92.2. A la misma conclusión nos lleva el examen del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aunque en el caso catalán la norma institucional básica no enumera cuáles son los servicios que tienen dicha consideración, lo que ofrece como ventaja que evita su petrificación, pues estos pueden evolucionar y cambiar con el tiempo, además de no entrar en una posible confrontación con la futura Ley básica estatal de régimen local, que, en aras de la igualdad, pudiera citar algunos servicios como competencia irreductible, estándar mínimo de autonomía en todos los ayuntamientos de España para preservar la igualdad básica de todos los ciudadanos, cualquiera que sea el lugar donde residan. Así pues, la única trascendencia jurídica que puede tener la noción de servicios básicos es desde su puesta en relación con la igualdad de las condiciones básicas de los ciudadanos respecto de los servicios que reciben o

“k) Promoción del turismo.

“l) Promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales.

“m) Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público.

“n) Cementerio y servicios funerarios.

“ñ) Las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes”.

19. En efecto, el artículo 26 LBRL dispone: “Los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

“a. En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

“b. En los municipios con población superior a 5.000 habitantes-equivalentes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

“c. En los municipios con población superior a 20.000 habitantes-equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

“d. En los municipios con población superior a 50.000 habitantes-equivalentes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente”.

20. El artículo 86.3 LBRL dispone: “Se declara la reserva a favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. El Estado y las Comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

garantizan su prestación de los entes locales. Desde este punto de vista, se configurarían como una suerte de servicios mínimos comunes para todos los entes locales. De ahí que el juego del núcleo mínimo, para asegurar la igualdad de las condiciones básicas de la Ley estatal, diseñaría un conjunto de actividades y servicios fundamentales, a los que la legislación autonómica de régimen local puede añadir otros. Respecto de los servicios básicos, la LAULA establece: “1. Son servicios públicos básicos los esenciales para la comunidad. Su prestación es obligatoria en todos los municipios de Andalucía. 2. Tienen en todo caso la consideración de servicios públicos básicos los servicios enumerados en el artículo 92.2.d del Estatuto de Autonomía para Andalucía”. Asimismo, el artículo 32.1 declara la reserva a favor de los municipios de los servicios públicos básicos enumerados en la letra d) del apartado segundo del artículo 92 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, lo que habilita, aunque no obliga, a su prestación en régimen de monopolio. A nuestro juicio, la LAULA podría haber avanzado más en la elaboración del concepto de servicios básicos, dotándolos de un contenido propio, como noción estatutaria, conectados de una parte con los derechos fundamentales y el desarrollo de la personalidad y, de otra parte, con la igualdad básica, aunque esta es una pieza más a ensamblar con la futura Ley estatal de Gobierno y Administración local.

4.2. Los modos de gestión de los servicios públicos

Preceptúa el artículo 28 LAULA que las entidades locales pueden prestar los servicios de interés general en régimen de servicio público o de actividad reglamentada. Según la norma, servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato, la actividad objeto de la prestación. En cambio, se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad objeto de la prestación se realiza por particulares, conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

En este marco, la LAULA pasa a regular los modos de gestión de los servicios públicos, manteniendo en el artículo 33 la tradicional división en modos de gestión directa por la propia entidad, o modos de gestión indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración, aunque suprimiendo el anacrónico expediente de municipalización.²¹ La todavía vigente regulación estatal de régimen local ha provocado dudas acerca de la necesidad de seguir o no el denominado “expediente de municipalización” que desgana el artículo 97 TRRL²² para todo tipo de actividades, también para la prestación de servicios públicos locales *stricto sensu*,

21. Recuérdese que la reforma de los modos de gestión de los servicios públicos locales llevada a cabo por la LMMGL, se ha limitado a incorporar como modalidad de gestión directa la fórmula de entidad pública empresarial para el ámbito local. Se ha producido la “lofagización” con carácter básico de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales, toda vez que la finalidad de la reforma ha sido uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, pero desde perspectivas distintas. Pues mientras que la LOFAGE se sitúa en el título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio los artículos 85, 85 bis y 85 ter se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva necesitada de superación de las modalidades de gestión de los servicios públicos. *Vid.* al respecto nuestro trabajo: *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.

22. El precepto dispone: “1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico. b) Redacción por dicha Comisión de una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicables a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

“2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidas a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere el apartado d) deberá ser adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

“Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses (...)”.

incluidos los servicios mínimos obligatorios del artículo 26 LBRL y los reservados (artículo 86.3 LBRL), o solo para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía. Las dudas traen causa en la persistencia del empleo del trasnochado concepto de "municipalización y provincialización", del uso de la expresión de servicios públicos locales como equivalentes a actividades municipales, abstracción hecha de si se trata de la manifestación de la iniciativa pública en la economía, y de su regulación bajo el rótulo común de las formas de gestión de los servicios públicos. En efecto, en terminología del Decreto de 17 de junio de 1955 que aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL), en los artículos 45.1 y 47.1 se denomina municipalización y provincialización a la potestad de iniciativa pública en la economía de los municipios y provincias respectivamente, ya sea en régimen de concurrencia o de monopolio. Pues bien, la LAULA diferencia claramente la actividad de servicio público del ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica.²³ La delimitación entre servicios de interés general e iniciativa económica local, debe traducirse en una diferenciación de procedimiento, como corresponde al ejercicio de potestades que son distintas. La prestación de servicios locales en régimen de servicio público por cualquiera de las modalidades de gestión propia o directa, debe hacerse por medio de un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, suprimiendo toda referencia a los decimonónicos conceptos de municipalización o provincialización de servicios. La LAULA lo hace en el artículo 32.3 para la prestación en régimen de monopolio. De dicho expediente se ha eliminado, en virtud de la disposición adicional primera, la aprobación del ejercicio en régimen de monopolio de las actividades y servicios esenciales reservados a

favor de las entidades locales por el Consejo de Gobierno, es decir, se ha suprimido el control de tutela establecido en el artículo 97.2 TRRL: "Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses". Tutela superflua y contraria a la autonomía local, toda vez que corresponde al legislador que declara la reserva de servicios esenciales que habilita al monopolio, y que ha ponderado los intereses generales implicados.

La LAULA incluso ha acuñado diferente terminología para subrayar el ejercicio de potestades públicas diversas: sociedad mercantil local o interlocal en el caso de erigirse una compañía mercantil de responsabilidad limitada en modo directo de gestión de los servicios públicos, y empresa pública local en el caso de ejercicio de la iniciativa económica local (artículos 45-49).

Para la LAULA, tiene la consideración de gestión propia o directa la prestación de los servicios públicos que las entidades locales desarrollen por sí o a través de sus entes vinculados o dependientes.

El artículo 33.3 LAULA enumera las modalidades que puede revestir la gestión propia o directa: a) Prestación por la propia entidad local. b) Agencia pública administrativa local. c) Agencia pública empresarial local. d) Agencia especial local. e) Sociedad mercantil local. f) Sociedad interlocal, y g) Fundación pública local.

Como novedades destaca la terminología adoptada, pues la LAULA ha homologado la denominación de los entes instrumentales como modos directos de gestión de los servicios públicos a la terminología acuñada en el título III de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía²⁴ (LAJA). No obstante, esta opción, siendo legítima, pues forma

23. Véase el acierto de la exposición de motivos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de normas reguladoras de la Administración local de Aragón, cuando declara que: "En materia de servicios y actividad económica, la Ley sigue las orientaciones establecidas en la legislación básica estatal, pero simplifica el régimen de la iniciativa local en materia económica, prescindiendo del equívoco concepto de municipalización y provincialización, que tuvo su razón de ser en un momento histórico y con un marco jurídico, en los que la iniciativa económica local tenía carácter excepcional. No tiene ahora sentido, cuando dicha iniciativa está recogida en el art. 128.2 de la Constitución y en la legislación básica estatal de régimen local. La distinción que hoy debe mantenerse es la existente entre servicios o actividades en régimen de libre competencia y en régimen de monopolio".

24. El artículo 50 de la Ley 9/2007 establece que: "1. Tienen la consideración de entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, a los efectos de esta Ley, las entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus entes públicos, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico, que tengan por objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a la ciudadanía, en los términos previstos en esta Ley". A tenor del artículo 52 las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía se clasifican en: a) Agencias. b) Entidades instrumentales privadas: 1.º Sociedades mercantiles del sector público andaluz. 2.º Fundaciones del sector público andaluz. Por su parte, el artículo 54.2 clasifica a las agencias en: a) agencias administrativas; b) agencias públicas empresariales, y c) agencias de régimen especial.

parte de la potestad organizatoria sobre régimen local, sin embargo adolece de falta de depuración terminológica desde la perspectiva de la calidad de las normas. Así, respecto de la Agencia pública administrativa local, consideramos que le sobra el adjetivo de pública; por lo demás, a lo largo del texto, en algunas ocasiones se refiere simplemente a Agencia administrativa local (artículo 34). Lo mismo para la Agencia pública empresarial local, pues el texto en ocasiones se refiere simplemente a Agencia empresarial local (artículo 35.1).

Constituye una novedad la inclusión de la Agencia local de régimen especial, que se regula en el artículo 36 a semejanza de las agencias en régimen especial reguladas en el artículo 71 LAJA, lo que, a su vez, constituye la importación de este tipo de personificación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Lo que caracteriza a las agencias en régimen especial es el contrato de gestión regulado en el artículo 72 LAJA. La actuación de las agencias de régimen especial se producirá con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión, que definirá los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y la gestión a desarrollar.

Una de las grandes aportaciones de la LAULA ha sido positivizar el principio de correspondencia entre forma jurídica y fin en el artículo 27.11), "Adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa", en definitiva, como criterio de control de la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos. Este criterio, por lo demás implícito en la LOFAGE,²⁵ se manifiesta en la prohibición de que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad puedan prestarse mediante modalidades contractuales de colaboración, ni mediante Sociedad mercantil local o interlocal, ni Fundación pública local (artículo 33.5); en el artículo 34.1, al ordenar que las entidades locales no podrán crear agencias públicas administrativas para el ejercicio de actividades

económicas en régimen de mercado; en el artículo 35.2, al preceptuar que no podrán atribuirse a las agencias públicas empresariales locales, cuyo objeto sea exclusivamente la producción de bienes de interés público en régimen de mercado, potestades que impliquen ejercicio de autoridad; en el artículo 42.1, al regular que las fundaciones públicas locales no podrán ejercer potestades públicas; y en el artículo 46.4, al ordenar que las empresas públicas en ningún caso podrán ejercer potestades públicas.

Respecto de la Sociedad mercantil local, el artículo 38 mejora la redacción del artículo 85 ter LBRL en los siguientes aspectos:

– El artículo 85 ter, que viene a transcribir casi literalmente la disposición adicional 12 de la LOFAGE, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), se olvida de toda referencia a la legislación patrimonial pública contenida en la LPAP. Esta Ley, en el título VII, "Patrimonio Empresarial de la Administración General del Estado", regula las sociedades estatales. Pero hay que notar que el referido título VII no es básico, y solo es aplicable a la Administración General del Estado. Con todo, en la LPAP sí hay preceptos básicos como los principios aplicables a los bienes y derechos patrimoniales que enumera el artículo 8, toda vez que los títulos representativos de capital en sociedades mercantiles son bienes patrimoniales. El artículo 38.2 colma esa omisión, haciendo expresa referencia a la normativa patrimonial en el grupo normativo aplicable a la Sociedad mercantil local.

– El artículo 85 ter establece la remisión a los estatutos para la configuración de la forma de designación y funcionamiento de los órganos de la entidad, con lo que el precepto parece acabar con la especialidad orgánica más característica de las sociedades mercantiles de capital exclusivo local (en la terminología tradicional, Sociedad privada municipal): que el Pleno de la Corporación se constituya en Junta General de la compañía, que a su vez designa el Consejo de Administración (artículos 90 a 94 del Reglamento de servicios

25. Implícitamente, la LOFAGE ha aportado un criterio de racionalización consistente en el establecimiento de una correspondencia entre forma jurídica elegida y fin o actividad como límite a la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos, pues cabalmente constituye un elemento esencial en aras de diferenciar, desde un punto de vista material, la fórmula del Organismo Autónomo de la Entidad pública empresarial local. Baste decir ahora que, a tenor del artículo 45.1 LOFAGE, la fórmula del OA ha de ser utilizada para la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. En cambio, las actividades propias de las entidades públicas empresariales (EPES), a tenor del artículo 53 LOFAGE, son la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

de las corporaciones locales, de 17 de junio de 1955). Ahora, el artículo 38.4²⁶ para la Sociedad mercantil local de Andalucía vuelve a restablecer, sin excepción, la correspondencia entre el Pleno y la Junta General de la Sociedad. Estimo que el criterio es acertado: abogar por su mantenimiento refuerza y subraya la proximidad de la dependencia de la Sociedad mercantil local como puro ente instrumental en manos de la Administración municipal. Solo cuando la Sociedad mercantil local está participada indirectamente a través de un ente instrumental (Agencia pública administrativa local, Agencia pública empresarial local, Agencia especial local, Sociedad mercantil local o Fundación pública local), podría justificarse la supresión de dicha correspondencia entre Pleno y Junta General.²⁷

– Asimismo, el artículo 38 impone el requisito de la aprobación y publicación de los estatutos con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la Sociedad mercantil local, dada su naturaleza normativa confirmada por la reciente STS de 24 de noviembre de 2009 (RAJ 2010/1823) que declara la nulidad de los estatutos de EGMASA.²⁸ Por contraste, el artículo 85 ter LBRL

omite esta exigencia de la aprobación y publicación de sus estatutos (BOP) con carácter previo al inicio de su funcionamiento efectivo, criterio que en cambio sí establece el artículo 85.bis.3 LBRL para los estatutos de los organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales.

La LAULA contempla expresamente la Sociedad interlocal²⁹ entre las modalidades directas de gestión de los servicios públicos, es decir, aquella cuyo capital está integrado en exclusiva por el concurso de entes locales (varios municipios, municipios con Diputación provincial), como manifestación de la cooperación y colaboración entre entes locales para prestar actividades y servicios de su competencia y titularidad. La fórmula hay que delimitarla adecuadamente, al objeto de que se acomoden al Derecho Comunitario de la contratación pública, y, en particular, a su exclusión, los denominados negocios domésticos o *in house providing*. Es lo que en el artículo 4.1.n de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), se denominan medios propios o servicios técnicos de la Administración, en relación con el artículo 24.6,³⁰ como negocio

26. El artículo 38.4 preceptúa: “Los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del Consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local”.

27. Vid. nuestro trabajo: “La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales”, *RAAP*, núm. 57, 2005, p. 65-102.

28. Decreto 117/1998, de 9 de junio, por el que se modifica el Decreto 99/1989, de 7 de febrero, de constitución de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA), por falta de trámite de audiencia en la elaboración de la disposición general cuestionada.

29. Pionera en acuñar esta fórmula es la Ley 1/2007, de 14 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/1990, de Administración local de Navarra, en materia de contratación. El artículo 224.5, en su nueva redacción, dispone: “Las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades públicas dependientes de aquella o aquellas se entenderán como entes instrumentales propios de ella o de todas ellas a efectos de que a las encomiendas a las mismas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, concesiones de obras o servicios o asistencia no les sea de aplicación la legislación foral de contratos públicos siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Ausencia de autonomía decisora respecto de las entidades encomendantes, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades. b) Que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes”.

30. El artículo 4 LCSP dispone: “1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

“(…)”

“n) 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.ª 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”.

Por su parte, el artículo 24.6 establece: “6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

excluido de su ámbito de aplicación. La Sociedad mercantil interlocal, como fórmula de colaboración y de control conjunto por varios entes locales, ha de cumplir cumulativamente los requisitos enunciados por el TJCE en el asunto Teckal y sus desarrollos posteriores: ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades locales encomendantes, al ejercer estas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios; y que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes en su conjunto.³¹ Estimamos que el artículo 39 se ajusta a los requisitos de los medios propios o servicios técnicos. El precepto dispone: "Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

"1) Capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.

"2) Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

"3) Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen.

"4) No pueden tener encomendadas actividades de mercado.

"5) Como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean".

No obstante, precisan de aclaración los requisitos 4), no ejercer actividades de mercado, y 5), que ordena que en calidad de medio propio, la Sociedad solo pueda prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean. Ambos requisitos están relacionados, y han de interpretarse en clave de la legislación de contratos. Se entiende por actividad de mercado cualquier actividad, dentro del objeto social, prestada para

un tercero, sea privado o público, entendiéndose por tercero un ente distinto de los poderes adjudicadores locales que integran y controlan la Sociedad como medio propio. La delimitación de los "medios propios o servicios técnicos" de la Administración, evoca la cuestión previa y elemental de la delimitación de las relaciones instrumentales de las contractuales, pues solo de estas últimas se predicen las garantías propias de la contratación pública, pues el fundamento de los encargos domésticos se encuentra en la inexistencia de relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos. Se trata de una opción de naturaleza organizativa.

Ejercer la parte esencial de su actividad para el ente o entes que controlan el medio propio, es un requisito que se configura como elemento definidor de los encargos *in house*, fundamento del medio propio o servicio técnico como manifestación de la potestad autoorganizadora de las administraciones, que excluye la existencia de relación contractual; y, de otra parte, es un elemento esencial para que no se distorsione la competencia en el mercado. No obstante, este requisito, que es imprescindible para prevenir que se falsee el juego de la competencia en el mercado común y se garanticen las libertades de circulación, ha de ser concretado con mayor precisión por la doctrina del TJCE, toda vez que el estatuto legal de los entes configurados como medios propios suele tener un objeto híbrido, por cuanto, además de los negocios domésticos, operan también en el mercado, es decir, para terceros. Mas entiendo que, en aras de evitar que la competencia sea falseada, la atribución expresa en la norma de creación o en los estatutos de un objeto híbrido de encargos internos y actividad de mercado, debe ser excepcional, y no práctica común, pues esta circunstancia es

"En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

"La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas".

31. Vid. ampliamente nuestro trabajo: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie Claves del Gobierno Local, 9, 2009.

un claro indicio de la vocación de mercado de la entidad instrumental. Asimismo, en la norma de creación debería motivarse suficientemente esta opción, que, no se olvide, representa en la práctica un claro peligro de distorsión del concepto de ente instrumental como medio propio o servicio técnico de la Administración, a efectos de la exclusión de la aplicación de la normativa de la contratación pública. De ahí que, si una vez justificada suficientemente, se opta por la atribución de un objeto híbrido, debiera imponerse la exigencia de que el estatuto legal de los entes configurados como medios propios establezca una clara separación jurídica y contable entre las dos cualidades en las que pueden actuar, como medio propio y en régimen de mercado. También debe exigirse la cláusula legal de que la actividad de mercado debe ser accesoria y marginal para seguir manteniendo el estatus de medio propio, como garantía contra posibles falsificaciones de la competencia.³²

Este peligro es el que ha tratado de conjurar la LAULA con la prohibición de ejercer actividades de mercado, en el bien entendido de que la actividad de mercado, que, como medio propio, es decir, excluido de la legislación de contratos, tiene vedada la Sociedad interlocal, se define no por su naturaleza, sino en función de para quién se desarrolla. Será actividad de mercado toda aquella que ejerza la compañía mercantil para entes distintos de los poderes adjudicadores locales que la integran y ejercen un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

Este requisito también incide derechamente en la cuestión de la competencia territorial y sus límites en el ejercicio de las actividades y servicios por las administraciones públicas, al tiempo que constituye una consecuencia de la condición de ente instrumental como

medio propio. Este asunto se ha suscitado en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en el ámbito local, en relación con las sociedades mercantiles locales como modo de gestión de los servicios públicos (artículo 46 RSCL),³³ y tiene su origen en la confusión entre la empresa pública como manifestación de la potestad de iniciativa pública económica, sometida a la libre competencia y al mercado, y donde, en principio, no ha lugar a limitación territorial alguna en el ejercicio de la actividad económica, y la empresa pública como manifestación de la potestad autoorganizatoria de la Administración que la controla, en cuyo caso, el ámbito de la competencia territorial de la Administración matriz que controla, se erige también en límite de la extensión territorial de la parte esencial de su actividad que el medio propio realiza como tal. En este sentido ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 88.1, aunque no resulte afortunada su regulación, al definir el concepto de término municipal: "El término municipal es el espacio físico en el que el municipio puede ejercer válidamente sus competencias. El ejercicio de determinadas competencias y de actividades relacionadas con servicios públicos o con iniciativa económica puede ser desarrollado fuera del término municipal cuando sea adecuado a su naturaleza y de acuerdo con los convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos o formas válidas en Derecho que se adopten".

Por último, la LAULA ha incorporado la Fundación pública local, regulada en los artículos 40-43, como modo de gestión de los servicios públicos, colmando la omisión de la LOFAGE y de la LBRL. Hay que tener en cuenta que el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones contiene una habilitación legal genérica, en el artículo 8, para que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones, salvo que

32. Asimismo, el requisito de realizar la parte esencial de la actividad para la Administración o administraciones que la controlan, siempre que estén habilitadas también para operar en el mercado, es un requisito dinámico y no estático, máxime teniendo en cuenta que, tal y como se configura hasta ahora, no se establecen límites a la actividad de mercado de los medios propios. En este sentido, cabe citar el acierto del Decreto 27/2007, de 26 de marzo, de desarrollo del artículo 8 de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de contratos de Navarra, relativo al régimen de las encomiendas que realicen la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos a sus entes instrumentales, que configura con carácter temporal el reconocimiento de ente instrumental a estos efectos en los siguientes términos: "Las empresas y demás entidades, al objeto de ser destinatarios de encomiendas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos autónomos, deberán obtener previamente el reconocimiento expreso de su carácter de ente instrumental mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra, que determinará el Departamento al que queden adscritas a estos efectos y el plazo de vigencia, que no podrá exceder de cuatro años, salvo revocación anticipada por cambios sobrevenidos de sus circunstancias o decisión fundada del Gobierno de Navarra".

33. El artículo 46.1. RSCL preceptúa: "Para que proceda la municipalización o provincialización se requerirá la concurrencia de las siguientes circunstancias en los servicios a que hayan de referirse:

"(...)

"c) Que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro".

sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Además, el capítulo XI de la Ley lleva a cabo una regulación específica para las denominadas “fundaciones del sector público estatal”.

4.3. La iniciativa económica local

Por último, el capítulo II, artículos 45-49, regula de manera diferenciada la potestad de iniciativa económica local. La CE reconoce sin ambages la potestad de iniciativa pública económica, en régimen de igualdad y libre concurrencia con la iniciativa privada, en el artículo 128.2, primer inciso. Sus principios de actuación son la igualdad, concurrencia y no discriminación con la empresa privada, régimen que también se aplica a los entes locales. El artículo 45.1 proclama: “En los términos del artículo 128.2 de la Constitución Española, las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia”.

La potestad de iniciativa económica de los entes locales, no debe quedar sujeta al mismo procedimiento que el ejercicio de la potestad de reserva de los recursos o servicios esenciales, sino a uno más simplificado: el acuerdo de la entidad local adoptado por mayoría (artículo 45.2). De ahí que, con acierto, se haya suprimido a lo largo de su articulado toda referencia al concepto de municipalización y provincialización, expresivo vestigio de un Estado liberal que considera la iniciativa económica local como algo excepcional, que no se compadece con el artículo 128.2 CE. Asimismo, el término municipal no constituye un requisito en el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica, esto es, del ejercicio de actividades económicas por los entes locales. Eso sería como “poner puertas al campo” de la actividad económica. El territorio es requisito de validez de la competencia, es decir, de

actividades de la competencia y titularidad local, pero no del ejercicio de actividades económicas como un empresario más en el mercado, de la misma manera que de la Constitución española no se infiere semejante límite territorial para el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica para el Estado ni para las comunidades autónomas.

Para el ejercicio de actividades económicas las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de empresa pública local, que la Ley define en coherencia con el Derecho Comunitario, en base al control efectivo, como: “cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Asimismo las empresas públicas en ningún caso podrán ejercer potestades públicas” (artículo 46).³⁴

En otro caso, y en aplicación del principio de correspondencia entre forma y fin, la fórmula a elegir por los entes locales andaluces será la de Agencia pública empresarial local, sin atribución de potestades públicas exorbitantes (artículo 35.2).

La LAULA acoge también la teoría de acto separable, aunque se echa en falta su expresa calificación como acto administrativo, del acuerdo municipal de creación de una empresa pública local, y se regula su contenido mínimo obligatorio en el artículo 47, en los siguientes términos:

“1. La creación de la empresa pública local requiere autorización del pleno mediante acuerdo adoptado por mayoría, previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, acuerdo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y habrá de especificar como contenido mínimo obligatorio:

- a) Denominación. b) Forma jurídica de la sociedad.
- c) Descripción de las actividades que integran el objeto

34. Se acomoda al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, la que incorpora al Derecho español la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. La Ley 4/2007 define con carácter básico la noción de empresa pública acorde con el carácter pragmático funcional del Derecho Comunitario en los siguientes términos: “Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rijan. 2. En particular, y en la Administración General del Estado, se considerarán empresas públicas, las entidades a que se refiere el apartado 1 del art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas. 3. En el ámbito autonómico y local, se considerarán empresa públicas las entidades en las que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado primero”.

social. d) Facultad de participar o crear otras sociedades mercantiles. e) Participación de la entidad local en el capital social, así como mecanismos para garantizar el mantenimiento de la posición de partícipe mayoritario cuando sea oportuno por razón de interés público. f) Líneas básicas de su organización y de funcionamiento de la administración de la sociedad y, en su caso, del consejo de administración. g) Adscripción.

“Asimismo, el acuerdo debe incorporar y aprobar el proyecto de estatutos y el plan inicial de actuación en los mismos términos que los establecidos para las agencias”.

Se acompaña así la LAULA con la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, artículo 76.2, al disponer:

“El acuerdo del Consejo de Gobierno de autorización para la creación de las sociedades mercantiles del sector público andaluz constituye un acto administrativo que deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y que deberá especificar como contenido mínimo obligatorio (...)”.

5. Conclusión

La Ley de autonomía local ha situado a la Comunidad Autónoma de Andalucía como referente en el desarrollo estatutario del régimen local, bajo las nuevas claves de la Carta europea de la autonomía local y de la “interiorización” autonómica del régimen local.

Como calificación general puede decirse que es una norma novedosa y pionera en muchos aspectos, pero junto con sus luces, presenta también sombras, amén de cuestiones técnicas que podrían haberse depurado a lo largo de la tramitación.

Sin embargo, en esta reflexión final estimo que es necesario llamar la atención sobre dos cuestiones esenciales: una opera en el plano jurídico, y la otra se refiere a la crisis económica que nos aflige.

En el plano jurídico, es necesario subrayar que la LAULA se acaba de aprobar bajo las nuevas claves de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que no se compadecen con los postulados de la todavía vigente LBRL de 1985 y del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986. Y es claro que algunos de los preceptos de la Ley andaluza de autonomía local no resisten el contraste con la LBRL. El Estado debería haber retomado los trabajos de 2005 y 2006 para la elaboración

de una nueva Ley básica del Gobierno y de la Administración local, que hoy por hoy estimamos inaplazable. Presenciamos la esquizofrenia de vivir simultáneamente en dos tiempos: el pasado, representado por la legislación estatal de régimen local, y el presente, con normas como la LAULA y otras que vendrán en un futuro próximo.

En otro orden de consideraciones, también aquí las coyunturas importan, pues no se debe olvidar que, cuando se fraguan y ven la luz las reformas estatutarias que asumen el régimen local como competencia exclusiva, el contexto económico era otro. Todavía se vivía bajo los focos deslumbradores de una aparente bonanza económica capaz de sufragar cualquier reforma de la organización territorial, así como las prestaciones propias de un Estado del bienestar avanzado. La propia elaboración de esta Ley de autonomía local y la de participación de los entes locales en los tributos de la Comunidad Autónoma se inició en este contexto, muy distinto al que ha estallado en la última fase de su tramitación y aprobación. Y no cabe duda de que, una vez más, se cumplirá la máxima de que en caso de crisis económica esta perjudicará más al nivel de Gobierno territorial más débil, es decir, al Gobierno local. Y como muestra un botón, el Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE núm. 126, de 24 de mayo), cuyo artículo 14. Dos dispone: “A partir de la entrada en vigor de la presente norma y hasta 31 de diciembre de 2011, las entidades locales y sus entidades dependientes clasificadas en el sector Administraciones Públicas no podrán acudir al crédito público o privado a largo plazo, en cualquiera de sus modalidades, para la financiación de sus inversiones, ni sustituir total o parcialmente operaciones preexistentes, a excepción de aquellas que en términos de valor actual neto resulten beneficiosas para la entidad por disminuir la carga financiera, el plazo de amortización o ambos”. Medida sorpresiva, suavizada en virtud de la corrección de errores publicada en BOE de 25 de mayo de 2010, en cuya virtud, el artículo 14. Dos, donde dice: “A partir de la entrada en vigor de la presente norma y hasta 31 de diciembre de 2011...”, debe decir: “A partir del 1 de enero de 2011 y hasta 31 de diciembre de 2011”, pero que coloca a los entes locales en una situación más que difícil.

Asimismo, la opción de la Ley de autonomía local de homologar la regulación de sus entes instrumentales a la Ley de Administración de Andalucía, siendo

en principio un criterio acertado, se encuentra con el escollo de que, ante la crisis, el Pleno del Parlamento andaluz aprobó el 8 de abril pasado una proposición no de Ley del Grupo Socialista, que fue apoyada por el PP-A y rechazada por IULV-CA, en la que se insta a la Junta a “racionalizar las estructuras y funcionamiento del sector público administrativo, empresarial y fundacional al objeto de lograr ganancias en términos de accesibilidad y flexibilidad”, todo ello orientado a conseguir mayor “eficacia, eficiencia y economía”. Se está elaborando un Decreto-ley de modificación de la LAJA y de sus entes instrumentales, dirigido en un primer paso a la supresión y refundición de algunas agencias.

En definitiva, se trata de hacer de la necesidad virtud. La crisis económica ha provocado volver a repensar las estructuras administrativas y del sector público de todos los niveles de Gobierno. Se trata, pues, de “repensar el Estado”. Por todo ello, la LAULA, aunque bienvenida, no va a tener fácil su andadura. ■

QDL24

informes de las asesorías jurídicas de los entes locales

La sección "Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales" publica informes aportados por los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales, los cabildos y los consejos insulares que forman parte de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

La finalidad de la sección es dar publicidad a la solución de cuestiones concretas planteadas respecto de asuntos en los que deben dictaminar los servicios jurídicos de los entes locales a que hemos hecho referencia. Para valorar la importancia de esa publicidad debe recordarse que los entes locales de segundo grado son titulares de la competencia de asistencia jurídica y técnica a los municipios, que se concreta, entre otros muchos aspectos, en la emisión de informes y dictámenes concretos. La eficacia de esa asistencia, una vez satisfecho su objeto principal de apoyar al municipio concreto, se potencia dando publicidad a los informes realizados sobre cuestiones concretas de interés para el conjunto de los entes locales o que aportan criterios de interpretación jurídica de interés para la actividad de estos.

En este QDL 24 publicamos dos trabajos: "Publicidad de las actas del Pleno y de otros órganos colegiados en la web corporativa", elaborado por Juan Carlos Velasco Parra, letrado coordinador del Servicio de Asesoría Jurídica de la Diputación de Barcelona, y la "Propuesta de Reglamento de Administración electrónica para las entidades locales de Huesca", elaborado por Luis Arduña Lapetra, técnico jurídico del Área de Nuevas Tecnologías de la Diputación Provincial de Huesca, y por Jorge I. Pueyo Moy, letrado jefe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Huesca.

Esta sección de informes de las asesorías jurídicas de los entes locales, la coordina la secretaria general de la Fundación Democracia y Gobierno Local y de la Diputación de Barcelona, Petra Mahillo García.

Publicidad de las actas del Pleno y de otros órganos colegiados en la web corporativa

Juan Carlos Velasco Parra

Letrado coordinador del Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Barcelona

- 1. Publicación de información administrativa y protección de datos**
- 2. Publicidad de las sesiones de los órganos colegiados y de los acuerdos corporativos en la normativa de régimen local**
 - 2.1. Publicidad de las sesiones de los órganos colegiados corporativos
 - 2.2. Publicidad de los acuerdos y resoluciones
 - 2.3. Publicación potestativa de las actas de los órganos de gobierno y protección de datos personales
- 3. La protección de datos personales como derecho fundamental**
 - 3.1. El artículo 18.4 de la Constitución Española. Configuración del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo e independiente del de intimidad
 - 3.2. ¿Qué debemos entender por datos personales?
 - 3.3. Régimen de la cesión o comunicación de datos personales en la LOPD y su aplicación al caso estudiado
- 4. Posición de la Agencia Española de Protección de Datos**
 - 4.1. Naturaleza de la Agencia de Protección de Datos
 - 4.2. Resolución 596/2003, de 4 de noviembre
 - 4.3. Informe del Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 (también el 526/2009, y el 202/2009)
- 5. Posición de la Agencia Catalana de Protección de Datos**
 - 5.1. La Recomendación 1/2008
 - 5.2. Informe 4/2008 (también el 13 y 15/2008, y el 36/2009)
 - 5.2.1. Vinculación entre publicidad de las actas y régimen de acceso a los archivos y registros corporativos.
 - 5.2.2. Posibilidad de publicar las actas en la web municipal anonimizando los datos personales
- 6. Iniciativas legislativas proyectadas**
- 7. Límites a la habilitación legal del artículo 70.1 LRBRL**
 - 7.1. Naturaleza del medio de difusión como circunstancia a ponderar en la resolución de conflictos de derechos fundamentales
 - 7.2. El principio de calidad y el de proporcionalidad en la publicación de información administrativa
 - 7.3. El modelo actual de acceso a los archivos y registros públicos
 - 7.4. Un ejemplo paradigmático: la publicidad de los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales
- 8. Criterios propuestos para permitir la publicación de las actas plenarias en la web institucional**

1. Publicación de información administrativa y protección de datos

No nos ofrece duda alguna el derecho de los ciudadanos a la información administrativa y a la participación en los asuntos públicos, que se configura como un derecho fundamental previsto en el artículo 23.1 de la Constitución Española (en adelante CE), y el correlativo deber de las administraciones públicas de hacerlo efectivo.

En ocasiones, es la propia norma la que prevé en qué supuestos debe la Administración facilitar una determinada información, y en otras, es la propia Administración la que por propia iniciativa, de oficio, decide publicitar una determinada información sin que exista una norma que lo exija expresamente. Es éste último caso el de las actas de las sesiones de los órganos colegiados, y en especial de las sesiones de los plenos municipales.

Convendremos en que con esa iniciativa el Ayuntamiento realiza un ejercicio de transparencia y, si se quiere, de responsabilidad política, pues lo que se persigue es que los ciudadanos conozcan los asuntos que se tratan, las deliberaciones de los miembros electos, el sentido de su voto y, en definitiva, qué hace el Ayuntamiento. Ahora bien, habrá que tener en cuenta si confluyen derechos o intereses, también de rango constitucional, que hayan de ser objeto de protección y con los que, por tanto, se pueda plantear una colisión de derechos, como ocurre aquí con el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La publicación en la página web institucional de una información que contenga datos de carácter personal (si no los contiene, no se producirá colisión alguna) supone una cesión masiva de datos, es decir, un tratamiento de datos que ha de quedar sometido a los principios y garantías establecidos en la normativa de protección de datos personales.

Por tanto, cuando se plantea la publicación del acta de una sesión plenaria que contiene datos personales, se produce un conflicto de derechos constitucionales: el derecho de acceso y de participación en los asuntos públicos, de un lado, y el de protección de datos, de otro lado.

Y la manera de conciliar dichos derechos pasará por permitir la publicación con el menor nivel de injerencia posible en la protección de datos, sin que la publicación pierda su finalidad. Aunque esto que es fácil decir, no lo es tanto a la hora de llevarlo a la práctica, donde se han generado en estos últimos años ciertas tensiones entre diferentes agentes del mundo local y la Agencia Catalana de Protección de Datos, a la que luego haremos referencia.

Una de las claves para poder resolver el conflicto, es partir de la idea siguiente: no se trata de limitar el acceso a información pública porque exista un interés propio de la Administración, sino porque es necesario proteger los derechos de las personas; los datos personales no son de la Administración pública, que no es titular del derecho fundamental a la protección de datos personales, sino que son de los ciudadanos.

Y otra es ser conscientes de la naturaleza del medio de difusión ante el que nos encontramos: Internet. La Administración ha pasado, por un lado, a pu-

blicar en Internet lo que antes hacía en un tablón de anuncios,¹ y por otro lado, sigue enviando al boletín oficial una información que antes en papel a los pocos días no era localizable y se restringía a un ámbito territorial, y ahora se encuentra fácil, permanente y universalmente accesible a través de los buscadores de Internet.

En definitiva, este trabajo no tiene otra intención que establecer unas reglas o criterios generales, o de fundamentos, para resolver este conflicto de derechos fundamentales, pero seguramente en no pocas ocasiones ello no va a evitar la necesaria valoración de las circunstancias del caso concreto para decantar la prevalencia de uno u otro derecho.

Por lo demás, esencialmente haremos referencia a las actas del Pleno de los ayuntamientos, si bien todo cuanto se diga aquí será aplicable a las actas de otros órganos colegiados de entes locales cuyas sesiones sean públicas.

2. Publicidad de las sesiones de los órganos colegiados y de los acuerdos corporativos en la normativa de régimen local

2.1. Publicidad de las sesiones de los órganos colegiados corporativos

Sobre la publicidad de las sesiones de los diferentes órganos que, sea de forma preceptiva o facultativa, puedan formar parte de la organización corporativa, es especialmente claro el artículo 156 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril (en adelante LMRLC).

Así, las sesiones del Pleno serán públicas, excepto que por mayoría absoluta de los miembros electos se declare el secreto del debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de determinadas personas. En el mismo sentido, el artículo 70.1 de la Ley 7/1985, de 4 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRRL), y los artículos 88 y 227.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades

1. Según el artículo 12 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP), "La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en el tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo competente".

locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante ROF).

Son igualmente públicas las sesiones de los órganos de participación (artículo 156.2 LMRLC).

Y, en cuanto a las sesiones de la Junta de Gobierno Local, el precepto establece que no son públicas² (apartado 1), como también prevén los artículos 70.1 segundo párrafo LRBRL y 113.1 b) y 227.2 ROF, sin perjuicio de la publicidad y comunicación a la Administración estatal y a la autonómica de los acuerdos adoptados, y de la remisión de una copia del acta a todos los miembros de la corporación.

Por otra parte, tampoco son públicas las sesiones de las comisiones informativas, sin perjuicio de la posibilidad de convocarse, solo a los efectos de escuchar o recibir informe con relación a un asunto concreto, a representantes de determinadas asociaciones o entidades interesadas (artículo 227.2 ROF).

Sí podrán ser públicas, en cambio, las sesiones del resto de órganos complementarios que puedan prever los reglamentos orgánicos municipales en los términos que establezca la legislación, la reglamentación o el correspondiente acuerdo plenario por el que se rijan (artículo 227.3 ROF).

Pues bien, de todas las sesiones se ha de levantar acta, entendida como documento donde se recoge el debate y la votación de los acuerdos, además de la parte dispositiva o resolutive de estos acuerdos. Una vez aprobadas, se han de transcribir en el Libro de Actas correspondiente, autorizándolas con las firmas del alcalde o presidente y del secretario (artículos 110 y 111 LMRLC, y 109 ROF).

Ciertamente, el acta tiene la consideración de instrumento público solemne,³ pero no se prevé su difusión ni su exposición pública. Sin embargo, también hay que decir que la cuestión de su publicación sí está siendo objeto, al menos en Cataluña, de iniciativas en forma de proyectos legislativos que se están llevando a cabo desde el Govern de la Generalitat, en el sentido que más adelante se expondrá.

Podemos, si acaso, adelantar ahora que existe una clara voluntad del legislador de destacar el carácter público de las actas y de promover la publicación de las actas del Pleno en la web municipal, pero también es su voluntad que ello se haga teniendo en cuenta los principios y garantías de la normativa de protección de datos y la de protección del derecho al honor y a la intimidad.

2.2. Publicidad de los acuerdos y resoluciones

Cuestión diferente al carácter público o no de los órganos colegiados, es la obligación que pesa sobre las corporaciones locales de publicar o notificar, según los casos, los acuerdos que adopten,⁴ establecida en los artículos 70.2 LRBRL, 155.1 TRLMC, y 81.1.g), 196 y 229.2 ROF; obligación que alcanza tanto a los acuerdos del Pleno como a los que adopta la Junta de Gobierno, con independencia de que las sesiones hayan sido o no públicas.

Así, el artículo 70.2 LRBRL establece que “los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley”, mandato que responde al derecho de información y de participación política de los ciudadanos y a la obligación de divulgación de las actividades de la corporación. También responde al principio más genérico de publicidad de los actos administrativos establecido en el artículo 60.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC), a tenor del cual: “Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente”.⁵ Y en última instancia, por supuesto, al principio de “publicidad de las normas” constitucionalmente garantizado (artículo 9.3 CE).

2. Por ejemplo, los órganos de gestión descentrada regulados en el artículo 61 LMRLC, o los de participación sectorial del artículo 62 LMRLC.

3. Artículo 52.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril; y en el mismo sentido el artículo 198 del ROF.

4. Esto es, el producto o resultado del debate y de la votación, no el propio contenido del debate y de las deliberaciones.

5. Si bien la propia LRJPAC prevé en el artículo siguiente, el 61, como facultad del órgano administrativo que corresponda, la siguiente: “Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento”.

Por su parte, el artículo 229.2 ROF va un poco más allá al exigir que la corporación, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, (...) dará publicidad resumida del contenido de las sesiones plenarias y de todos los acuerdos del Pleno y de la Comisión de Gobierno, así como de las resoluciones del Alcalde y las que por su delegación dicten los Delegados”. Ciertamente, aquí el ROF hace referencia a la publicación de un resumen o extracto del contenido de las sesiones plenarias, si bien ello no significa que se haya de dar publicidad al texto íntegro de las actas de dichas sesiones, simplemente habla de un resumen o extracto del contenido de la sesión.

2.3. Publicación potestativa de las actas de los órganos de gobierno y protección de datos personales

No obstante lo que se acaba de exponer, cabe cuestionarse si el Ayuntamiento, aunque no haya un mandato legal de publicación de las actas, tiene la facultad de publicar de oficio y por iniciativa propia las actas del Pleno, o las correspondientes a la Junta de Gobierno, en la web corporativa.

Ya habíamos adelantado que el principal obstáculo lo constituye el hecho de que las actas contengan datos de carácter personal, cuya difusión pública pueda afectar a derechos fundamentales como el de protección de datos personales, el del honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen de determinadas personas.

Respecto de las actas de la Junta de Gobierno (o de otros órganos colegiados municipales cuyas sesiones no sean públicas), si las sesiones no son públicas la consecuencia coherente es negar dicha facultad. Si se elimina la posibilidad de que los ciudadanos asistan a los debates y la votación de los asuntos, con mayor motivo se tendrá que evitar su difusión.

Si un ciudadano quiere acceder a su contenido, se tendrá que estar al régimen legal de acceso, archivos y registros de la corporación establecido en el artículo 155.2 LMRLC y, respecto de archivos y registros administrativos en general, en el artículo 37 LRJPAC. Como dice la Agencia Catalana de Protección de Datos en varios de sus dictámenes (por todos, el 4/2008), “sólo podrán tener acceso a las actas de la Junta de Gobierno aquellas personas que estén legitimadas de acuerdo con la legislación aplicable. A estos efectos, habrá que tener presente el régimen de acceso del artículo 37 de la LRJPAC”.

Ahora bien, en la práctica esta restricción perderá cierto sentido en tanto que el contenido de las actas va a coincidir prácticamente con el contenido de los acuerdos que se adoptan, que, como hemos visto, sí son objeto de publicación.

Por lo que hace referencia a las actas del Pleno, es donde se plantea la necesidad de conciliar la loable intención del Ayuntamiento de cumplir el principio de transparencia administrativa con los valores que protege la normativa de datos personales.

La primera idea que hemos de tener en cuenta es que la publicación de información que contenga datos personales a través de boletines oficiales o de páginas web en Internet supone un tratamiento de datos personales, esto es, una operación o procedimiento técnico que permite la cesión de tales datos en el sentido apuntado por el artículo 6.c) de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD).⁶

Por tanto, lo que se protege no son los datos en sí mismos, sino en cuanto son objeto de cesión o tratamiento. Si la publicación supone un tratamiento masivo de información, o una cesión indiscriminada de datos personales sin cesionario conocido, habremos de saber cuál es el significado del derecho fundamental de protección de datos.

6. Lo define como aquellas “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”; criterio que ha sido confirmado por la jurisprudencia, así la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante SAN) de 17 de marzo de 2007, señala que “[...] un sitio web exige siempre cualquiera que sea su finalidad una organización o estructura que permita el acceso a la información en él contenida por terceros. Cumpliría así la primera de las exigencias de un fichero, la estructural y organizativa. Pero es que además, y esto es obvio, el sitio web XXX contuvo datos de carácter personal, precisamente los referidos al denunciante, que fueron difundidos a través de dicho sitio, lo que supone tratamiento [...]. Si hubo tratamiento de datos de carácter personal consistente en la incorporación y difusión de éstos desde una estructura organizada (fichero) como era el sitio Web, es indudable que el régimen de protección contenido en la Ley Orgánica 15/1999 es plenamente aplicable, sin que altere la anterior conclusión el hecho de que los datos tratados se refieran a una sola persona pues la ley no exige en ningún caso la existencia de una pluralidad de personas afectadas para que podamos hablar de tratamiento y fichero...”.

3. La protección de datos personales como derecho fundamental

3.1. El artículo 18.4 de la Constitución Española. Configuración del derecho fundamental de protección de datos como derecho autónomo e independiente del de intimidad

El artículo 18.4 CE reza lo siguiente: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Este precepto se encuentra situado en la sección que contiene la declaración de derechos fundamentales y libertades públicas, y viene a desarrollar distintos aspectos en mayor o menor medida vinculados a la intimidad de las personas (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones).

Este encaje sistemático ha determinado que el derecho a la protección de datos, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, haya venido encuadrado dentro de las manifestaciones del derecho a la intimidad, si bien, como luego veremos, el Tribunal Constitucional lo ha consagrado como derecho fundamental autónomo y diferente del derecho a la intimidad.⁷

Fue la exposición de motivos de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) la que en primer lugar acertó a destacar que intimidad y protección de datos no tienen por qué ir necesariamente unidas, y hablaba del término “privacidad” como ámbito susceptible de sufrir amenazas potenciales, antes desconocidas, como consecuencia del progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a ellos. Venía a reconocer que el concepto de privacidad era más amplio que el de intimidad, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad, sean o no íntimas.

Ahora bien, sea intimidad o privacidad el bien protegido, lo cierto es que ha resultado bastante habitual (tanto por el legislador como por la doctrina) consi-

derar que el derecho fundamental a la protección de datos tiene por misión la garantía jurídica de esa intimidad o privacidad individual, de modo que su objeto no son los datos personales, sino ese ámbito de vida privada que se preserva de la curiosidad o injerencia ajenas, mediante el control que ejerce la persona sobre los datos relativos a esa privacidad. Dicho en otras palabras: que la protección de datos personales resultaba ser un mero instrumento para la salvaguardia de un bien jurídico distinto, la privacidad o vida privada.

La cuestión que se planteaba era la siguiente: ¿se trata de una especie dentro del género representado por el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1, o más bien de un derecho fundamental autónomo contenido en el artículo 18.4 CE?. Por una parte, la literalidad del 18.4 parece acoger la segunda tesis, ya que la protección de datos es la garantía del pleno disfrute de cualquier derecho de la persona, no solo del derecho a la intimidad o a la privacidad (“... y el pleno ejercicio de sus derechos”). Y de otra parte, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo ha confirmado, no sin antes mostrar cierto titubeo.

En efecto, el Tribunal Constitucional abordó la protección de datos personales desde la perspectiva constitucional como un derecho fundamental autónomo, diferenciado del derecho a la intimidad, en la STC 254/1993, de 20 de julio. Si bien, ha sido fundamentalmente la Sentencia número 292/2000, de 30 de noviembre, del Pleno,⁸ la resolución más relevante de las dictadas por el Alto Tribunal en materia de protección de datos y donde ha definido el contenido del “nuevo” derecho fundamental a la protección de datos del artículo 18.4 CE.

Viene a decir que el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales tienen objeto y ámbitos normativos distintos. Con el derecho a la intimidad, se protege el poder de disposición del individuo respecto de la información relativa a su persona; es el poder jurídico de decisión sobre quién puede acceder a la información relativa a uno mismo o a su familia. En palabras de la STC 292/2000, “la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las

7. El derecho a la intimidad se garantiza como tal derecho en el apartado 1 del artículo 18 CE, a tenor del cual “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

8. Esta STC vino a resolver un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el defensor del pueblo contra los incisos de los artículos 21.1, 24.1 y 24.2 de la LOPD, por vulneración de los artículos 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

intromisiones de terceros en contra de su voluntad". O en palabras de la STC 142/1993, "El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos".

Sin embargo, el objeto del derecho a la protección de datos no es la intimidad así entendida, es decir, la libre decisión individual sobre lo que los demás pueden saber de uno, sino el dato personal, esto es, la propia información relativa a la persona, sea o no íntima. En suma, lo que ampara el derecho fundamental a la protección de datos personales no es la privacidad individual o familiar, o el carácter reservado, confidencial o secreto del dato personal, sino el pleno control del individuo sobre el uso y destino de la información relativa a su persona, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.

Por tanto, el dato personal no es un mero instrumento de garantía de la intimidad, sino el objeto de un derecho fundamental autónomo. Y, como tal, aparece dotado de un contenido esencial que la STC 292/2000 se encarga de definir como el poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar.

Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, sea el Estado o un particular; y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y uso.

Finalmente, la STC 292/2000 destaca que el derecho fundamental a la protección de datos es un derecho de configuración legal, esto es, un derecho para cuya plena eficacia es indispensable la intervención del legislador. La CE (y la jurisprudencia constitucional), como hemos visto, establece un contenido mínimo o esencial que vincula al propio legislador, pero es a este a quien corresponde delimitar su objeto, contenido y límites.

Y es esta la función que vino a ejercer la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de

datos de carácter personal (en adelante LOPD) que, a tenor de su artículo 1, tiene por objeto garantizar y proteger, en lo relativo al tratamiento de datos personales en cualquier ámbito de actuación, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente el derecho al honor y la intimidad personal y familiar.

Como vemos, el precepto de la LOPD habla de la protección, en lo relativo al tratamiento de datos, de las libertades y derechos de las personas físicas y en especial –por tanto no únicamente–, el derecho al honor y a la intimidad.

3.2. ¿Qué debemos entender por datos personales?

La LOPD define el concepto de datos personales en su artículo 3 letra a), en términos muy amplios, cuando considera como tales "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"; definición que se completa con la prevista en el artículo 5.1 f) del Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley orgánica, que considera datos de carácter personal: "Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Por tanto, hablamos siempre de personas físicas, no de personas jurídicas.

Nombre, apellidos y domicilio son los datos personales por excelencia. También lo son los que el artículo 7 LOPD considera como especialmente protegidos: los que revelan la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de una persona, o los que hacen referencia al origen racial de la persona, a su salud o vida sexual.

En aquellos supuestos en que pueda resultar más dudoso si el dato hace o no identificable a la persona física, resulta muy útil como criterio general el reseñado por el Informe 182/2008 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), que a su vez invoca la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2002, a tenor de la cual "para que exista dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado)⁹ no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona

9. Es dato disociado aquel que no permite la identificación de un afectado o interesado [artículo 5. e) LOPD]; y será procedimiento de disociación todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados [art. 5. p) LOPD].

concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados"; añadiendo que "para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona".

Sin perjuicio de muchos otros y sin ánimo de ser exhaustivo, también son datos personales más comunes los siguientes:

- Dirección de correo electrónico

A él se refiere la Resolución 1317/2007 de la AEPD, que diferencia dos supuestos: el primero de ellos, cuando voluntaria o involuntariamente la dirección de correo electrónico contenga información sobre su titular, pudiendo esta información referirse tanto a su nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, en cuyo caso no hay duda de que la dirección de correo está identificando de forma directa al titular de la cuenta, por lo que, en todo caso, dicha dirección ha de ser considerada como dato de carácter personal.

En un segundo supuesto, la dirección de correo no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta (por referirse, por ejemplo, el código de cuenta de correo a una denominación abstracta o a una simple combinación alfanumérica sin significado alguno). Pues incluso aquí, la dirección de correo aparecerá necesariamente referenciada a un dominio concreto, de tal forma que podrá procederse a la identificación del titular mediante la consulta del servidor en que se gestione dicho dominio, sin que ello pueda considerarse un esfuerzo proporcionado por parte de quien procede a la identificación.

- Matrícula de vehículos

La Resolución 1722/2008 de la AEPD considera que la identificación del titular del vehículo a través de la matrícula no exige esfuerzos o plazos desproporcionados, por lo que el tratamiento de tal dato habrá de ser considerado como tratamiento de un dato de carácter personal.

- Documento nacional de identidad

Resulta interesante al respecto la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 27 de octubre de 2004, por la que se confirmó la sanción impuesta a una empresa de telefonía por infracción del principio de calidad del dato, al haber dado de alta una incidencia en un registro de morosos haciendo constar un DNI que no se correspondía con el del verdadero deudor. Dicha

empresa de telefonía negaba que el DNI por sí solo fuera un dato de carácter personal, ya que según su criterio no identificaba a la persona. El Tribunal estima que el número de DNI erróneamente cedido, que permitió en aquel caso identificar a la persona equivocada, que después denunció el hecho ante la AEPD, tiene perfecto encaje en la definición legal de dato personal.

3.3. Régimen de la cesión o comunicación de datos personales en la LOPD y su aplicación al caso estudiado

Como regla general, la cesión o comunicación de datos a terceros requerirá del consentimiento del afectado (artículos 6 y 11 LOPD). Ahora bien, no será preciso tal consentimiento en los supuestos que prevé el artículo 11.2 LOPD, siendo de especial relevancia en lo que aquí interesa, los regulados en las letras a) y b):

"El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

"a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.

"b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

"(...)".

En cuanto a la primera excepción, aplicada al supuesto de las actas del Pleno, significa que, no obstante no preverse legalmente su publicación, si el acta contiene datos personales respecto de los que una norma con rango de ley habilita su cesión o comunicación, no habrá obstáculo para la publicación también del acta, y no solo del acuerdo o resolución. Después veremos cuáles pueden ser estos supuestos.

Por lo que respecta a la segunda excepción, la propia LOPD [artículo 3.j)] define las fuentes accesibles al público como aquellos "ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación". Tienen la consideración de fuentes accesibles al público dentro de las administraciones públicas, a los efectos que ahora nos interesa: las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales –es decir, listines de los colegios profesionales– y los diarios y boletines oficiales (artículo 7 del Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en adelante RLOPD).

Por tanto, no tiene tal consideración la sede electrónica de las instituciones públicas.¹⁰

Ello quiere decir en el caso que nos ocupa que, si los datos que contiene el acta son recogidos del Boletín Oficial de la Provincia, tampoco habrá obstáculo para su publicación en Internet.

Pues bien, en este punto resulta interesante una reflexión sobre este régimen de excepciones a la necesidad de consentimiento para ceder los datos, suscitada por las previsiones de la Directiva Comunitaria 95/46/CE¹¹ –de la que la normativa española es transposición–. Se suele reprochar al legislador estatal su visión restrictiva del principio de transparencia administrativa, al no haber aprovechado las posibilidades de dicha Directiva, en tanto que establece unas excepciones más amplias al consentimiento del interesado que facilitan el acceso a tratamientos de datos personales que obran en la Administración pública y permiten materializar aquel principio.¹²

En esencia, dicho régimen de excepciones comunitario viene a significar la facultad del órgano administrativo de ponderar en cada caso los derechos e intereses a los efectos de legitimar un tratamiento de datos sin consentimiento del titular; pero lo cierto es que ello se aviene mal con la concepción estricta que la jurisprudencia constitucional española ha mantenido, según lo visto, de la reserva de ley en esta materia. Si se interpretara que la mera voluntad de un órgano administrativo puede excepcionar el consentimiento del interesado para la cesión, supondría seguramente vaciar de sentido la exigencia de habilitación legal del artículo 11.1 a) y estaría en contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Es cierto que estos principios de la Directiva sí han sido incorporados a las legislaciones de distintos

países europeos para facilitar el acceso a la información pública, pero no es menos cierto que lo han sido esencialmente en los casos de estados nórdicos (Finlandia, Dinamarca o Suecia), dotados de una amplia tradición de transparencia administrativa.

Pero, en fin, aquí el legislador ha optado por prever unos supuestos tasados que, aplicados al caso que nos ocupa, nos llevan a una primera conclusión, y es que se podrá exponer públicamente un acta del Pleno que contenga datos personales si se cuenta con el consentimiento del afectado,¹³ o si una norma con rango de ley lo autoriza, o si tales datos son recogidos de una fuente accesible al público.

4. Posición de la Agencia Española de Protección de Datos

4.1. Naturaleza de la Agencia de Protección de Datos

La Agencia de Protección de Datos se configura como un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, y que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 35.1 LOPD).

En los expedientes sancionadores instruidos por la Agencia, la sanción consiste generalmente en una multa, pero, tratándose de infracciones cometidas por administraciones públicas, el artículo 46 LOPD prevé un régimen específico, de manera que la resolución del director de la Agencia establecerá “las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción”, y podrá proponer también “la iniciación

10. Tampoco la tienen los diferentes registros públicos, donde el acceso a la información administrativa existente en los mismos se rige tanto por la LOPD como por sus disposiciones específicas, manteniéndose la LOPD como regulación supletoria expresamente en el caso del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes (artículo 2.3 LOPD). En cuanto al Registro de la Propiedad, el artículo 222.6 de la Ley hipotecaria establece que los registradores, “al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal”. La LOPD tiene dentro de su ámbito de aplicación todo tipo de datos, incluso aquellos que sean públicos o se encuentren sometidos a un régimen específico de publicidad. Por tanto, los registros públicos, al ser un tratamiento de datos personales, deben respetar todos los principios y todos los derechos de protección de dichos datos.

11. Es la Directiva del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

12. Así, la Directiva considera legítimos los tratamientos sin consentimiento del interesado cuando sea necesario “para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento”, “para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos”, o cuando “es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos o libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva” [artículo 7. c), e) y f)].

13. El régimen de obtención del consentimiento está regulado en los artículos 12 a 17 del RLOPD.

de actuaciones disciplinarias, si procedieran”, añadiendo que “El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas”.

Por lo demás, las resoluciones del director de la Agencia en materia sancionadora agotan la vía administrativa y son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, del que conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por indicación del apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.2. Resolución 596/2003, de 4 de noviembre

En esta Resolución, la AEPD establece que ha quedado acreditado el acceso, sin ningún tipo de restricción, a través de la página web de un Ayuntamiento de la provincia de Murcia a los acuerdos adoptados por la Alcaldía (no a las actas de los órganos colegiados) que recogían el texto íntegro de los mismos, con el nombre, DNI y domicilio de todas las personas que intervenían en el asunto, sin que se hubiera procedido a la disociación de los datos.

Es cierto que la AEPD comprueba que los acuerdos que más frecuentemente contienen datos personales son los relativos a:

- aquellos adoptados en base a la tramitación de expedientes sancionadores;
- los adoptados resolviendo expedientes promovidos por las diferentes solicitudes presentadas por los vecinos;
- resoluciones en materia de personal del Ayuntamiento.

En el seno del expediente que se tramita ante la Agencia, el Ayuntamiento invoca los artículos 69 LR-BRL y 229 ROF.¹⁴

Por su parte, la AEPD, aun admitiendo que la normativa citada establece obligaciones de información pública a las corporaciones locales, mantiene que estas han de cohonestarse con las previsiones legales que limitan el acceso a la información contenidas en la propia LRBR (artículo 70.3)¹⁵ y en los artículos 35 y 37 de la LRJPAC, donde se establecen limitaciones para el acceso a archivos y registros públicos.

14. Este precepto establece que “Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

15. Establece la protección de la intimidad como justificación, siempre motivada, para denegar o limitar el acceso a los acuerdos de las corporaciones locales y a sus antecedentes, y también a los archivos y registros de la corporación.

Además, invoca el artículo 7.5 LOPD, que califica como especialmente protegidos los datos personales relativos a la comisión de infracciones administrativas, y el artículo 10 LOPD, que impone el deber de secreto respecto de la información de tal naturaleza.

Concluye estableciendo que las previsiones de la LOPD no pueden quedar enervadas por las obligaciones legales de carácter genérico alegadas por el Ayuntamiento, ya que tal criterio no sería acorde con la jurisprudencia constitucional relativa al derecho fundamental a la protección de datos, citando expresamente la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Finalmente, considera que existe una infracción grave de la LOPD y requiere al Ayuntamiento para que adopte las medidas de orden interno que impidan que en el futuro pueda producirse una nueva infracción, con la advertencia de que, de no hacerlo, la Agencia podrá inmovilizar el fichero.

Pues bien, lo que aquí está diciendo la Agencia es que los acuerdos y resoluciones que contengan datos de carácter personal no se pueden publicar en la página web, destacando, eso sí, que en especial no lo podrán ser los que resuelvan expedientes sancionadores, en materia de personal o en solicitudes presentadas por los vecinos.

Olvida obviamente que la normativa de régimen local, como ya se ha visto, ordena la publicación de determinados acuerdos corporativos.

4.3. Informe del Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 (también el 526/2009, y el 202/2009)

Ante la cuestión de si pueden incluirse en la página web del Ayuntamiento las actas de las sesiones plenarios, dice que a esta cuestión se ha referido la Agencia en diversos informes; por todos ellos el de 20 de diciembre de 2004 al que se remite.

Comienza diciendo que “(...) la publicación en internet de los datos contenidos en las actas de los Plenos y Juntas de Gobierno del Ayuntamiento constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 j) de la Ley Orgánica 15/1999 como ‘Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado’”.

Señala a continuación la regla general de la necesidad de consentimiento del afectado para la cesión de

los datos, y la excepción: no será necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre amparada por una norma con rango de ley [artículo 11.2 a)] o cuando se refiera a datos incorporados en fuentes accesibles al público [artículo 11.2 b)].

Seguidamente, respecto de la publicidad de las actividades municipales, invoca el artículo 70 LRBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, precepto que transcribe íntegramente, y que ahora reproducimos parcialmente en aquello que interesa:

“1. Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales 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.

“No son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local.

“2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley (...)”

Pues bien, afirma la Agencia que del tenor del precepto transcrito se desprende que la Ley determina la publicidad del contenido de las sesiones del Pleno, y en ningún caso de la Junta de Gobierno, añadiendo el régimen de publicación en los boletines oficiales de los acuerdos adoptados.

Partiendo de estas premisas, concluye de la siguiente forma: “De este modo, únicamente sería conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 la comunicación de datos, mediante su inclusión en Internet, dado que únicamente en estos supuestos la cesión se encontraría amparada, respectivamente, en una norma con rango de ley o en el hecho de que los datos se encuentran incorporados a fuentes accesibles al público.” *En los restantes supuestos, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras Leyes, la publicación únicamente sería posible si se contase con el consentimiento del interesado*¹⁶ o si los datos no pudieran en ningún caso, vincularse con el propio interesado (...).”

Como se ve, el criterio es muy diferente al mantenido en la Resolución 596/2003, y viene a significar en la práctica que el artículo 70.1 LRBRL establece una habilitación legal genérica para la publicación de las actas, en tanto que las sesiones son públicas. Eso es lo que parece desprenderse de la expresión “cuando dichos

datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la corporación (...) dado que (...) en estos supuestos la cesión se encontraría amparada (...) en una norma con rango de ley”, ley que no puede ser otra que la citada Ley de bases, pues en un Pleno esencialmente se hace eso, debatir, deliberar, votar y adoptar acuerdos, de manera que cuesta ver qué otros “restantes supuestos” son aquellos en que los datos no pueden publicarse sin consentimiento del afectado. Podríamos situar aquí aquellos supuestos en los que en el Pleno se da cuenta de determinados acuerdos adoptados por el presidente de la corporación, que ni van a ser debatidos ni la norma prevé la publicación de los mismos.

5. Posición de la Agencia Catalana de Protección de Datos

Al igual que la AEPD, la Agencia Catalana de Protección de Datos (en adelante APDCAT) se configura como una autoridad administrativa independiente, designada por el Parlamento, que vela por la garantía del derecho a la protección de datos personales, en este caso en el ámbito de las competencias de la Generalitat. Fue creada por la Ley 5/2002, de 19 de abril, y cuenta con un Estatuto aprobado por el Decreto 48/2003, de 20 de febrero.

Las resoluciones que, en materia sancionadora, adopte el director de la APDCAT agotan la vía administrativa (artículo 17.2 Ley 5/2002), y son susceptibles de recurso contencioso-administrativo del que conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

5.1. La Recomendación 1/2008

Esta Recomendación no nace con la vocación de innovar el ordenamiento jurídico, sino con la de recordar los principios aplicables más relevantes en la difusión de información a través de Internet, y en concreto dar unas pautas de actuación para los problemas detectados cuando se difunden datos de carácter personal a través de las webs y las sedes electrónicas de las administraciones públicas de Cataluña, y también en la publicación en diarios y boletines oficiales de Cataluña.

Por una parte, podríamos destacar los siguientes principios o criterios generales (que luego nos servirán

16. La cursiva es nuestra.

de parámetro para el supuesto específico que nos ocupa en este trabajo):

- Internet y la sede electrónica de las instituciones públicas no tienen, por sí mismas, la consideración de fuentes accesibles al público.

- Recomienda a las entidades responsables de los ficheros que contengan datos personales, llevar a cabo un análisis previo de la información que se pretende difundir, para evitar que la difusión que contenga dichos datos esté fuera de los supuestos legalmente previstos.

- Se publicará la información que sea idónea e imprescindible para conseguir la finalidad perseguida, evitando dar publicidad a datos excesivos o innecesarios (principio de calidad), lo que implica también que la difusión de los datos sea delimitada temporalmente al período de tiempo necesario para conseguir la finalidad que justifica la publicación.

- En los supuestos en que no se cuente con una cobertura legal que justifique la publicación, o en aquellos en que se pueda conseguir la finalidad perseguida sin la publicación de datos de carácter personal, se recomienda valorar la posibilidad de hacer la difusión de manera anonimizada (indicando a los interesados cómo pueden acceder al contenido completo del acto o de la información), o bien utilizar un sistema de acceso restringido.

- Informar de la posibilidad del ejercicio, por parte del titular de los datos, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales objeto de difusión, la forma en que pueden ejercerse y el órgano ante el que se puede hacer (son los derechos llamados de), para que la persona pueda ejercer un control efectivo de los mismos que, recordemos, es la esencia del derecho fundamental a la protección de datos.

Por otra parte, dedica un apartado específico, entre otros supuestos, a la difusión de las actas de las sesiones de órganos colegiados.

Dispone que, sin perjuicio del régimen legal aplicable a la publicación de los actos y acuerdos que se adopten, respecto de las sesiones (que normalmente son públicas) de tales órganos “hay que evitar la difu-

sión cuando contenga datos de carácter personal diferentes a la identificación de los miembros que formen parte de los mismos, del funcionario que levanta acta de la sesión o de las otras personas que intervienen por razón del cargo, excepto que una ley lo autorice”; faltaría aquí añadir: “y salvo que los datos sean recogidos de una fuente accesible al público”.

5.2. Informe 4/2008 (también el 13 y 15/2008, y el 36/2009)

5.2.1. Vinculación entre publicidad de las actas y régimen de acceso a los archivos y registros corporativos

Aquí la Agencia parte de reconocer, como ya lo hizo la Resolución 596/2003 de la AEPD, que las corporaciones locales han de facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de los ciudadanos en la vida local (artículos 69.1 LRRL y 154.1 LMRLC).

Ahora bien, esta previsión genérica aparece matizada por la propia LMRLC (artículo 155.2) cuando dispone la necesidad de que, para obtener copias de los acuerdos corporativos y de sus antecedentes, es necesario acreditar la condición de interesado en el procedimiento;¹⁷ que, para consultar la documentación, los archivos y los registros corporativos, es necesario que la documentación tenga la condición de pública o se acredite un interés directo en el asunto (salvo que se trate de documentación histórica); y que el acceso de los ciudadanos a la documentación municipal queda limitado en todo aquello que afecte a la intimidad de las personas (artículo 155.3 LMRLC).

E, inevitablemente, como también hizo la Resolución 596/2003 de la AEPD, esta limitación no es sino una manifestación en materia de régimen local del régimen general del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocido en el artículo 105. b) CE y desarrollado de manera limitada por el legislador en el artículo 37 de la LRJPAC.¹⁸

17. Aquí, como la propia dicción del precepto dice, el concepto de interesado será el que establece la legislación sobre procedimiento administrativo general.

18. Para tener derecho de acceso a un documento es necesario cumplir los siguientes requisitos conjuntamente: el documento debe formar parte de un expediente que se encuentre en un archivo administrativo; el expediente debe corresponder a un procedimiento; y el procedimiento debe estar terminado.

Establece, además, reglas específicas tales como que “el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas” (artículo 37.2); cuando se trate de documentos nominativos podrán acceder quienes ostenten un interés legítimo y directo (artículo 37.3). O también que el derecho de acceso “podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección (...) debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

Se podría decir, arguye, que el acceso a la documentación municipal no se configura como un derecho absoluto, sino que su ejercicio queda sometido a la previa acreditación de un interés legítimo. No se trata, en definitiva, de un acceso a una publicidad generalizada, sino limitada a unos supuestos concretos.

Viene a considerar que las actas, en efecto, tienen la consideración de instrumento público solemne, pero no dejan de ser, dice, “un documento municipal y, como tal, estarán sometidas al régimen de acceso a los documentos administrativos previsto en la normativa aplicable”, de manera que, si el ciudadano quiere conocer el contenido de las actas de los órganos colegiados, deberá someterse a los requisitos previstos en los citados artículos 155.2 LMRLC y 37 LRJPAC.

En base a ello, concluye la Agencia que no tendría sentido establecer un sistema que requiera acreditar un determinado interés para acceder a la documentación de un expediente, y a la vez permitir que las actas de las sesiones donde sea debatido aquel asunto sean expuestas al público de forma indiscriminada.

5.2.2. Posibilidad de publicar las actas en la web municipal anonimizando los datos personales

En línea con lo apuntado por la Recomendación 1/2008, la APDCAT recuerda que, no obstante lo dicho anteriormente, y con la intención de conciliar la transparencia administrativa y la protección de datos personales:

– Cabe la posibilidad de difundir el contenido de las actas a través de la web municipal, llevando a cabo la anonimización de los datos personales que aparezcan de forma que no hagan identificables a las personas afectadas, o bien que dichos datos se incorporen mediante anexos que no sean objeto de publicación. En estos casos, la difusión por Internet no supone ningún conflicto con la normativa de protección de datos.

– Sí se podrán publicar, y no será necesario anonimizar, los nombres, apellidos y el cargo de los concejales de la corporación y del secretario municipal, y lo argumenta de la siguiente manera: “El carácter electivo de los miembros de la corporación y las funciones que tienen atribuidas llevan aparejada una necesidad de publicidad de su actuación que hace que la inclusión de sus datos en las actas, en tanto que concejales, no plantee problemas

desde el punto de vista de la protección de datos a la hora de difundir su contenido”; y el mismo criterio vale para el secretario “en especial por su condición de fedatario público de los actos de la corporación”.

Pues bien, frente al criterio sostenido por la APDCAT se han levantado diversas voces en el mundo local. En ocasiones, haciendo una interpretación parcial de este criterio, por ejemplo se ha mantenido que lo que dice la APDCAT es que, al tener las actas la consideración de documento administrativo y estar sometidas al régimen general de acceso a los archivos y registros administrativos, se imposibilita su publicación en la web corporativa.

Califican esta visión como excesivamente legalista y que contrasta con la realidad de muchos entes locales de Cataluña, que publican las actas de las sesiones de sus plenos, en un ejercicio de transparencia administrativa y de responsabilidad política.

Como ya hemos visto, lo que la APDCAT mantiene es que, en defecto de consentimiento o de autorización legal de la cesión, la publicación ha de ser disociada, no que quede vedada la publicación.

6. Iniciativas legislativas proyectadas

Decíamos anteriormente que la legislación no prevé la publicación o la difusión de las actas del Pleno, pero que sí se habían tomado determinadas iniciativas. Es lo que se está llevando a cabo, al menos desde el Govern de la Generalitat, por un lado, con el Anteproyecto de Ley de gobiernos locales de Cataluña, que viene a establecer que las actas de las sesiones de los órganos colegiados son públicas, y que la publicación del acta en la sede electrónica del ente local ha de velar por el respeto a los derechos protegidos constitucionalmente y en especial la protección de datos, el honor y la intimidad.

Entiendo que no aporta nada nuevo, en tanto que las actas siempre han tenido la consideración de instrumento público solemne; y sí, ciertamente abre la posibilidad de su publicación en la sede electrónica del ente local, pero con la cautela de velar por el respeto a otros derechos constitucionales, con lo que el conflicto de derechos sigue en pie.

Y por otro lado, con el Proyecto de Ley del uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña, actualmente en trámite parlamentario,¹⁹ cuando en

19. En la fecha de publicación de este trabajo, ya se ha publicado en el DOGC núm. 5647, de 6 de agosto de 2010, la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, cuyo artículo 10.2, bajo la rúbrica “Información

el apartado segundo del artículo 11, bajo la rúbrica “Información general”, dispone que:

“Las entidades locales han de publicar en la web de la corporación las actas de las sesiones del pleno. En su publicación se tendrán en cuenta los principios y garantías establecidas por la normativa de protección de datos y de protección del derecho al honor y a la intimidad. A estos efectos, se podrán incluir datos de carácter personal sin contar con el consentimiento de la persona interesada, cuando se trate de datos referentes a actos debatidos en el Pleno de la corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente boletín oficial. En el resto de supuestos, la publicación únicamente es posible si se cuenta con el consentimiento del interesado o los datos no pueden, en ningún caso, vincularse con el propio interesado”.

Nótese que el redactado de este último precepto coincide literalmente con el criterio que exponía la AEPD en el Informe de su Gabinete Jurídico núm. 0660/2008 a que antes aludíamos. Esto es, viene a significar una suerte de habilitación legal genérica, si bien siempre teniendo en cuenta los principios y garantías de la normativa de protección de datos.

7. Límites a la habilitación legal del artículo 70.1 LRBRL

7.1. Naturaleza del medio de difusión como circunstancia a ponderar en la resolución de conflictos de derechos fundamentales

Ya hemos visto el criterio de los proyectos legislativos, en la línea de lo sostenido por la AEPD: el artículo 70.1

LRBRL contiene una habilitación legal genérica para poder publicar las actas del Pleno, sin perjuicio de la existencia de otros supuestos, que no concretan, en que no sería posible la publicación a no ser que se cuente con el consentimiento del afectado.

Los defensores a ultranza del principio de transparencia mantienen que toda información que se encuentra en manos de las administraciones públicas, se halla en su poder debido a las funciones públicas que realizan, por lo que el interés público siempre existe. Para ellos, en consecuencia, la habilitación legal del 70.1 LRBRL no admitiría excepciones.

Ahora bien, la cuestión es la siguiente: ¿el hecho de que sean públicas las sesiones significa que su difusión a través de la sede electrónica puede ser indiscriminada? A mi juicio, cuando menos admite no pocos matices, esencialmente porque la afectación del derecho de protección de datos puede ser mayor teniendo en cuenta que los motores de búsqueda de Internet, basados en la indexación de los contenidos de diarios oficiales y páginas web, hacen posible la captura masiva de información personal, el establecimiento de perfiles de las personas –con la conexión de datos que aisladamente considerados pueden parecer insignificantes–, o la generación de bases de datos privadas. Y además porque la publicación en Internet significa la exposición temporal indefinida de los datos.

Dicho en otras palabras: la publicación en Internet multiplica hasta el infinito la posibilidad de tratamientos, e incrementa el nivel de riesgo.²⁰ Si el derecho fundamental a la protección de datos surgió para limitar el uso de la informática, se impone adaptar dicho derecho fundamental a los riesgos que suponen los tratamientos masivos de información personal a través de

general del sector público”, se pronuncia en términos en esencia iguales a los del precepto del Proyecto; únicamente hay dos modificaciones, así donde decía “en la web corporativa” ahora dice “en su sede electrónica”, y en el último apartado del precepto (“En el resto de supuestos...”), se añade el inciso siguiente: “En el resto de supuestos, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes...”.

20. Las características del medio de difusión vienen siendo tenidas en cuenta por la jurisprudencia más reciente a la hora de ponderar el conflicto planteado entre determinados derechos o libertades (información sindical, etc.) y el derecho de protección de datos. Así, la SAN de 8 de julio de 2009 enjuicia el supuesto en que un sindicato publica en la página web de su sección sindical del Ayuntamiento de Madrid un documento, relacionado con asuntos de personal, en el que aparecen los nombres, apellidos y condición de agente de movilidad y número de carné profesional del denunciante, sin disponer de su consentimiento; planteado el conflicto entre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos, la Sala realiza las siguientes consideraciones: “(...) se publican en una página web en Internet y la publicación en dicha red no es idónea, necesaria ni proporcionada para mantener informados a los trabajadores en aquellas cuestiones que directa o indirectamente puedan repercutir en las relaciones laborales”, y continúa diciendo: “Si la información en cuestión se hubiera publicado en la intranet corporativa, a la vista de las circunstancias concurrentes, no se habría apreciado vulneración del derecho a la protección de datos”. Y concluye con lo siguiente: “a la vista de las circunstancias concretas concurrentes, considera la Sala que el derecho a la libertad sindical se puede satisfacer plenamente sin necesidad de publicar en Internet los datos personales del denunciante, por lo que la citada publicación no puede ampararse bajo el ropaje del citado derecho de libertad sindical”; añadiendo finalmente que “la información publicada carece de relevancia pública e interés general, que son los factores predominantes que toma en consideración el Tribunal Constitucional para otorgar preferencia al derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales”.

las interconexiones de bases de datos y la publicación de datos personales en Internet.

7.2. El principio de calidad y el de proporcionalidad en la publicación de información administrativa

En cualquier caso, podrá existir una habilitación legal para el acceso a información o para su publicación, que sirva para eludir la necesidad de consentimiento del interesado, pero no para eludir la vigencia del llamado principio de calidad (artículo 4 LOPD), que ha de respetar la publicación en tanto que tratamiento o cesión masiva de datos.

El principio de calidad exige que el tratamiento de datos personales sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con la finalidad perseguida por aquella publicación, esto es, que no se han de dar datos excesivos o innecesarios. Además, este principio obliga a cancelar la información cuando haya dejado de ser necesaria o pertinente para la finalidad. El problema es que el legislador no prevé esta cancelación.

Como tampoco prevé los concretos datos personales que deben hacerse públicos. Esto obliga a tener especialmente presente la aplicación de otro principio: el de proporcionalidad. Hay que recordar, llegados a este punto, que la propia Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante LAECSP) establece, como principio general de la utilización de las tecnologías de la información por parte de las administraciones públicas, el respeto “al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la LOPD”, indicando también la relevancia del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, la necesidad de que la publicación de datos personales respete el principio de proporcio-

nalidad choca con el hecho de que la Administración ha pasado, por un lado, a publicar en Internet lo que antes hacía en un tablón de anuncios, y por otro lado, sigue enviando al boletín oficial una información que antes en papel a los pocos días no era localizable y se restringía a un ámbito territorial, y ahora se encuentra fácil, permanente y universalmente accesible a través de los buscadores de Internet.²¹

La publicidad permanente es una intromisión continuada en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Por ello, los órganos administrativos que ordenan la publicación de una información deberían fijar también el plazo necesario de publicación, transcurrido el cual debe bloquearse y cancelarse.²² Y, por supuesto, adoptar u ordenar las medidas tecnológicas adecuadas para llevarlo a efecto.

Esto no ocurre únicamente con los boletines oficiales, que, como ya ha quedado dicho, no dejan de ser una fuente accesible al público a los efectos de posibilitar la cesión de datos personales, sino que ese efecto multiplicador de los buscadores –Google o Yahoo son los más conocidos pero hay muchos más– se produce respecto de la publicación de información en la web municipal. Estos buscadores revisan las páginas de Internet cada cierto tiempo para indexar su contenido y actualizarlo si se han producido cambios, llevando a cabo un tratamiento en la llamada “memoria caché” y almacenando una colección de información –un diccionario– que facilita y agiliza búsquedas.

De manera que parece lo más razonable que sean tanto los diarios oficiales como las administraciones públicas implicadas quienes deban poner en práctica las medidas técnicas y organizativas que impidan el tratamiento automatizado de los datos personales por todos los buscadores.

Es importante tener en cuenta que, frente a los interesados que puedan ejercer el derecho de rectificación, cancelación y oposición respecto de sus datos,

21. A ello debe añadirse la circunstancia de que, a partir del 30 de junio de 2007, la edición digital del Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya se ha convertido en la única versión con carácter oficial.

22. La cancelación no implica necesariamente la supresión de la información, sino también el bloqueo de la misma. En este sentido, el artículo 16.3 LOPD señala que “la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”. El bloqueo de la información no supone la supresión de la información, ni la modificación de su contenido, ni que esta pierda su autenticidad y oficialidad. El bloqueo de datos publicados en el boletín oficial se hace especialmente necesario en aquellos casos en que la notificación de una sanción administrativa impuesta a una persona física se haya practicado en el Boletín Oficial de la Provincia, al no haberse podido practicar la notificación personal, de manera que procedería tal bloqueo transcurrido un cierto tiempo, cuando ya la publicación haya dejado de cumplir su finalidad, mediante las oportunas órdenes del órgano administrativo al diario oficial.

el responsable principal es la Administración pública, en concreto el órgano administrativo que aprueba la disposición o el acto y que ordena la publicación de la información, y que determina si se dan los supuestos de publicación previstos en la LRJPAC o en otra norma sectorial; no el buscador.

No se puede exigir responsabilidad al buscador por encontrar una información que la Administración mantiene publicada y que se niega a suprimir en la página de Internet, a bloquear en el boletín o a limitar la posibilidad de indexación. El buscador se limita a localizar una información que ya está siendo publicada.²³

En consecuencia, ese juicio de necesidad y de proporcionalidad del que hablamos tiene como objetivo que se alcance el interés público y el valor constitucional que demanda la publicidad con el menor nivel de injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Esto es, si publicando las actas del Pleno en la web municipal se busca ser transparente y responsable en el ejercicio de las funciones públicas, para que el ciudadano conozca qué hace el Ayuntamiento en los plenos, se ha de realizar sin publicar datos excesivos o que no aportan información adicional sobre el contenido del acta.

7.3. El modelo actual de acceso a los archivos y registros públicos

Ya hemos visto, al comentar el criterio seguido por la APDCAT, que el acceso a la información pública sin necesidad de acreditar un interés específico y la publicación de información a iniciativa de las administraciones públicas, no tienen en la actualidad una clara acogida en la legislación española. No se trata, decíamos, de un acceso o una publicidad generalizada, sino limitada a algunos supuestos concretos.

Este y no otro es el modelo actual de acceso a la información pública que, para muchos y tal vez no les falte razón, es totalmente insuficiente, siendo necesaria la promulgación de una ley que regule de forma integral una materia que actualmente aparece recogida en unos pocos preceptos (ya los hemos comentado: artículo 37

LRJPAC con carácter general respecto de los archivos y registros administrativos, y artículo 155 TRLMC con relación a la documentación corporativa, y algunos otros de carácter sectorial). Lo cierto es que la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea—incluidos los de la antigua Europa del este—tienen aprobadas leyes de acceso a la información pública, antes incluso que leyes sobre protección de datos personales.

Conviene recordar que el artículo 155.2 LMRLC, que habla de la publicidad de las actuaciones locales, requiere generalmente un interés legítimo para obtener copias y certificaciones de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales y de sus antecedentes, así como para consultar la documentación, los archivos y registros de la corporación. Y además que dicho derecho de acceso está limitado por la intimidad de las personas.

En este contexto, cobra cierto sentido la afirmación de la APDCAT cuando argumenta que no sería lógico establecer un sistema que requiera acreditar un determinado interés para acceder a la documentación de un expediente, y, a la vez, permitir que las actas de las sesiones donde sea debatido aquel asunto sean expuestas al público de forma indiscriminada.

7.4. Un ejemplo paradigmático: la publicidad de los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales

Puede servir de referencia para el caso estudiado, la publicidad de los datos personales que aparecen en las sentencias judiciales. El hecho de que las sesiones de los juicios y las sentencias judiciales sean públicas—con las excepciones que se prevean en las leyes de procedimiento—y que las sentencias se pronuncien en audiencia pública (artículo 120 CE), convendremos seguramente en que, aun existiendo un claro interés público en esta cuestión, no justifica una publicación de nombres y apellidos en los repertorios jurisprudenciales y en los boletines oficiales.

La posibilidad de excepcionar la publicidad íntegra de una resolución judicial ha sido recientemente incor-

23. Este régimen de responsabilidad no es compartido por la AEPD, que en las resoluciones R/01046/2007, de 20 de noviembre, R/00303/2007, de 25 de mayo, y R/00598/2007, de 27 de julio, obligaba a Google a dejar de indexar el nombre de una persona que aparecía en una sanción administrativa publicada en el Boletín Oficial de la Provincia. Pero exigir la cancelación a los buscadores no parece lo más razonable, ni lo más práctico cuando existe un número amplísimo de estos, y muchos de ellos se encuentran fuera de España, de modo que difícilmente va a ser de aplicación la ley española o van a ser ejecutadas las resoluciones de las autoridades de protección de datos de España.

porada al ordenamiento jurídico, a través de la reforma realizada en el artículo 266.1 LOPJ por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que ha añadido en dicho precepto un párrafo segundo en el que se establece que “el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes”.²⁴

De este modo, si la finalidad de la publicación de las sentencias es dar a conocer la doctrina de los diferentes tribunales, se puede alcanzar dicha finalidad respetando el principio de calidad y proporcionalidad con un menor nivel de injerencia. La transparencia y el control social de la actividad jurisdiccional se obtienen también, aunque el acceso a los datos personales lo tengan principalmente aquellos que hayan sido parte en el procedimiento o puedan esgrimir un interés legítimo.

En fin, no parece existir una habilitación legal clara que permita la cesión, en general, de los datos personales que aparezcan en un acta de una sesión plenaria en beneficio del principio de transparencia administrativa. Ello nos va a obligar a llevar a cabo un ejercicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, conforme a los principios de calidad y proporcionalidad propios de la normativa de protección de datos, como ya apuntaba la Recomendación 1/2008 de la APDCAT.²⁵

8. Criterios propuestos para permitir la publicación de las actas plenarias en la web institucional

Recordemos que el objetivo es que los ciudadanos conozcan los asuntos que se tratan, las deliberaciones de los miembros electos, el sentido de su voto y en definitiva qué hace el Ayuntamiento, y ello sea así con el menor nivel de injerencia en la protección de

24. Completa este argumento también la APDESP cuando dispone: “la finalidad que debe perseguir la creación de la base de datos será la de permitir al usuario acceder al conocimiento del modo en que el Tribunal Supremo o los restantes Juzgados y Tribunales han interpretado lo establecido en el ordenamiento jurídico, sin que sea dable que dicha finalidad pueda ser contemplada en un sentido más amplio, con la consiguiente cercenación de los derechos fundamentales de las personas que intervengan en el litigio, como sucedería si se conocieran los datos personales referidos a dichas personas, que en modo alguno aportan información adicional sobre el contenido jurídico de la sentencia”.

Sin embargo, no es este el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuyo Reglamento de procedimiento, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2005, establece, en su artículo 47.3, que los demandantes que no deseen que su identidad sea revelada públicamente deberán solicitarlo y exponer las razones que justifiquen la excepción del principio general de publicidad del procedimiento, y que el presidente de la Sala solo podrá autorizar el anonimato en casos excepcionales y debidamente justificados.

Tampoco es el criterio de nuestro Tribunal Constitucional, al menos con respecto a las sentencias por él dictadas. La STC 114/2006, de 5 de abril, ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la publicidad de sus sentencias, donde el recurrente solicitó expresamente al Tribunal que “se procediera llevar a cabo la publicación e inserción de la Sentencia que se dictara, incluyendo en la misma, en Internet y en el BOE electrónico, únicamente sus iniciales, así como las de su ex esposa y demás personas que pudieron constar en la resolución”. Pues bien, el Tribunal Constitucional recuerda que en virtud del artículo 164.1 CE y del artículo 86.2 LOTC existe una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, que han de ser publicadas en el BOE, y afirma que la publicidad lo ha de ser de la resolución íntegra. Ahora bien, frente a ello se suele oponer –y a mi juicio con razón– que el principio de publicidad de las resoluciones del Alto Tribunal hace referencia, sobre todo, al conocimiento de su contenido en la medida en que incorpora la doctrina constitucional, lo que no exige el conocimiento universal de la identidad de las partes. Una cosa es que se dé publicidad a la resolución íntegra y otra cosa distinta es que esta necesariamente contenga la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo. Por tanto, la disociación de los datos personales de las partes en las resoluciones del Tribunal Constitucional en nada quebranta el principio constitucional de máxima difusión de sus resoluciones.

25. También la jurisprudencia se ha hecho eco de la presencia de estos principios en la resolución de conflictos de derechos fundamentales; así la SAN de 17 de julio de 2008, que da la razón al Ayuntamiento recurrente –contra la sanción impuesta por la APDESP– que reveló públicamente los nombres de los miembros de una asociación vecinal con participación activa en la vida municipal que venían interponiendo numerosos recursos administrativos contra decisiones del alcalde; señala la Sala como consideración general que “Este derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto con otro derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos, conflicto que deberá resolverse como señala la STC 57/2004, de 19 abril 2004, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, a lo que hay que añadir desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el artículo 4 de la LOPD”; y ya aplicada al caso enjuiciado establece que “debe prevalecer en el presente caso el derecho a la libertad de información, pues la información transmitida es veraz, no es infundada y tiene relevancia pública para explicar a los ciudadanos un asunto que les afecta, en una localidad pequeña”.

datos personales y sin que la publicación pierda su finalidad.

Las reglas podrían ser las siguientes:

1. Se podrán publicar íntegramente las actas del Pleno (y las de otros órganos del ente local cuyas sesiones sean públicas), cuando no contengan datos de carácter personal, o los únicos datos de tal naturaleza que aparezcan sean el nombre, apellidos y el cargo de los concejales o el nombre y apellidos del secretario de la corporación.

Podríamos situar en estos supuestos, en realidad, la mayoría del listado de materias que establece el artículo 22.2 LRRL como competencias del Pleno, todas ellas de indudable interés general (la aprobación de una ordenanza o un reglamento, la aprobación del presupuesto, de la forma de gestión de los servicios, los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales, la determinación de los recursos propios de carácter tributario, etc.).

2. Se podrán publicar también íntegramente, y sin que comporte conflicto con la normativa de protección de datos, aquellas actas que contengan datos personales siempre que:

2.1. Exista consentimiento del titular del dato.

Cabe precisar que por "consentimiento" del interesado ha de entenderse toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen [artículo 3.h) LOPD].

No nos vamos a entretener ahora en la forma de recabar dicho consentimiento, pero, partiendo del hecho de que ha de ser inequívoco, específico e informado, cabe hacer mención a aquellos supuestos en que la norma prevé que el interesado que se dirige a la Administración pueda exigir la confidencialidad de los datos. Es el caso, por ejemplo, del artículo 4.4 de la Ley orgánica 4/2001, de 12 noviembre, reguladora del derecho de petición.²⁶

Pues bien, aquí la Administración, al acusar recibo, ha de informar al peticionario o denunciante de que, si no se pronuncia expresamente, se entenderá que sus

datos pueden ser cedidos o publicados (en el caso del derecho de petición, el órgano administrativo tiene la facultad de insertar la contestación en el diario oficial).

Y en otros supuestos, el deber de confidencialidad viene impuesto de manera directa a las administraciones públicas por la norma, así el artículo 13 de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de renta mínima de inserción de Cataluña obliga, a todos los organismos que intervengan en cualquier actuación referente a la renta mínima de inserción, a velar por el mantenimiento de la reserva sobre los datos confidenciales e identidad de los destinatarios de tales rentas.

2.2. Cuando una norma con rango de ley habilite para la cesión de los datos.

– Los supuestos en que la norma prevea la publicación de un acuerdo o resolución debatido y adoptado en el Pleno (por ejemplo, los relativos a la contratación cuando el Pleno actúe como órgano de contratación, los de adjudicación de concesiones sobre bienes de la corporación, los de adquisición de bienes inmuebles y otros derechos sujetos a la legislación patrimonial, así como la enajenación del patrimonio).

– Aquellos ámbitos sectoriales donde exista un claro interés público, y donde la publicidad de la actividad administrativa se prevea por la norma como mecanismo de control social, como el urbanismo²⁷ (por ejemplo, los nombres de propietarios que están obligados a hacer frente al pago de cuotas urbanísticas), o el medio ambiente.²⁸

2.3. Cuando los datos sean recogidos de (o vayan a ser incorporados a) una fuente accesible al público.

Es el caso de los diarios y boletines oficiales. Piénsese en todos aquellos datos que aparezcan en acuerdos o resoluciones que haya adoptado el Pleno –o que haya adoptado el presidente de la corporación y de los que se haya dado cuenta en la sesión plenaria o que hayan de ser ratificados en esta (así, entre otros, los relativos al otorgamiento de licencias, o de subvenciones)–, que por prescripción legal hayan de ser publicados en el boletín oficial.

26. En idéntico sentido, el artículo 4.3 del Decreto 21/2003, de 21 de enero, por el cual se establece el procedimiento para hacer efectivo el derecho de petición ante las administraciones públicas catalanas. Se trata de peticiones gratificadas, no fundadas en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante.

27. El artículo 98 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, establece la publicidad del planeamiento urbanístico y de los convenios urbanísticos. No obstante, en algunos casos se podrá valorar si los datos personales publicados son o no excesivos, así cuando se presentan alegaciones en el trámite de información pública de un instrumento de gestión urbanística, podría resultar excesivo (principio de calidad) publicar también el nombre y apellidos de quien alega.

28. En esta materia existe incluso una ley específica, la Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la norma puede prever la publicidad de determinadas resoluciones con carácter general, pero establecer al mismo tiempo excepciones a dicha publicidad. Es el caso, por ejemplo, del artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 noviembre, general de subvenciones, que dispone la publicidad de la concesión de las subvenciones, bien en el diario oficial, en el tablón de anuncios o bien en la web municipal, pero recoge una serie de supuestos en que no será necesaria, y entre ellos [artículo 18.3.d)] “cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas (...)”.

3. En el resto de supuestos en que la cesión de datos no esté permitida, se podrá publicar suprimiendo o anonimizando los datos, esto es, y como dice la LOPD, llevando a cabo la disociación de los mismos de forma que la información contenida en el acta no se pueda asociar a una persona identificada o identificable.

Podríamos situar aquí aquellos supuestos en los que en el Pleno se da cuenta de determinados acuerdos adoptados por el presidente de la corporación, que ni van a ser debatidos ni la norma prevé su publicación. Ejemplo: el supuesto (real) de una corporación local en la cual se da cuenta al Pleno de la terminación convencional de una reclamación de responsabilidad patrimonial acordada por decreto del presidente, apareciendo en el acta el nombre y apellidos del reclamante.

Pues bien: no se trata de un decreto que haya de ser objeto de publicación, sino de notificación personal al interesado; no es un acto debatido en el Pleno; no existe una norma con rango de ley que autorice la cesión de los datos; no se trata de un asunto con un claro interés general. ¿Se han de disociar esos datos? Sí, por aplicación del principio de calidad, son datos excesivos.

El acceso a la información pública no tiene por qué producirse en su integridad, si se puede alcanzar igualmente el interés público con accesos parciales y con una menor injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Esta práctica de comunicar el contenido de documentos de forma parcial, no ha de ser considerada como una limitación del derecho de acceso a la información o del principio de transparencia administrativa, sino como la única manera de hacerlo compatible con la normativa de protección de datos.

Y en cualquier caso, parece preferible publicar un dato disociado, aun cuando podríamos haberlo hecho sin disociar, que publicar sin anonimizar un dato que no se podía haber publicado.

Sería conveniente por lo demás que, cuando se disocien los datos, se indique que se realiza en cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Y en especial, la información que se da a través de la web municipal deberá disociarse en determinados supuestos concretos, donde quedan afectados derechos subjetivos de particulares o de personal dependiente del ente público, como por ejemplo y sin perjuicio de que puedan existir otros:

3.1. Expedientes sancionadores en materia de personal.

Como regla general, es cierto que la potestad sancionadora del personal del ente público de que se trate recae en su presidente, si bien hay dos supuestos en que el presidente ha de dar cuenta al Pleno [artículo 21.1.h) LRBRL]: cuando decreta la separación del servicio de un funcionario, y cuando la sanción sea el despido de personal laboral, sin perjuicio de aquellos otros supuestos sancionadores en que, igualmente, se dé cuenta al Pleno y por tanto los datos personales puedan aparecer en el acta.

Pues bien, aquí se han de disociar los datos.

3.2. Sanciones administrativas.

Como norma general, las sanciones impuestas por infracciones administrativas, previstas en la legislación sectorial, son objeto de notificación personal al interesado, no de publicación. Por tanto, cualquier referencia que en el acta pueda hacerse a las mismas²⁹ y a los datos del infractor se ha de disociar.

Sin embargo, en ocasiones, la publicación de la sanción está expresamente prevista por la ley sectorial como una sanción o pena accesoria, que tiene como justificación añadir a la propia sanción el reproche social que supone aquella publicación, aunque su im-

29. Habitualmente, la potestad sancionadora en el ámbito local va a pertenecer al presidente del ente, salvo determinados supuestos en que la ley sectorial correspondiente la otorgue al Pleno [así, el artículo 214.1.b) de la Ley de urbanismo de Cataluña, otorga al Pleno del Ayuntamiento la competencia para resolver los expedientes sancionadores por infracciones muy graves], en cuyo caso, aunque se trate de un asunto debatido en dicho Pleno, entiendo que se han de disociar los datos en aplicación de los principios de calidad y de proporcionalidad.

sición se suele prever como una facultad del órgano sancionador.³⁰ En estos casos, no habrá necesidad de disociar los datos personales.

3.3. Declaración de lesividad y ejercicio de acciones judiciales y administrativas en materias de competencia plenaria con terceros afectados.

Si bien es cierto que tanto la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento³¹ como el ejercicio de acciones –en materias de competencia plenaria– son competencias del Pleno, y sobre ellas existirá un debate y una votación que darán lugar a un acuerdo, entiendo que la publicidad de esta información en el acta debe respetar el principio de calidad que prohíbe los tratamientos excesivos y el derecho a la intimidad de las personas, de manera que sería conveniente, como norma general, disociar los datos de las personas físicas afectadas.

No obstante, en ocasiones puede concurrir un interés público en que se publicite el nombre de quien mantiene un contencioso con el Ayuntamiento, por ejemplo de quien ha interpuesto de forma contumaz numerosos pleitos contra el ente local, o si por razón de la materia existe un claro interés público o interés de la comunidad local.³²

En fin, como hemos podido ver, existe una gran dificultad para establecer unos criterios comunes y generales en orden a conciliar aquellos dos derechos fundamentales, siendo necesario, en no pocas ocasiones, realizar un ejercicio de ponderación en orden a determinar la prevalencia de uno u otro.

Tal vez dicha dificultad podría aligerarse con una ley, que configure un modelo de acceso a información pública que delimite los distintos supuestos, que diferencie entre la información que debe ofrecer la información de oficio y aquella que es consecuencia de petición de los ciudadanos, que fije unos mínimos de transparencia y unos máximos de información sometida a reserva, y

que por supuesto tenga en cuenta la potencialidad de Internet como medio de publicación de la información administrativa.

Se hace necesaria, en definitiva, la implantación de unos criterios que acompañen el nivel de intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos –por la forma de publicidad, por el dato al que afecta o por el plazo de cancelación– a los valores constitucionales e intereses públicos que justifican la transparencia administrativa. Siendo una de las cuestiones más trascendentales establecer una limitación temporal de las publicaciones en boletines oficiales o en páginas web institucionales.

Y para ello, parece lo más adecuado disponer de una legislación que tenga una visión integral y conectada de ambos derechos fundamentales. ■

30. Así, entre otras y sin ánimo de ser exhaustivo, la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos y las actividades recreativas en Cataluña, en su artículo 53 habla de la facultad de publicitar la infracción “por razones de ejemplaridad”; el artículo 83.1.5) de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades en Cataluña; el artículo 99.4 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña; o el artículo 29.1.5º de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

31. Recordemos que se trata de la declaración de lesividad de actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 LRJPAC. Piénsese, por ejemplo, en una resolución que acordó hace unos años conceder una determinada retribución a un funcionario del ente local y en un determinado momento se insta la declaración de lesividad porque la concesión de la retribución no tenía fundamento legal. En otros supuestos, puede concurrir un interés público que fundamente su publicación.

32. Es el caso, por ejemplo, del supuesto ya comentado de la SAN de 17 de julio de 2008, que da la razón al Ayuntamiento recurrente –contra el requerimiento de cesación impuesto por la AEPD– que reveló públicamente los nombres de los miembros de una asociación vecinal con participación activa en la vida municipal que venían interponiendo numerosos recursos administrativos contra decisiones del alcalde.

Propuesta de Reglamento de Administración electrónica para las entidades locales de Huesca

Luis Arduña Lapetra

Técnico jurídico Nuevas Tecnologías de la Diputación Provincial de Huesca

Jorge I. Pueyo Moy

Letrado jefe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Huesca

1. **Introducción**
2. **Naturaleza: ¿Reglamento u Ordenanza?**
3. **Estructura**
4. **Objeto y ámbito de aplicación**
5. **Identificación y autenticación**
6. **Sede electrónica**
7. **Registro electrónico**
8. **Procedimiento administrativo electrónico**
9. **Copias electrónicas**
10. **Conservación y archivo de documentos electrónicos**
11. **Disposiciones adicionales, transitoria y final**
12. **Otras materias**
13. **Conclusión**
14. **Bibliografía consultada**

1. Introducción

Probablemente, si el legislador estatal hubiera sido más ambicioso a la hora de establecer la normativa básica o si, en su defecto, el legislador autonómico hubiera sido capaz de dictar una norma de desarrollo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante, LAE) que contemplara todos aquellos aspectos que quedan desdibujados o pendientes de concreción en la norma estatal, no sería necesario que las entidades locales, con las carencias de personal que en la inmensa mayoría de los casos padecen, tuvieran que asumir una labor reguladora que supera su pro-

pia capacidad técnica y de comprensión, perfilando además un panorama fragmentado para una realidad –la de la Administración electrónica– que precisamente debe facilitar la interconexión e interoperabilidad entre administraciones.

Con objeto de salvar esas carencias, la legislación básica de régimen local, como la de desarrollo dictada por la Comunidad Autónoma de Aragón en esta materia, establece como una de las competencias propias de las diputaciones provinciales la de asistir y cooperar jurídica, económica y técnicamente con los municipios, especialmente con los de menor capacidad económica y de gestión.¹ En cumplimiento de ese papel, la Diputación Provincial de Huesca² ha elaborado una propuesta

1. Artículo 36 LBRL y artículo 65 LALA. En la norma aragonesa, tal función se extiende no solo a los municipios, sino también a otras entidades locales como, por ejemplo, las comarcas, sin que se haga mención a su capacidad económica o de gestión. Por eso, y puesto que las comarcas son también destinatarias de esta propuesta, en este trabajo se habla de Administración local en vez de Administración municipal (no obstante, en el articulado concreto de la propuesta, en ocasiones se habla de Ayuntamiento, debiendo la entidad comarcal personalizar en cada caso).

2. También la Fundación Democracia y Gobierno Local ha presentado un proyecto de Ordenanza reguladora de esta materia, que hemos consultado y aprovechado para la redacción de nuestra propuesta.

de Reglamento de Administración electrónica (en adelante, RAE) para las entidades locales de la provincia, propuesta que se dio a conocer en una Jornada celebrada el 19 de marzo de 2010.³

Una aproximación a la realidad municipal de la provincia sirve, además, para poner en valor aún más si cabe la misión encomendada a la Diputación Provincial de Huesca: de los 202 municipios que conforman la provincia, solamente 12 de ellos superan los 2.000 habitantes (aglutinando al 65% de la población de la provincia), mientras que 38 tienen entre 500 y 2.000 habitantes; dicho de otro modo, hay 152 municipios (el 75% del total) que tienen menos de 500 habitantes. A la luz de estos datos, está claro que la mayoría de los municipios oscenses encuentran dificultades para atender la gestión de las competencias que les son propias⁴ y, en el caso concreto que nos ocupa, para procurar la implementación de la Administración

electrónica.⁵ Administración electrónica que, por otra parte, y considerada también la realidad geográfica de la provincia, se presenta como una evidente solución⁶ para estas administraciones locales en sus relaciones con los vecinos y con otras administraciones y entidades.⁷

Con estos datos presentes, la propuesta elaborada por la Diputación Provincial de Huesca pretende perfeccionar la estructura básica de una Administración electrónica local que se adapte a la realidad existente, y no crear una superestructura normativa que poco o nada tenga que ver con la posibilidad de poner en práctica tal modelo de Administración. Se concibe la norma, en consecuencia, como una propuesta abierta para que los destinatarios de la misma sean capaces de adaptarla (con los mínimos cambios imprescindibles) a su funcionamiento⁸ y la individualicen, para lo que se dan las directrices ele-

3. El power point que acompañó a la ponencia de presentación puede verse en: <http://www.dphuesca.es/index.php/mod.documentos/mem.listado/relcategoria.1950/idmenu.1581/chk.cdc9e0403145c54ceb5c17b1308e4270.html> (número 3737).

4. Y no solo las que les son propias: como se señala en *Las TIC en la Administración Local del futuro*, editado por Ariel, Colección Fundación Telefónica, Cuaderno 8, 2007, p. 14-15, "El concepto de local aporta una idea de proximidad que, en el caso de las administraciones públicas, hay que relacionar con la fuerte actividad prestadora de servicios que hoy en día las caracterizan. El papel que los ayuntamientos españoles vienen desempeñando en este terreno desde la constitución de las primeras corporaciones democráticas en 1979, ha puesto de manifiesto la importancia de esa idea de proximidad, ya que, en respuesta a las demandas sociales, se han visto obligados a desplegar servicios y prestaciones que el ordenamiento competencial atribuye tanto al Estado como a las comunidades autónomas."

5. No debe perderse de vista, como afirma J. VALERO TORRIJOS, que "el principio de eficacia de la actividad administrativa consagrado en el artículo 103 [de la Constitución] impele a las Administraciones Públicas a adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar el adecuado ejercicio de sus competencias en atención a la realidad social y tecnológica en que ha de llevarse a cabo dicha función (...)". Y prosigue diciendo: "(...) las exigencias de eficacia deben apreciarse en función de las circunstancias y necesidades concretas de cada Administración Pública, por lo que la intensidad de la obligación analizada varía como consecuencia de la heterogeneidad característica de las organizaciones administrativas. En efecto, circunstancias tales como el número de ciudadanos sobre el que han de ejercerse las competencias asignadas, la proximidad o lejanía de las oficinas administrativas, el carácter centralizado o descentralizado de la estructura organizativa, el volumen de actividad que ha de llevarse a cabo o, entre otras, la escasez de personal, determinan que la incorporación de los medios informáticos y telemáticos en el desempeño de la actividad administrativa y en las relaciones con los ciudadanos constituya una prioridad o, por el contrario, presente una relevancia menor." J. VALERO TORRIJOS: *El régimen jurídico de la e-Administración*, Editorial Comares, 2ª Edición, 2007, p. 24 y 25.

6. Para E. GAMERO CASADO en su artículo "El Derecho Administrativo ante la Era de la Información", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*. Ed. Aranzadi, 1ª Edición, 2008, p. 31, con la implantación de la Administración electrónica se puede:

- a) facilitar las gestiones de los ciudadanos
- b) agilizar la tramitación de los expedientes administrativos
- c) ahorrar costes
- d) suprimir las barreras territoriales y potenciar la igualdad
- e) alcanzar más crecimiento y desarrollo.

7. Como dice la propia exposición de motivos de la LAE, "(...) las nuevas tecnologías de la información facilitan, sobre todo, el acceso a los servicios públicos de aquellas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes (...)".

8. En ese sentido, se ha querido tener presente que, como dice I. MARTÍN DELGADO, "*la Administración no solo está obligada a realizar las actuaciones necesarias para satisfacer el derecho a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, telematizando sus procedimientos y actuaciones para que surtan efectos ad extra a lo dispuesto en la LAE, sino que, además, debe igualmente impulsar el uso de los medios electrónicos en sus actuaciones procedimentales puramente internas (...)*" I. MARTÍN DELGADO: "La gestión electrónica del procedimiento administrativo", en QDL 21, octubre 2009, p. 86.

mentales y se fijan los contenidos mínimos que son exigidos por la legislación de aplicación para poder implementar las herramientas tecnológicas precisas, ya sean estas desarrolladas por la Diputación Provincial de Huesca,⁹ por los servicios técnicos propios (lo que solo ocurrirá en el caso de algunos, pocos, ayuntamientos y, quizá, en las comarcas) o por empresas del sector de las TIC.

Por eso mismo, a la hora de redactarla, se ha procurado en la medida de lo posible no reproducir miméticamente los artículos de la LAE,¹⁰ y se ha limitado la regulación a los aspectos en los que la Ley deja cierto margen para el desarrollo por la entidad local. Así, por ejemplo, no se reproduce el listado de principios, derechos y obligaciones, puesto que ya están contenidos en la norma legal (además, con carácter de normativa básica)¹¹ y poco o nada añaden, salvo hacer aún más extenso –y, por ende, poco accesible– el RAE.

No obstante, y dado que uno de los fines perseguidos con la presentación de una propuesta de RAE a las entidades locales de la provincia era precisamente dar a conocer conceptos fundamentales de la Administración electrónica, sí que se reproducen elementos clave como pueden ser el de expediente electrónico, el documento y las copias electrónicos y la actuación administrativa automatizada (aspec-

to este último que no tiene carácter básico en la normativa estatal pero que, por su aplicabilidad y potencialidad, hemos estimado preciso incorporar y regular).

A pesar de buscar ese carácter didáctico y de pretender no hacer demasiado complejo el RAE, ha sido inevitable, por la propia materia que se está regulando, que haya aspectos que, para los juristas, resultan de difícil comprensión.¹² Y, al mismo tiempo, y como consecuencia del carácter dinámico de las nuevas tecnologías, hay cuestiones que no pueden ser objeto de una foto fija, sino que exigen la suficiente flexibilidad como para atender y acoger los cambios que, ineluctablemente, se van produciendo. Todo ello configura una norma que, en ocasiones, presenta cierta dificultad de entendimiento y, como consecuencia, puede producir un cierto rechazo en el operador jurídico llamado a trabajarla y aplicarla.¹³

Tampoco desconoce la propuesta la certeza de que durante un tiempo más o menos largo van a tener que convivir la Administración electrónica con la Administración en papel. Y no solamente por las dificultades técnicas, personales y presupuestarias de las administraciones locales (sobre todo, las municipales), sino también porque, en estos momentos, no hay ni conocimiento ni, por lo tanto, demanda por parte de los potenciales usuarios del

9. Como se señala en la obra *Las TIC en la Administración Local del futuro*, *op. cit.*, p. 233-234, “es básico el concurso de entes intermedios locales (diputaciones, comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, etc.) que permita la prestación de servicios de calidad de una manera homogénea en todo el territorio español. Es la búsqueda de economías de escala y sinergias las que ayudan a alcanzar objetivos en aquellas políticas que desbordan las posibilidades municipales. En el fondo de casi todas las posibilidades de cooperación subyace la puesta a disposición de los municipios de servicios TIC que sean proporcionados desde las propias diputaciones, en general, u órgano que las sustituya con el fin de acelerar la implantación y facilitar la operación y el mantenimiento de los mismos.” Precisamente, en la citada Jornada de presentación, una de las ponencias se refirió a las aplicaciones técnicas puestas en marcha por la Diputación Provincial de Huesca para facilitar a las entidades locales el cumplimiento de las previsiones contenidas en la LAE. En cualquier caso, las aplicaciones desarrolladas por la Diputación Provincial de Huesca cumplen con lo prescrito en la propuesta de RAE.

La ponencia a la que hacemos mención puede ser consultada por quien esté interesado en la siguiente dirección:

<http://www.dphuesca.es/index.php/mod.documentos/mem.listado/relcategoria.1950/idmenu.1581/chk.cdc9e0403145c-54ceb5c17b1308e4270.html> (número 3738).

10. Que, tal y como apunta J. VALERO TORRIJOS, es una mala técnica legislativa (refiriéndose, en su caso, a la transposición de las directivas comunitarias: J. VALERO TORRIJOS: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 23).

11. Disposición adicional primera de la LAE.

12. Señala I. MARTÍN DELGADO que “La aplicación de las nuevas tecnologías al Derecho administrativo plantea dos retos: un reto tecnológico y un reto jurídico. El reto tecnológico consiste en crear programas y sistemas que se adecuen a las exigencias constitucionales, legales y, en general, normativas que caracterizan al Derecho administrativo, ámbito en el que van a ser aplicados; el reto jurídico consiste en establecer tales exigencias (adaptar en algunos casos, crear en otros) en el marco de las nuevas tecnologías y en determinar el régimen jurídico de su aplicación.” I. MARTÍN DELGADO: “La gestión electrónica del procedimiento administrativo”, en QDL 21, octubre 2009, p. 84.

13. En ese sentido, muchas de las actuaciones de la Diputación Provincial de Huesca (como, por ejemplo, la propia Jornada de presentación de la propuesta de Reglamento) van precisamente encaminadas a prestar a los empleados públicos municipales y, especialmente, a los funcionarios de habilitación estatal, la asistencia técnica y jurídica que contribuya a eliminar esos miedos y supere los obstáculos que por ese lado pudieran existir.

ejercicio del derecho de acceso electrónico.¹⁴ No obstante, también es cierto que en muchos de nuestros municipios, fundamentalmente los del Pirineo, sí que hay posibles interesados (el propietario de segunda residencia que reside en ciudad el resto del tiempo y acude al pequeño municipio los fines de semana o los períodos vacacionales) que pueden encontrar en la Administración electrónica la vía precisa para resolver muchas de las incidencias que pueden surgirles y que, por no residir habitualmente en el municipio, les suponen en la práctica numerosos inconvenientes a la hora de intentar solucionarlas.¹⁵

2. Naturaleza: ¿Reglamento u Ordenanza?

Antes de analizar el fondo de la propuesta que se ha presentado a las entidades locales de la provincia de Huesca, nos parece apropiado justificar aunque sea brevemente nuestra opción por la denominación de Reglamento en vez de la de Ordenanza. El artículo 139.1 de la Ley 7/1999, de Administración local de Aragón

(en adelante, LALA), señala que “Las disposiciones generales aprobadas por las entidades locales en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en el ámbito de su competencia adoptarán la denominación de reglamentos, si tuvieren por objeto regular la organización y funcionamiento de la entidad local y, en otro caso, la de ordenanzas”. Con una dicción muy similar, se expresan las normas reguladoras de la materia de Navarra,¹⁶ La Rioja¹⁷ o las Illes Balears,¹⁸ mientras que otras normas consultadas, sin embargo, no hacen mención a tal diferenciación¹⁹ o, directamente, ni siquiera regulan el procedimiento de aprobación,²⁰ aplicándose supletoriamente entonces la legislación básica estatal.²¹ La norma que se propone aúna aspectos organizativos y de funcionamiento junto con otros que afectan a los ciudadanos como sujetos que se relacionan con la Administración municipal, si bien su objetivo principal es el de configurar (es decir, organizar) una nueva Administración local: la electrónica. Por ello, nosotros hemos optado por la denominación de Reglamento, aunque entendemos que es igualmente defendible la de Ordenanza. En ese sentido, para cualquiera de las

14. Dice E. GAMERO CASADO que “todavía existen amplias extensiones del territorio – las zonas rurales se incorporan más lentamente al fenómeno –, y sobre todo, grandes grupos de población, que carecen de acceso a las TICs, dando lugar a un agravamiento de las desigualdades sociales que los poderes públicos procuran mitigar con medidas de fomento (...)” E. GAMERO CASADO: “El Derecho Administrativo ante la Era de la Información” en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 33. Sin embargo, no se trata únicamente de la imposibilidad de acceso a las TIC, que en el caso de la provincia de Huesca afecta a un número muy reducido de habitantes, sino que, disponiendo de ellas, no se quieren utilizar por cuestiones de confianza y, también, de cercanía, máxime en municipios de pocos habitantes en los que el alcalde o el secretario están accesibles casi a cualquier hora.

15. Son cuestiones, generalmente, relacionadas con el pago de impuestos municipales o con solicitudes de licencias (de obras, de vados, etcétera). También hay cuestiones relacionadas con el empadronamiento, aunque esta materia presenta más complicaciones no tanto por la gestión en sí (por ejemplo, la expedición de un certificado de empadronamiento), sino por el fraude que se produce (empadronamientos por razones fiscales, para alterar la relación de fuerzas en municipios que funcionan en concejo abierto, etcétera).

16. Ley foral 6/1990, de Administración local de Navarra: artículo 324. “1. Las disposiciones generales emanadas de las entidades locales en ejercicio de la potestad reglamentaria y en el ámbito de su competencia adoptarán la forma de reglamentos, si tuvieren por objeto regular la organización y funcionamiento de la Administración Local, y, en otro caso, de ordenanzas.”

17. Ley 1/2003, de Administración local de La Rioja: artículo 150. “Reglamentos y Ordenanzas. 1. Las disposiciones generales aprobadas por las entidades locales en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en el ámbito de su competencia adoptarán la denominación de Reglamentos, si tuvieran por objeto regular la organización y funcionamiento de la entidad local y, en otro caso, la de Ordenanzas.”

18. Ley 20/2006, municipal y de régimen local de las Illes Balears: artículo 101. “Reglamentos y ordenanzas. 1. Las disposiciones generales aprobadas por las entidades locales en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en el ámbito de su competencia adoptan la denominación de reglamentos, si tienen por objeto regular la organización, el funcionamiento de la entidad local y la prestación de los servicios públicos, y, de lo contrario, la de ordenanzas.”

19. 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.

20. Ley 6/1988, de régimen local de la Región de Murcia; Ley 5/1997, de Administración local de Galicia; Ley 1/1998, de régimen local de Castilla y León; Ley 2/2003, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

21. El artículo 49 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL) habla de ordenanzas locales, fijando el procedimiento de aprobación, sin hacer mención al Reglamento. Y entre las competencias del Pleno de la entidad local está la de aprobación del Reglamento orgánico y de las ordenanzas locales, reservando, por tanto, el término Reglamento a la regulación de lo que en las legislaciones de desarrollo analizadas se define como organización y funcionamiento de la entidad local.

dos denominaciones podemos encontrar ejemplos²² (véase el Reglamento regulador de la Administración electrónica de la Diputación de Almería o la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona).

3. Estructura

La propuesta de Reglamento se compone de cuarenta y cinco artículos, agrupados en siete capítulos, ocho disposiciones adicionales, una transitoria y una final. Los capítulos están ordenados conforme a una secuenciación que hemos entendido lógica: en primer lugar, fijación del objeto y del ámbito de aplicación y, una vez determinados ambos, atención a los aspectos sustanciales de la Administración electrónica municipal, empezando por la identificación y autenticación tanto de los ciudadanos como de la propia Administración, y regulando, por este orden, la sede electrónica, el registro electrónico, el procedimiento administrativo electrónico y, estrechamente vinculadas con él, aunque con entidad propia por su interés, las copias electrónicas.²³ Finalmente, el capítulo séptimo se refiere al archivo electrónico, al que se le ha querido dotar de entidad con el fin de resaltar su importancia²⁴ (y, en realidad, no solo del archivo electrónico, sino también del archivo en papel, cuyo carácter fundamental²⁵ no siempre es percibido en las administraciones locales de menor tamaño, que no cuentan, por lo general, con un buen servicio de archivo).

En este trabajo vamos a ir analizando (sin detenernos en cada artículo, sino atendiendo a la regulación general) cómo se ha contemplado cada uno de estos

elementos configuradores de la Administración electrónica local.

4. Objeto y ámbito de aplicación

Como resulta evidente, el objeto del Reglamento es “la regulación de los aspectos electrónicos de la Administración municipal,²⁶ la creación y determinación del régimen jurídico propio de la sede electrónica, del registro electrónico y de la gestión electrónica administrativa, haciendo efectivo el derecho de los ciudadanos al acceso electrónico a los servicios públicos municipales”. Destaca el carácter constitutivo (en cuanto norma que crea) que tiene el Reglamento respecto tanto de la sede electrónica como del registro electrónico. En ese sentido, mientras que para el registro electrónico la LAE deja claro que será creado mediante una disposición que deberá publicarse en el Diario Oficial correspondiente y que tendrá un contenido mínimo,²⁷ para la sede electrónica se deja a la Administración pública que corresponda la determinación del instrumento y condiciones de creación, aunque, eso sí, con sujeción a una serie de principios.²⁸ Con el fin de evitar una dispersión normativa nada aconsejable y de concentrar en una sola norma la regulación de los aspectos fundamentales que configuran la Administración electrónica local, se ha optado por la solución de convertir este Reglamento en la norma de creación tanto de la sede electrónica²⁹ como del registro electrónico,³⁰ debiendo, por lo tanto, como norma de creación del registro, publicarse en el Boletín Oficial correspondiente y estar su texto íntegro disponible para consulta en la sede electrónica.³¹

22. D. SIBINA TOMÁS, en su artículo “El registro electrónico”, en QDL 21, octubre 2009, p. 128, señala, respecto a la norma de creación del registro, que “En el ámbito local, estas disposiciones adoptarán la forma de ordenanzas o reglamentos (...)”

23. Que adquieren especial importancia en un contexto de convivencia entre la Administración electrónica y Administración en papel.

24. Como señala el CENATIC en su estudio *Software de fuentes abiertas en la Administración electrónica*, disponible en www.cenatic.es, en la implantación de esta se da prioridad a los servicios más visibles y con mayor incidencia en los ciudadanos, no percibiéndose el archivo electrónico como una prioridad a corto plazo.

25. Como dice F. J. SANZ LARRUGA, citando a RIVERO, “(...) no cabe la menor duda de que los archivos constituyen una pieza central de una buena Administración tanto desde el punto de vista de la eficacia, como desde la perspectiva del control.” F. J. SANZ LARRUGA: “Documentos y archivos electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 479.

26. Véase la nota 8.

27. Artículo 25.1 LAE. Tiene carácter básico.

28. Artículo 10.3 LAE. Tiene carácter básico.

29. Artículo 7.1 RAE: “Mediante este Reglamento se crea la sede electrónica del Ayuntamiento (...)”

30. Artículo 14 RAE: “Mediante este Reglamento se crea el registro electrónico del Ayuntamiento y de sus entidades de derecho público dependientes (...)”

31. Artículo 25.1 LAE, ya citado.

Por otro lado, se resalta el objetivo fundamental que ha de cumplir la implantación de la Administración electrónica en el ámbito local: hacer efectivo el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos municipales, auténtica razón de ser de aquella.³²

En cuanto al ámbito de aplicación, y como no podía ser de otra forma, el artículo 2 RAE establece que “será de aplicación al Ayuntamiento³³ y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de éste, y a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración municipal”, debiendo entender por ciudadano no solamente a las personas físicas, sino también a las jurídicas e, incluso, a los entes sin personalidad, tal y como hace la propia LAE al definir lo que se entiende por ciudadano en su anexo por remisión del artículo 5.³⁴

Una cuestión de cierta relevancia es la de si en el ámbito de aplicación, y en lo que respecta a los ayuntamientos, se incluyen o no las entidades mercantiles que pudieran estar participadas, mayoritaria o minoritariamente, por la Administración municipal. En principio, la solución por la que se ha optado en la propuesta, atendiendo a la regulación legal³⁵ y, sobre todo y fundamentalmente, considerando el tamaño y organización de la inmensa mayoría de los ayuntamientos de la provincia, ha sido la de no hacer mención a las sociedades municipales, sin que ello impida, no obstante, que

puedan incluirse cuando la entidad local reguladora así lo estime.³⁶ Además, la inclusión de este tipo de entidades en esta propuesta de Reglamento, dado que no son sujetos de Derecho Público, exigiría el desarrollo de previsiones específicas que todavía harían más vasto y farragoso su contenido.

5. Identificación y autenticación

La Administración electrónica supone un cambio elemental en la forma de relacionarse entre la propia Administración y el administrado: la presencia física de este (o de quien lo representa) deja paso a la comunicación a distancia. En consecuencia, la identificación de ambos interlocutores se convierte en un aspecto sustancial que hay que asegurar mediante el uso de sistemas de identificación y autenticación.³⁷

Identificación y autenticación no son términos sinónimos y, sin embargo, tal y como indica I. Martín Delgado, en ocasiones vienen utilizándose con cierta confusión. Así, “mientras la identificación estaría relacionada con la vertiente subjetiva de la firma, esto es, la persona del firmante, la autenticación lo estaría con la vertiente objetiva, es decir, el documento objeto de firma.”³⁸ Ambas circunstancias van a quedar garantizadas en el ámbito de la Administración electrónica con

32. Es interesante recordar que, además, la propia LAE señala en su exposición de motivos que “El servicio al ciudadano exige consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos. La contrapartida de ese derecho es la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas electrónicos para que ese derecho pueda ejercerse”. Es decir, derecho ciudadano y correlativa obligación de la Administración, en este caso, local.

33. Véase la nota 8.

34. Definiciones contenidas en ese anexo que, dado que el artículo 5 es básico, ha de entenderse que tienen también ese carácter.

35. Si atendemos a lo dicho en la LAE, esta consagra el derecho del ciudadano a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas, entendiendo por tales (artículo 2.1 letra a) a la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, así como las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de las mismas. Ello no ha sido obstáculo para que en muchas normativas locales se incluyan, entre los sujetos a los que aplicar las previsiones relativas a la Administración electrónica, fundaciones, sociedades municipales..., extendiendo a las mismas exigencias (como la creación de sede electrónica) que, a nuestro juicio y a la luz de la norma estatal, son excesivas para este tipo de entidades, complicando en demasía y sin una contrapartida clara la aplicabilidad de la norma.

36. Este es uno de los casos en los que cabe la individualización de la propuesta: aquellos ayuntamientos que tengan sociedades municipales y quieran incluirlas en el ámbito de aplicación, se ajustarán a lo dicho en el artículo 2 de la propuesta.

37. Como acertadamente expone I. MARTÍN DELGADO, “Desde el momento en que toda relación entre Administración y ciudadano por medios telemáticos depende de la identificación previa y recíproca de una y otro, y que la generalización de su uso será directamente proporcional a la confianza (a su vez, consecuencia de la seguridad técnica y jurídica) que los sistemas de identificación generen entre sus eventuales usuarios, puede afirmarse rotundamente que la cuestión relativa a la identidad es absolutamente fundamental para el acceso efectivo a los contenidos y posibilidades de la Administración electrónica. Como también lo es, en su función de autenticación, para la validez del documento. En definitiva, (...) es claro que no hay ejercicio de derechos telemáticos sin identidad electrónica ni sin instrumentos para expresar la propia voluntad por medios electrónicos (...) la firma [electrónica] busca garantizar en el mundo telemático la seguridad, autenticidad e integridad que existe en el mundo físico.” I. MARTÍN DELGADO: “Identificación y autenticación de los ciudadanos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 319.

38. I. MARTÍN DELGADO: “Identificación y autenticación de los ciudadanos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 321.

la firma electrónica, de forma que ante un documento electrónico firmado, sabremos que quien lo firma es quien dice ser y que su voluntad es la que figura en dicho documento. No obstante, habrá supuestos en los que únicamente sea necesaria la identificación del interesado (por ejemplo, al solicitar un certificado de empadronamiento), mientras que en otros casos, habrá de quedar constancia, además, de cuál sea su concreta voluntad (siguiendo con el ejemplo, si quisiera ejercer su derecho a modificar algún dato de los que figuran en el padrón de habitantes).³⁹

La firma electrónica se configura, así, como la clave de bóveda en la construcción de la Administración electrónica. Sin un mecanismo que garantice la identidad de los participantes, sea Administración, sean administrados, ni la manifestación de voluntad de todos ellos, no sería posible construir una Administración basada en las TIC.⁴⁰

En la propuesta de Reglamento se ha regulado en primer lugar la identificación de los ciudadanos y la autenticación de sus actuaciones. En esta materia, en la que pocas innovaciones caben, dado el carácter básico de la LAE en esta materia concreta,⁴¹ se ha seguido el esquema legal, admitiendo la firma electrónica avanzada⁴² con carácter general, así como la reconocida, y en todo caso el DNI electrónico y los certificados expedidos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. Se tiene en cuenta, no obstante, la exigencia de utilización de la firma electrónica reconocida (y, por lo tanto, la exclusión de la avanzada) para los procedimientos relativos a contratación, como consecuencia del juego de la disposición adicional 19ª.1 f) de la Ley 30/2007, de

contratos del sector público (en adelante, LCSP), que tiene carácter básico, así como para aquellos otros en los que una norma legal básica lo exija. Y, evidentemente, aunque nada se diga en nuestra propuesta sobre otros sistemas de identificación y autenticación, la entidad local concreta que desee regular con más amplitud esta materia, cuenta con la cobertura del artículo 16 LAE, de carácter básico, que deja la puerta abierta para que pueda determinar otros sistemas de firma electrónica (tales como claves u otros sistemas no criptográficos), eso sí, de manera justificada y atendidos los datos e intereses afectados.⁴³

En cuanto a la identificación de la Administración local y autenticación de sus actuaciones, la regla general, es decir, aplicable a todas las actuaciones administrativas salvo las automatizadas, y con la excepción de la identificación de la sede electrónica, será la firma electrónica del personal a su servicio o de los miembros corporativos, según corresponda, pudiendo emplearse también la firma electrónica basada en el DNI electrónico de los citados. Cuando se trate de una actuación administrativa automatizada,⁴⁴ la Presidencia de la entidad local deberá determinar los concretos sistemas de firma electrónica que se vayan a utilizar de los dos posibles: el sello electrónico o el código seguro de verificación, pudiendo superponerse a este la firma, mediante sello, cuando se trate de mejorar la interoperabilidad electrónica y posibilitar la verificación sin necesidad de acudir a la sede electrónica. Por último, en lo que a la identificación de la sede electrónica atañe,⁴⁵ esta se realiza mediante un sistema de firma electrónica basado en certificados de dispositivo seguro y únicamente servirá para

39. Como dice I. MARTÍN DELGADO: "Identificación y autenticación de los ciudadanos", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 322: "En definitiva, siempre será necesario identificarse. No siempre lo será, en cambio, expresar la propia voluntad."

40. "La acreditación de la identidad del interesado y la autenticación de la voluntad por este expresada, es requisito de toda comunicación que dirija a la Administración. Por otro lado, el ejercicio de la competencia por el órgano que la tiene legalmente encomendada, y la autenticación de los actos administrativos por él emanados es exigencia para la validez de la actuación administrativa." I. MARTÍN DELGADO: "La gestión electrónica del procedimiento administrativo", en QDL 21, octubre 2009, p. 88.

41. Sección 2ª del capítulo II del título segundo LAE, artículos 14 a 16.

42. Firma electrónica avanzada que no en todos los reglamentos y ordenanzas que hemos consultado se admite, lo que a nuestro juicio iría en contra de la normativa básica, que la acoge en su artículo 15, y supondría una restricción no admisible en el derecho del ciudadano, dado que se configura como el mínimo exigible para la identificación y autenticación del ciudadano. Además, debe atenderse al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 4 g) LAE, teniendo que acudir al trámite o actuación concreta para determinar si la exigencia de firma electrónica reconocida está fundada en razones de seguridad o la naturaleza del trámite o actuación así lo requiere.

43. La motivación de la decisión deberá tener en cuenta los principios de igualdad, seguridad, proporcionalidad y transparencia del artículo 4 LAE.

44. Que se define conforme a lo establecido en la LAE, artículo 39 y anexo de definiciones.

45. Por razones materiales se trata aquí, aunque formalmente, en el Reglamento, su regulación se ubica en el capítulo III, que es el dedicado a la sede electrónica.

identificar la sede, en ningún caso para identificar y autenticar documentos y trámites.

6. Sede electrónica

En la construcción de la Administración electrónica, la sede se configura como el marco oficial en el que se va a producir la comunicación e interacción entre Administración y administrados. En ese sentido, la sede se ha llegado a definir como oficina virtual⁴⁶ que cuenta, además, con la ventaja de estar abierta las 24 horas del día los 365 días del año.

Como ya se ha argumentado anteriormente, el Reglamento que se propone por la Diputación Provincial de Huesca a las entidades locales de la provincia sirve como norma de cobertura a la creación de la sede electrónica y, en consecuencia, determina las condiciones de su creación y fija el contenido mínimo que es exigible a la luz de lo establecido en la distinta normativa que le afecta.⁴⁷ Contenido mínimo que se fija en el artículo 8 RAE pero que, además, y en atención al carácter didáctico del que se ha querido dotar a esta propuesta, se especifica también en los artículos 9, 10, 11 y 12, en estos casos, vista la relevancia de la materia. De esta forma, adquieren visibilidad cuestiones de indudable trascendencia para el municipio como son las urbanísticas,⁴⁸ el perfil de contratante⁴⁹ o la publicidad de las normas municipales. Mención especial merece el tablón de edictos electrónico, el cual se configura como complementario del tablón tradicional

en tanto convivan los procedimientos en papel junto con los electrónicos, si bien cabe la posibilidad de que, en determinados procedimientos, la publicación en el tablón de edictos electrónico pueda sustituir a la que se realiza en el tradicional. En cualquier caso, habrá de garantizarse el control de las fechas de cara al cómputo de los plazos.

Por otra parte, la capacidad de la mayoría de los municipios oscenses, tal y como ya se ha ido apuntando en este trabajo, hace que adquiera especial interés la previsión de que la gestión y administración de la sede pueda encargarse a otras entidades, públicas o privadas, lo que deberá articularse a través del oportuno instrumento jurídico.⁵⁰ Junto con ello, ha de hacerse hincapié en la titularidad de la sede y la responsabilidad que de ella se deriva (integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios), toda vez que la experiencia demuestra que las páginas web municipales (aún no configuradas como sedes) han venido acogiendo en muchas ocasiones informaciones facilitadas o directamente publicadas por asociaciones vecinales o culturales del municipio o han abierto foros para la participación ciudadana. Iniciativas todas ellas muy loables pero que, como dice J. Valero Torrijos, "puede(n) plantear serias consecuencias desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial, a pesar de que con frecuencia se incorpore una cláusula en la que se declina cualquier responsabilidad por los daños que eventualmente puedan producirse como consecuencia de las opiniones allí vertidas. En estos casos, la actividad municipal no puede considerarse como una

46. D. SIBINA TOMÁS habla de "casa consistorial o sede administrativa virtual" en su artículo "El registro electrónico", QDL 21, octubre 2009, p. 126. Más allá, y en otro nivel dada su larga trayectoria (desde 1996, en que se implanta su primer portal), la AEAT habla de Ciudad Virtual de Servicios: "Si asociamos página con despacho y pensamos que en el Portal de la AEAT existen más de 40.000 páginas con atención en cuatro lenguas cooficiales y pensamos que se prestan más de 3.600 servicios interactivos como pagos o registro o que existen áreas especializadas para colaboradores, para empresas y para usuarios sin duda es más exacto el término Ciudad que el de Oficina." I. GONZÁLEZ GARCÍA: "De oficina virtual a servicios transparentes. La experiencia de la AEAT en la aplicación de la Ley 11/2007", en *La Administración electrónica y el servicio a los ciudadanos*, MEH-Real Casa de la Moneda FNMT, 2009, p. 111.

47. Puesto que, como decimos, se configura como oficina permanentemente abierta y fácilmente accesible, reúne los requisitos adecuados para convertirse en la herramienta perfecta para dar satisfacción a los principios de publicidad y transparencia, principios clave en la construcción de una Administración local democrática.

48. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 70 ter LBRL.

49. Artículo 42 LCSP.

50. Como señala J. VALERO TORRIJOS, "(...) puede darse con cierta frecuencia el caso de que tanto la gestión y, sobre todo, la Administración no se realicen directamente por el titular de la sede, bien sea a través de una empresa privada o de otra Administración Pública: mientras en el primer caso resultará de aplicación la normativa específica sobre contratación administrativa, en el segundo nos encontraríamos ante un supuesto de colaboración que normalmente se formalizará a través del oportuno convenio. Esta última modalidad puede resultar de gran utilidad en el ámbito de la Administración Local, de manera que los Municipios que no dispongan de los recursos necesarios y el personal especializado puedan disponer de su propia sede electrónica. En concreto (...) las Diputaciones Provinciales (...)" J. VALERO TORRIJOS: "Acceso a los servicios y difusión de la información por medios electrónicos", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 238.

simple intermediación a los efectos de la aplicación de las limitaciones de responsabilidad que se prevén en el artículo 15 LSSI (Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) para los proveedores de servicios de alojamiento, especialmente si los foros se alojan en la sede electrónica oficial, de manera que las autoridades municipales deberían adoptar un sistema de filtrado que impida la difusión de aquellos mensajes que puedan ocasionar daños antijurídicos.”⁵¹

7. Registro electrónico

Accesible desde la sede electrónica, la puerta de entrada a la Administración electrónica para el ciudadano es el registro electrónico.⁵² Tal y como ya se ha indicado, la propuesta que se presenta convierte al Reglamento de Administración electrónica en la norma que crea el registro y que, por tanto, da cumplimiento a las exigencias contenidas en el artículo 25 LAE; así, especifica el órgano responsable (que se hace recaer en la Alcaldía o Presidencia de la entidad local, aunque susceptible, en cualquier caso, de su modificación por aquellas entidades locales que así lo estimen conforme a su organización y distribución de competencias), la fecha y hora oficial (ya determinadas en la sede electrónica) y el calendario de días declarados inhábiles (fijando las condiciones de su determinación, que en el caso de las fiestas locales se concreta en las de la capitalidad de la entidad local).

El registro electrónico se configura interconectado con el general de la entidad, superando así la denominación de registro auxiliar dada por algunos reglamentos y ordenanzas (incluido el propio de la Diputación Provincial de Huesca), puesto que, como señala

D. Sibina Tomàs, “una vez generalizado el uso de las tecnologías de la información, se simplifica aún más la relación entre el registro general y los auxiliares, y se diluye su diferencia, porque pueden operar a efectos de numeración y asientos como un único registro.”⁵³

El artículo 14 RAE establece una serie de obligaciones en cuanto a la seguridad del registro, conservación de la documentación y elaboración de copias de seguridad que, en el caso de que el Ayuntamiento hiciera uso de servidores de otras administraciones públicas,⁵⁴ serían asumidas por estas.

Es importante también la previsión que se hace respecto de los documentos electrónicos normalizados,⁵⁵ los cuales serán aprobados por resolución de la Presidencia de la entidad local, aunque se tiene siempre presente el derecho del ciudadano a presentar su solicitud con la forma que estime conveniente, dado que el artículo 24.2 b) LAE exige que exista en cada Administración un sistema de registros electrónicos que admita cualquier tipo de documento electrónico⁵⁶ (que cumpla con los estándares de formato y requisitos de seguridad exigidos en los esquemas nacionales de interoperabilidad y seguridad, evidentemente).

Por otra parte, se establece que el registro electrónico genere de forma automática un recibo de la presentación realizada, en formato .pdf, autenticado mediante alguno de los sistemas de identificación admitidos. Dicho recibo tendrá un contenido mínimo que incluirá la fecha y hora de presentación, el número de entrada que se le asigne y la relación de los documentos que se hayan adjuntado al formulario de presentación.

En relación con lo anterior, en lo que respecta al éxito de la recepción de la documentación remitida por el interesado, se ha acogido la solución consistente en interpretar que la falta de emisión del recibo acreditativo equivaldrá a la no recepción de la misma, lo que se

51. J. VALERO TORRIJOS: “Acceso a los servicios y difusión de la información por medios electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 255.

52. Como dice J. VALERO TORRIJOS, “Los registros electrónicos constituyen una herramienta esencial para el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos (...)” J. VALERO TORRIJOS: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 104.

53. D. SIBINA TOMÀS: “El registro electrónico”, QDL 21, octubre 2009, p. 107.

54. Se está pensando, sobre todo, en que los servidores sean de la Diputación Provincial de Huesca.

55. El artículo 35 LAE obliga a la Administración a poner a disposición de los interesados los correspondientes modelos o sistemas electrónicos de solicitud en la sede electrónica. Y así se recoge en la propia propuesta de Reglamento al regular el contenido de la sede electrónica.

56. Esta cuestión, no obstante, no es pacífica en la doctrina, y así, J. VALERO TORRIJOS mantiene que el hecho de optar por la iniciación electrónica del procedimiento puede conllevar la carga para el interesado de tener que emplear los modelos establecidos, justificando tal exigencia en razones técnicas tales como la interconexión de las bases de datos, la agilización del tratamiento de la información, etc. No obstante, a nuestro juicio, y tal y como indica L. COTINO HUESO, que al ciudadano no se le admitiera un documento por no utilizar los modelos o sistemas preestablecidos iría contra su derecho de acceso consagrado en el artículo 6.1 LAE y refrendado en el citado artículo 24.2 b) del mismo texto legal.

deberá poner en conocimiento de quien hace la presentación.⁵⁷ Junto a ello, se ha contemplado el supuesto de que la documentación enviada contuviera algún tipo de virus informático; en este caso, y partiendo de la presunción de que el ciudadano no es culpable de esa circunstancia, se ha previsto que la mera presencia de virus no suponga, por sí sola, que se tenga por no presentada la documentación infectada, condicionando su aceptación a que se pueda acceder a su contenido esencial y que resulte indubitable que no se ha producido alteración en los términos de los documentos por efecto del virus. Todo ello sin perjuicio del requerimiento al presentador para que subsane el envío.

8. Procedimiento administrativo electrónico

Una vez “abierta” la oficina municipal virtual y facilitada la “entrada” de los ciudadanos a la misma a través del registro, la actividad administrativa tiene, necesariamente, que procurar continuar la vía electrónica, y no solo para facilitar al ciudadano el ejercicio de sus derechos, sino también por meras cuestiones de eficacia

y eficiencia internas.⁵⁸ Instrumento indispensable para llevar a cabo esta gestión electrónica de la actividad administrativa municipal es el expediente electrónico, reproduciéndose en este caso en la propuesta de Reglamento la definición contenida en la LAE, así como la de documento electrónico, parte sustancial de aquel y elemento en torno al que giran otros aspectos relevantes (referencia temporal, identificación y autenticación...).

Junto a lo anterior, ha de hacerse mención, tal y como ya se ha indicado al principio de este trabajo, a la actuación administrativa automatizada, contemplada en la LAE si bien en preceptos no básicos, que, a nuestro juicio, puede encontrar un buen campo de juego en la Administración local⁵⁹ y, por ello, tiene que tener cabida en la regulación que se propone. En ese sentido, se reproduce lo dicho en la LAE, aunque se especifica un régimen más simplificado para la emisión automática del recibo de presentación. No obstante, es evidente que para la puesta en marcha de actuaciones administrativas automatizadas es indispensable un trabajo previo considerable en el sentido, adelantado también en la LAE, de rediseño de los procedimientos⁶⁰

57. Solución mantenida, por ejemplo, por la Ley foral navarra 11/2007. Como argumento a favor, resulta muy convincente el empleado por M^a. D. REGO BLANCO subrayando el carácter automático de la emisión del recibo: “(...) el sistema de registro electrónico, establece la Ley, funciona automatizadamente, por lo que si efectivamente funciona emitirá el recibo, y si no funciona, no lo podrá expedir. Como la emisión del recibo no depende de la intervención de voluntad humana, sino que es automática, su omisión sólo puede equivaler a una no recepción (...)” M^a Dolores REGO BLANCO: “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 383.

58. Dice la exposición de motivos de la LAE: “En cuanto al funcionamiento interno de la Administración, las nuevas tecnologías permiten oportunidades de mejora (eficiencia y reducción de costes) que hacen ineludible la consideración de las formas de tramitación electrónica, tanto para la tramitación electrónica de expedientes como para cualquier otra actuación interna de la Administración (...)” Luego, el artículo 33 LAE, que no tiene carácter básico, señala que “(...) se impulsará la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa.”

59. Campo de juego limitado, no obstante, puesto que como señala I. MARTÍN DELGADO, “solo podrá ser empleada en el marco de la actividad administrativa formalizada, es decir, en el marco de un procedimiento administrativo, puesto que la máquina solo podrá llevar a cabo actuaciones jurídico-formales, y nunca aquellas otras que sean puramente materiales.” Y prosigue diciendo que “la mayor parte de sus posibilidades de aplicación se concentrarán en la adopción de actos administrativos de trámite o, en todo caso, en relación con procedimientos sencillos, en los que el sentido de la resolución viene determinado por la aplicación automática de unos parámetros ya delimitados y no hay margen alguno de desvío respecto de la resolución que hubiera adoptado el órgano administrativo por medios convencionales. Ello conduce a delimitar el marco del empleo de las TIC en el proceso decisorio al ejercicio de potestades regladas. (...) Sin embargo, no debe descartarse el uso de sistemas de información en el ejercicio de potestades discrecionales en las que la discrecionalidad sea de baja intensidad [discrecionalidad técnica] (...) Solo cuando exista discrecionalidad política o técnica no parametrizable, le estará vedado a la Administración el uso de medios electrónicos en la adopción de su actuación administrativa sin intervención de persona humana.” I. MARTÍN DELGADO: “La gestión electrónica del procedimiento administrativo”, en QDL 21, octubre 2009, p. 98-101.

60. Aquí entraría en juego la tarea de simplificación administrativa, indispensable para abordar la Administración electrónica e ineludible para la AGE a tenor de lo establecido en el artículo 34 LAE que, incompresiblemente a nuestro entender, no tiene carácter básico, si bien algunas administraciones locales, como por ejemplo, el Ayuntamiento de Barcelona en su Ordenanza de Administración electrónica, han recogido dicha necesidad, estableciendo en su artículo 6 b) el principio de simplificación administrativa: “La Administración Municipal, con el objetivo de alcanzar una simplificación e integración de los procesos, procedimientos y trámites administrativos, así como de mejorar el servicio al ciudadano, aprovechará la eficiencia que comporta la utilización de técnicas de Administración Electrónica, en particular eliminando todos los trámites o actuaciones que se consideren no relevantes y rediseñando los procesos y los procedimientos administrativos, de acuerdo con la normativa de aplicación, utilizando al máximo las posibilidades derivadas de las tecnologías de la información y la comunicación.”

y de establecimiento de flujogramas que delimiten claramente y definan los parámetros que ha de seguir la aplicación informática o electrónica que se implemente para permitir tal actuación.⁶¹

Dentro del capítulo dedicado al procedimiento administrativo electrónico hemos incluido la regulación de las comunicaciones y notificaciones electrónicas. Evidentemente, se parte del derecho del ciudadano a elegir el canal a través del cual quiere que la Administración, en este caso local, se relacione con él y le transmita los actos y resoluciones que procedan en el marco del expediente en el que tiene la condición de interesado. No obstante, se acoge la posibilidad, prevista en el apartado 6 del artículo 27 LAE, de que pueda establecerse la obligatoriedad de comunicarse utilizando únicamente medios electrónicos, siempre que los destinatarios de tal obligación cumplan con las condiciones establecidas de capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, que garanticen que pueden acceder y disponer de los medios tecnológicos necesarios. Para fijar tal obligación, el Ayuntamiento deberá dictar una Ordenanza, expresión de su potestad reglamentaria.⁶² Lo que sí hace la propuesta de Reglamento es prever el uso de los medios electrónicos

en las comunicaciones entre la Administración local y el personal a su servicio cuando se sepa con certeza que cumple con los requisitos exigidos.⁶³

En cuanto a la forma de realizar la notificación, se ha optado por poner a disposición de los interesados una dirección electrónica, ya que ante la ausencia de previsión expresa en la LAE al respecto, y como defiende J. Valero Torrijos,⁶⁴ “es perfectamente admisible que cada Administración Pública desarrolle un modelo propio de notificaciones electrónicas y configure su utilización con carácter preceptivo para la comunicación de los actos administrativos que dicte.” Esta dirección tendrá una duración indefinida. Tanto la fecha de puesta a disposición de la notificación en esa dirección electrónica como el rechazo de la misma por el transcurso del plazo, o cualquier otra circunstancia relativa al intento de notificación, habrá de constar en el registro de salida y trasladarse al expediente para desplegar los efectos jurídicos consecuentes.

Por último, en este capítulo se ha incluido un artículo referido a la representación. Vista la regulación contenida en la norma de desarrollo de la LAE, el Real decreto 1671/2009, tremendamente restrictiva⁶⁵ en cuanto a las posibilidades de actuación de quien representa, se

61. La LAE habla de “sistema de información adecuadamente programado”.

62. En esta materia, es interesante citar la Sentencia núm. 1986/2009, de 18 de septiembre, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid). En dicha Sentencia, el Tribunal estima el recurso interpuesto por la Confederación Castellano Leonesa de la Construcción contra la Orden EYE/880/2008 que crea el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la Construcción en la Comunidad de Castilla y León y anula el artículo 5.1 de la misma que establecía que el procedimiento de inscripción se realizaría de forma telemática. Para llegar a tal decisión, el Tribunal indica que “(...) si la regla general es que la elección de la forma de comunicación es una facultad que corresponde al ciudadano, siendo la excepción que la Administración puede establecer por la vía reglamentaria que la comunicación se realice de forma obligatoria por medios electrónicos, tenemos como pauta interpretativa que este supuesto, como excepcional que es, habrá de ser interpretado de forma restrictiva. Y con ello la cuestión que ha de abordarse ahora no es otra que determinar si concurren o no los presupuestos que el referido artículo 27.6 establece para poder obligar a la comunicación telemática (...) Y es que *no puede establecerse como supuesto de hecho indubitado que todas las empresas que intervienen en el sector de la construcción, absolutamente todas, tienen de antemano garantizado el acceso y la disponibilidad de los medios tecnológicos precisos* para realizar la comunicación de esta forma, debiendo significarse de nuevo que la posibilidad de establecer de forma obligatoria la comunicación telemática es excepcional, y en consecuencia las dudas interpretativas que puedan suscitarse habrán de ser resueltas en el sentido de otorgar el poder de elección del medio a los interesados (...)” [La cursiva es nuestra.] Tal argumentación limita considerablemente el área de acción de este precepto, ya que es prácticamente imposible asegurar que el cien por cien de los afectados tienen acceso y disponibilidad (de esta forma, en un colectivo de mil personas, bastaría con que una sola no dispusiera de medios para que pudiera impugnar la norma y, a tenor de lo dicho por el Tribunal, que se estimara tal impugnación. Evidentemente, tal argumentación no es muy lógica y, además, va en línea contraria al fomento de la Administración electrónica).

63. La posibilidad de hacer extensiva esta obligación a los cargos electos (por ejemplo, para citarles a las sesiones de los órganos colegiados) queda a discreción de la entidad local competente. No obstante, en ese caso, debería seguirse el procedimiento de aprobación exigido para el Reglamento orgánico [artículo 126.4 a) LALA en el caso de Aragón], puesto que afectaría a cuestiones incluidas en su ámbito de regulación (que son las referidas a su potestad de autoorganización).

64. J. VALERO TORRIJOS: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 157.

65. Tal y como establece el artículo 14 del citado Real decreto 1671/2009, la representación se limita a la presentación de solicitudes, escritos o comunicaciones en actos expresamente autorizados, sin que habilite a recibir ninguna comunicación en nombre del interesado, ni siquiera cuando estas fueran consecuencia del documento presentado, y todo ello únicamente en los registros correspondientes al ámbito de la habilitación, que se habrá conseguido tras un complejo proceso (convenio entre el Ministerio u organismo público competente y la corporación, asociación o institución interesada y documento individualizado de adhesión de las personas, físicas o jurídicas, que ostenten la condición de colegiado, asociado o miembro de aquellas: artículo 13).

propone a las entidades locales oscenses la posibilidad de habilitar a personas físicas o jurídicas para que realicen, en nombre y representación de otras, determinadas transacciones electrónicas, quedando pendientes de concreción⁶⁶ las condiciones de dicha habilitación y las transacciones en las que pudiera darse.

9. Copias electrónicas

Muy vinculadas con el procedimiento administrativo, las copias electrónicas son objeto de regulación en un capítulo propio puesto que estimamos que, en el contexto actual y previsible a medio plazo de convivencia entre Administración electrónica y Administración en papel, adquieren una importancia fundamental para la efectividad de los derechos ejercidos por los ciudadanos⁶⁷ y para el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, sometidos estos últimos a la esquizofrenia de trabajar en dos vías, algunas veces paralelas y otras divergentes. En ese sentido, dar validez al papel en un marco electrónico, o convertir lo electrónico en algo tangible como el papel, se configura como una necesaria previsión que ha de ser normativizada con cierto detalle.

Así, se contempla la posible casuística que suponga la conversión de un original en determinado soporte en copia en el mismo o en distinto soporte. Se introducen, por tanto, conceptos como digitalización o compulsión electrónica, y se atiende a las consecuencias que trae aparejada esta nueva realidad bifronte (electrónica y en papel) como, por ejemplo, qué se hace con los originales (se establece la regla general de que los originales electrónicos nunca deben destruirse, pudiendo los originales en soporte no electrónico destruirse en determinadas circunstancias y siempre previa instrucción del oportuno expediente de eliminación).

Los supuestos contemplados son:

Copia electrónica de original electrónico. Cuando la copia no supone cambio ni en el formato ni en el contenido, la eficacia jurídica que se le atribuye será la del documento original. Sin embargo, cuando hay cambio de formato, la copia electrónica deberá cumplir con

una serie de requisitos, enumerados en el artículo 35 RAE, para tener el carácter de auténtica. A partir de estas copias auténticas, y cumpliendo con los mismos requisitos expresados, se podrán emitir otras copias electrónicas auténticas. Se contempla también la copia electrónica de los documentos electrónicos presentados conforme a modelos normalizados o formularios.

Copia electrónica de original no electrónico. Tanto se trate de documentos administrativos como de aportación por parte del ciudadano, la copia del original se hará mediante un proceso de digitalización que habrá de cumplir con los requisitos fijados en el artículo 36 RAE. Este mismo procedimiento será el que se siga en el caso de la compulsión electrónica,⁶⁸ cuando el interesado desea conservar el original, aportando al expediente una copia del mismo, copia que en ningún caso acreditará la autenticidad del documento original.

Copia no electrónica de documento público administrativo electrónico. Para que la copia en papel de este tipo de documento, emanado de la Administración actuante, tenga el carácter de auténtica, será necesario que incorpore un sistema de verificación que permita contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de aquélla. Es el caso paradigmático de los anuncios aparecidos en los boletines oficiales que se imprimen en papel.

Copia electrónica de documentos presentados por los ciudadanos. La fidelidad con el original se garantizará con la firma electrónica avanzada del interesado, pudiendo la Administración local acudir a la Administración emisora para cotejar la copia con el original. Esta copia no tendrá, en ningún caso, el carácter de auténtica.

10. Conservación y archivo de documentos electrónicos

El último capítulo del Reglamento que se propone a las entidades locales de la provincia de Huesca regula aspectos relativos a la conservación de los documentos electrónicos⁶⁹ y a su archivo, archivo que, en virtud de la LAE, se configura como un auténtico derecho de los

66. Mediante resolución de la Presidencia de la entidad local, por ejemplo.

67. El artículo 6.2 e) LAE consagra el derecho de los ciudadanos a obtener copias electrónicas de los documentos que forman parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.

68. En la que el funcionario, en lugar de limitarse a cotejar el original en papel con la copia en papel presentada, realiza una copia electrónica del original en papel para incorporarla al expediente y procede a firmar la misma mediante un sistema de firma electrónica.

69. Tal y como ya se ha apuntado, la regla general es que los originales electrónicos nunca deben destruirse, pudiendo los originales en soporte no electrónico destruirse en determinadas circunstancias y siempre previa instrucción del oportuno expediente de eliminación.

ciudadanos: el artículo 6.2 f) reconoce como tal “la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente”. Completando esta configuración legal, el artículo 1.2 LAE fija, entre los objetivos perseguidos por esta, el de asegurar “la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios” que las administraciones públicas gestionen en el ejercicio de sus competencias. En ese sentido, quizá el elemento más relevante de esta regulación que se propone sea el concepto de metadato, definido como información que se asocia al documento electrónico para facilitar el conocimiento inmediato y automatizable de alguna de sus características, y cuya finalidad es, precisamente, la de garantizar la disponibilidad, el acceso, la conservación y la interoperabilidad del propio documento. Evidentemente, la determinación de esos metadatos supera, en muchos casos, la capacidad de las entidades locales, puesto que en la inmensa mayoría de los casos carecen de personal específico de archivos; en esos casos, probablemente será la Diputación Provincial de Huesca, cumpliendo con su papel de asistencia técnica, la que contribuya a la especificación y fijación de los metadatos.

Se contempla también la posibilidad de cambiar el formato del documento electrónico, con las debidas garantías en cuanto a su contenido y demás infor-

mación asociada al mismo, cuando dicho cambio sea necesario para conservar ese documento y permitir su acceso a pesar del tiempo transcurrido.⁷⁰

Por último, y en cuanto a la posible destrucción de originales o copias auténticas en soporte no electrónico, se establece la necesidad de instruir un expediente de eliminación en el que se analicen los riesgos derivados de dicha destrucción y se atienda al posible valor histórico, artístico o de otra índole que impidan su destrucción o, al menos, aconsejen su conservación y protección.⁷¹

11. Disposiciones adicionales, transitoria y final

La propuesta de Reglamento recoge ocho disposiciones adicionales. Las dos primeras se refieren al momento en que se ponen en marcha la sede electrónica y el registro electrónico. Evidentemente, ese momento no puede ser anterior al de entrada en vigor del Reglamento, advertencia que parece obvia pero que, sin embargo, es necesario hacer, dado que en algún caso se ha comprobado que el Reglamento de creación fijaba como momento de puesta en marcha una fecha anterior a la de su propia creación, marcada por la entrada en vigor de la norma de creación.⁷²

La adicional tercera remite al Esquema Nacional de Seguridad, determinando que sea el órgano plenario

70. Al respecto, J. F. MUÑOZ SORO indica que “Otro reto es el archivo a largo plazo de los documentos. Es sabido que la durabilidad de los documentos electrónicos preocupa a los especialistas, ya que de ella dependerá la historia de nuestra época. Desde un punto de vista técnico está relacionada tanto con la persistencia de los soportes físicos que almacenan los documentos, como con la disponibilidad de los programas necesarios para acceder a su contenido. Pero, además, desde la óptica jurídica, la cuestión no es sólo la conservación de los documentos, sino la necesidad de poder validar las firmas en cualquier momento futuro. Este requisito encuentra dos serios obstáculos. Uno la caducidad de los certificados de firma, otro la técnica utilizada para la conservación de documentos a largo plazo, consistente en unificar los distintos formatos de los documentos en un estándar especialmente diseñado para ello, ya que esta transformación invalida las firmas que acompañan a los documentos.” Y más adelante añade: “Un último aspecto a tener en cuenta es que en el desarrollo de los sistemas de Administración electrónica los documentos aparecen generalmente vinculados a una entidad más compleja, como son los actos de comunicación y que, en cada uno de estos, es preciso conservar no sólo el documento o documentos que se comunican, con sus respectivas firma o firmas, sino también un sello de tiempo (time-stamping) acreditativo del momento en el que se efectuó la comunicación y las diligencias con el resultado de la verificación hecha en ese momento de la vigencia de cada uno de los certificados que respaldan las firmas.” J. F. MUÑOZ SORO: “Identificación y autenticación en la Ley de Administración electrónica”, en C. DE LA HERA PASCUAL, coord.: *Administración electrónica: Estudios, buenas prácticas y experiencias en el ámbito local*. Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie Claves del Gobierno Local, 2010, p. 192-193.

71. En ese sentido, no será posible destruir aquellos documentos en los que figuren firmas u otras expresiones manuscritas que confieran al documento un valor especial.

72. Mientras que en cuanto a la sede electrónica, la doctrina parece defender el carácter meramente declarativo, y no constitutivo, del instrumento que cada Administración determine para la creación formal de la sede (J. VALERO TORRIJOS: “Acceso a los servicios y difusión de la información por medios electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., coord.: *La Ley de Administración Electrónica...*, op. cit., p. 242), el registro necesariamente ha de crearse a través de una norma jurídica con un contenido mínimo y con la adecuada publicidad, determinando la ausencia de dicha norma la imposibilidad absoluta de utilización del registro implantado sin esa cobertura al no ofrecer las garantías oportunas (J. VALERO TORRIJOS: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 114).

de la entidad local el que fije la política de seguridad (con el contenido mínimo fijado en el artículo 11 del citado Esquema) y trasladando al ámbito local la obligación de auditar cada dos años de forma ordinaria con emisión del correspondiente informe.

De especial interés es también lo establecido en la disposición adicional sexta, que supone la creación de un Inventario de Información Administrativa en la entidad local, en el que se establezcan los procedimientos y los servicios que se prestan por esta, agrupados en familias y, muy importante, con indicación del nivel de informatización de cada uno de ellos, nivel que viene determinado por la siguiente escala:

1. Nivel 0: El procedimiento o servicio no está disponible por vía electrónica.
2. Nivel I: Se puede consultar información del procedimiento o servicio en la sede electrónica.
3. Nivel II: Se puede, además, descargar formularios del procedimiento.
4. Nivel III: Se puede enviar la documentación por vía electrónica y el Ayuntamiento puede dar respuesta personalizada a las consultas ciudadanas.
5. Nivel IV: En su caso, se puede realizar el pago de la tasa o entregar el bien, servicio o documento.
6. Nivel V: Proactividad de la Administración (es decir, que la Administración, al tener conocimiento de un determinado hecho, tome la iniciativa respecto al ciudadano y le facilite determinadas gestiones y actuaciones; por ejemplo, al empadronarse en el municipio, que le facilite una tarjeta ciudadana de residente para acceder a la Biblioteca Municipal u otros servicios sociales).

Para evitar dilaciones en las posteriores adaptaciones y aplicaciones de este Reglamento, la disposición adicional séptima habilita a la Presidencia de la entidad local para adoptar aquellas medidas de carácter organizativo que se entiendan necesarias para poder llevar a cabo las previsiones contenidas en el Reglamento y, en consecuencia, para poner en marcha la Administración electrónica; y, asimismo, considerando el carácter dinámico consustancial a las nuevas tecnologías, también se le habilita para que pueda modificar los aspectos técnicos que sean convenientes por motivos de normalización, inter-

perabilidad o, en general, adaptación al desarrollo tecnológico.

Por último, la disposición adicional octava atempera los mandatos contenidos en la propuesta de Reglamento y establece una cautela necesaria ante el estado de desarrollo en que se encuentra la Administración electrónica actual y, sobre todo, de las distintas herramientas e instrumentos que van a permitir el cumplimiento de las exigencias contenidas en la LAE. Lo que viene a establecer esta disposición es que el estado de desarrollo de la tecnología condiciona inevitablemente la prestación de los servicios electrónicos y, en consecuencia, la Administración local tiene que intentar adecuar sus medios al estado de desarrollo imperante en cada momento, procurando minimizar los periodos de adaptación y asegurando la imprescindible publicidad para que la ciudadanía sepa, en cada momento, qué servicios están disponibles y en qué grado, así como las líneas estratégicas que, contenidas en la norma que regula la Administración electrónica, se van a seguir. Puede entenderse que esta disposición vacía de contenido al resto de la propuesta; sin embargo, no es así, puesto que asegura el cumplimiento de los mínimos contenidos en ella y diseña la Administración electrónica local, estableciendo mandatos y obligaciones claros y precisos para su desarrollo e implementación. Además, evita que las entidades locales deban ir aprobando normas continuamente conforme se van desarrollando las herramientas que hacen factible el cumplimiento y la puesta en marcha de las obligaciones derivadas de la LAE.

12. Otras materias

Con las materias contenidas en la propuesta de Reglamento de Administración electrónica, no se agota todo el posible elenco de cuestiones a abordar y regular para la creación de la Administración electrónica local. Sin duda, hay campos en los que se puede (y se deberá) profundizar y posibilidades que, más pronto que tarde, será necesario contemplar en la norma que establezca dicha Administración electrónica local. De todos ellos, quizá el más destacable es la regulación de los aspectos de lo que se ha dado en llamar e-democracia,⁷³ que

73. "Como e-democracia entendemos la aplicación de las nuevas tecnologías al servicio de los procesos de participación democrática, con el objetivo de facilitar la involucración de los ciudadanos en la toma de decisiones de las administraciones, así como su acercamiento a los procesos de la Administración y, por lo tanto, la eliminación de barreras. (...) Dentro del concepto de la e-democracia se incluyen aspectos como la participación en decisiones, encuestas, el trabajo colaborativo (e-participación) y el voto (e-voto), así como la transmisión de plenos y comisiones en broadcast". *Las TIC en la Administración Local del futuro*, op. cit., p. 218-219.

en el caso de los gobiernos locales, los más cercanos a la ciudadanía, adquiere una importancia mayor si cabe. En ese sentido, la puesta en marcha de consultas a través de los medios electrónicos disponibles, apertura de blogs u otros canales de comunicación, foros, chats, etc., van a permitir una relación mucho más fluida y cercana entre gobernantes y gobernados, lo que va a suponer una mayor responsabilidad política para aquellos, y la creación de un marco normativo que dé confianza y seguridad a estos para poder utilizar esas nuevas herramientas de participación.

13. Conclusión

En definitiva, con esta propuesta, la Diputación Provincial de Huesca ha intentado cumplir con su función de asistencia, y ayudar a las entidades locales de la provincia en la construcción de esa realidad ya irrenunciable y que marca el destino inexorable de todas las administraciones públicas: la Administración electrónica. No hay marcha atrás posible y no queda sino mirar hacia el futuro, pero sabiendo que la Administración electrónica ya está aquí y que ha venido para quedarse. En definitiva, que va a suponer una transformación muy importante de nuestro propio quehacer diario y la puesta en marcha de una Administración más moderna, transparente y eficaz, algo imprescindible para seguir profundizando en la construcción de un sistema auténticamente democrático.

14. Bibliografía consultada

CENATIC: *Software de fuentes abiertas en la Administración electrónica*. Disponible en www.cenatic.es.

DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel: Jornada: *La Administración local electrónica. Implicaciones legales...* Telefónica, La Ley y El Consultor, 2008.

GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián, coord.: *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*. Ed. Aranzadi, 1ª Edición, 2008.

DE LA HERA PASCUAL, Cristina, coord.: *Administración electrónica: Estudios, buenas prácticas y experiencias en el ámbito local*. Serie Claves del Gobierno Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010. (Agradecemos a Cristina de la HERA PASCUAL que nos haya

permitido consultar algunos artículos antes de que estuviera en prensa el libro).

MARTÍN DELGADO, Isaac: "La gestión electrónica del procedimiento administrativo", en QDL 21, octubre 2009.

SIBINA TOMÁS, Domènec: "El registro electrónico", en QDL 21, octubre 2009.

VALERO TORRIJOS, Julián: *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*. Editorial Comares, 2ª Edición, 2007.

VV. AA.: *Las TIC en la Administración Local del futuro*, editado por Ariel, Colección Fundación Telefónica, Cuaderno 8, 2007.

VV. AA.: *La Administración electrónica y el servicio a los ciudadanos. El Ministerio de Economía y Hacienda ante los retos de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*. MEH-Real Casa de la Moneda FNMT, 2009.

Guía práctica de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. FEMP, 2009.

Grado de adaptación de las entidades locales (menores de 20.000 habitantes) a Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. FEMP. ■

QDL24

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 responden 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 de enero de 2010 hasta el 30 de abril de 2010, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se seleccionan desde el 1 de febrero de 2010 hasta el 31 de mayo de 2010.

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. Carece manifiestamente de fundamento una demanda de amparo que alega la vulneración del derecho de acceso a un cargo público, artículo 23.2 CE, y se fundamenta en una cuestión interpretativa respecto de las bases de la convocatoria de un concurso-oposición en materia de personal; cuestión interpretativa que, en sí misma, no implica ninguna discriminación, y cuando, además, la base ha sido aplicada con carácter general a todos los participantes

Órgano: Tribunal Constitucional (Sala Primera). Recurso de amparo núm. 2024/2007

Resolución: Auto núm. 16/2010

Fecha: 3 de febrero de 2010

Ponente: Desconocido

Disposiciones analizadas: El artículo 14 CE, en relación con el derecho de acceso a un cargo público, artículo 23.2 CE

Doctrina: Carece manifiestamente de fundamento una demanda de amparo que alega la vulneración aducida del artículo 23.2 CE y se fundamenta en una cuestión interpretativa respecto de las bases de la convocatoria de un concurso-oposición en materia de personal, que, en sí misma, no implica ninguna discriminación y que, además, ha sido aplicada con carácter general a todos los participantes.

El estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos no está dentro del ámbito de protección del derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 CE. De forma que solo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE

ilegal, por restrictiva, del concepto "Administración del Estado", y en base a ella había dejado sin valorar una serie de méritos que hubieran conllevado su inclusión como aprobado. La sentencia desestimatoria argumentó que, sin perjuicio de si la interpretación realizada era o no errónea o quedaba fuera de los límites de las facultades de discrecionalidad técnica del Tribunal calificador, la aceptación de la pretensión del recurrente supondría una vulneración del derecho a la igualdad, al suponer la aplicación de un baremo diferenciado al del resto de opositores. Concluye que la pretensión debía haber sido la nulidad de la relación completa de aprobados y no solo la exclusión del recurrente.

El recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue desestimado por STS de 5 de febrero de 2007, que argumenta la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, toda vez que en la sentencia de contraste aportada no se cuestionaba la procedencia de ponderar el mérito consistente en haber prestado servicios en la Administración tributaria o la Administración de Justicia, sino la eventual relevancia de la falta de un sello en una certificación administrativa para ser valorados los méritos que a través de ella pretendían acreditarse.

Contra esta sentencia interpone recurso de amparo que no es admitido a trámite.

Supuesto de hecho

La Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales inadmite el recurso ordinario interpuesto por el demandante de amparo, contra la resolución por la que se hizo pública la relación de opositores de turno libre que superaron el concurso-oposición convocado por ese órgano administrativo para cubrir plazas en la categoría de auxiliar administrativo, de personal laboral fijo en el Instituto Nacional de Empleo.

La base 5.2.1 de la convocatoria establecía que en la fase de concurso se valorarían "los servicios prestados en la Administración del Estado, con vínculos de carácter temporal/eventual, en los seis años inmediatamente anteriores a la fecha de publicación de esta convocatoria..."

El Tribunal calificador acordó excluir del concepto de servicios efectivos prestados en la Administración del Estado, recogido en la indicada base 5.2.1 de la convocatoria, una serie de supuestos, lo que determinó que no se valoraran los servicios prestados por el recurrente en la Agencia tributaria y en la Administración de Justicia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso contencioso-administrativo, que se fundamentó en que el Tribunal calificador había realizado una interpretación

Fundamentos jurídicos

El recurrente aduce que las resoluciones administrativas impugnadas han vulnerado su derecho a la igualdad (artículo 14 CE), en relación con el derecho de acceso a un cargo público (artículo 23.2 CE), toda vez que la decisión del Tribunal calificador de interpretar restrictivamente el concepto Administración del Estado, que figuraba en la base 5.2.1 de la convocatoria, para excluir los servicios prestados, entre otros, en la Agencia tributaria y en la Administración de Justicia, supone una discriminación injustificada, cuyo único objetivo era beneficiar al colectivo de funcionarios interinos de la Administración central del Estado. Subsidiariamente, el recurrente aduce que la resolución judicial de instancia ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), al haber incurrido en incongruencia omisiva, ya que no se ha dado una respuesta a la concreta pretensión planteada sobre la ilegalidad de la interpretación efectuada por el Tribunal calificador.

El Tribunal Constitucional considera que la argumentación del recurso está incurso en la causa de inadmisión de carecer manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo. En este sentido argumenta que:

“(…) Este Tribunal ha reiterado que cuando se alega simultáneamente la vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE, las supuestas violaciones de aquél quedan subsumidas en las más concretas de éste, salvo que la discriminación impugnada, que no es el caso, concierna a alguno de los criterios explícitamente proscritos en el art. 14 CE (por todas, STC 126/2008, de 27 de octubre). Igualmente, se ha destacado que el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, de forma que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F. 6).”

En el presente caso, el Tribunal Constitucional afirma que el recurrente se ha limitado a fundamentar la invocación de este derecho en la interpretación realizada por el Tribunal calificador del concepto “Administración de Estado”, y por ello “(…) en la medida en que la queja aparece referida a una cuestión interpretativa respecto de las bases de la convocatoria que, en sí misma, no implica ninguna discriminación y que, además, ha sido aplicada con carácter general a todos los participantes, la vulneración aducida del art. 23.2 CE carece manifiestamente de fundamento, pues plantea una mera cuestión sobre el estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos que, como ya se ha señalado, no está dentro del ámbito de protección de este derecho fundamental.”

A su vez el Tribunal Constitucional recuerda que ha reiterado que, “(…) desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la llamada incongruencia omisiva sólo tiene relevancia constitucional cuando

el órgano judicial, por dejar imprejujada una pretensión esencial oportunamente planteada, no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia, que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes (por todas, STC 204/2009, de 23 de noviembre, F. 3).”

En el presente caso, el recurrente, señala el Tribunal Constitucional, “(…) obtuvo una respuesta expresa a su pretensión, aunque la misma le fuera desfavorable por haber considerado el órgano judicial que no había articulado correctamente la misma. Por tanto, en la medida en que se justificó por el órgano judicial el haber dejado imprejujada la cuestión planteada por la concurrencia de un óbice procesal, no resulta posible afirmar que se haya incurrido en la incongruencia omisiva denunciada.”

En este punto el Tribunal Constitucional pone de manifiesto un posible error de planteamiento en la demanda cuando señala que: “(…) Cuestión distinta es la corrección legal o no de la apreciación de dicho óbice procesal (*para el TSJ, la pretensión debía haber sido la nulidad de la relación completa de aprobados y no sólo la exclusión del recurrente*) y la eventual influencia que ello podría haber tenido sobre el derecho de acceso a la jurisdicción. Sin embargo, ésa es una cuestión sobre cuyo eventual contenido constitucional este Tribunal no puede pronunciarse, ya que el recurrente no la ha hecho valer en su recurso de amparo y a este Tribunal no le corresponde reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto (por todas, STC 107/2009, de 4 de mayo, F. 2).” (La cursiva es nuestra.)

Por todo ello, el Tribunal Constitucional dicta auto por el que inadmite el recurso de amparo.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No constituye una injerencia injustificada en el derecho al respeto de los bienes, la aplicación de una norma legal que, con carácter retroactivo, reduce el interés de demora contractual fijado por una norma anterior para los contratos públicos

Órgano: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Sud Parisienne de Construction contra Francia

Fecha: Sentencia de 11 de febrero de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 1 del Protocolo núm. 1, del Convenio de Roma: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios Generales del Derecho Internacional (...)”

Doctrina: No constituye una injerencia injustificada en el derecho al respeto de los bienes, la aplicación de una norma legal que, con carácter retroactivo, reduce el interés de demora contractual fijado por una norma anterior para los contratos públicos. La nueva norma fija, con carácter retroactivo, unos intereses a un tipo adaptado al coste real soportado por el contratista por razón de dicha mora, para evitar el beneficio que resulta de aplicar los tipos de interés anteriormente establecidos, como consecuencia de la fuerte inflación existente en el momento en el que debería haber recibido el pago principal, inflación que se atenuó mucho entre dicha fecha y aquella en la que percibió el importe principal acompañado de los intereses de demora.

Una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo, y ha de existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida por toda medida que prive a una persona de su propiedad. En varios asuntos el TEDH ha constatado la falta de proporcionalidad de una injerencia legislativa, con efecto retroactivo, cuando esta tenía por consecuencia reducir a la nada la causa principal de las partes demandantes y solucionar así el núcleo del litigio sometido a los tribunales internos, dejando sin efecto la continuación del procedimiento. Ahora bien, el Tribunal estima que no sucede así en el presente caso

Supuesto de hecho

El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 33704/2004) presentada ante el TEDH y dirigida contra la República francesa, por una persona jurídica, la sociedad Sud Parisienne de Construction (“la demandante”).

La demandante alega la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 y del artículo 6.1 del Convenio. La demandante, Sud Parisienne de Construction, es una sociedad de derecho francés con domicilio social en Francia, en Mandres-Les-Roses.

Por contrato formalizado el 7 de noviembre de 1984, la Assistance Publique-Hôpitaux de Paris (“APHP”) adjudicó a la sociedad Emile Touzet la realización de una parte de la construcción del hospital Robert Debré. Por contrato distinto y especial de 11 de diciembre de 1986, la APHP, a propuesta de la empresa principal encargada de la estructura, aceptó la subcontratación de la demandante para la construcción de los muros de contención del hospital. Los intereses de demora –destinados a reparar el perjuicio sufrido por el titular de un contrato público o el subcontratista por la mora en el pago por parte de la Administración– se establecieron, en la celebración del contrato, a razón de 2,5 puntos por encima del tipo de interés de las obligaciones garantizadas (fijado en 14,5% desde el 4 de noviembre de 1981), es decir, al 17%, de conformidad con las disposiciones vigentes a la sazón del artículo 2 del Decreto de 29 de agosto de 1977, según las cuales “el tipo de interés previsto en el artículo 181 del Código de Contratación Pública es el tipo de interés de las obligaciones garantizadas aumentado en dos puntos y medio.”

El 27 de octubre de 1987, la sociedad Emile Touzet rescindió el contrato de subcontratación.

Tras seguir diversos procedimientos jurisdiccionales, la sentencia de 3 de junio de 1997 del Tribunal administrativo, confirmada por la del Consejo de Estado de 11 de octubre de 1999, declaró la existencia del crédito de la demandante, a saber el pago directo por el promotor de las obras (la APHP), de las sumas adeudadas al subcontratista en retribución de las obras ejecutadas por él. Sobre el monto del crédito, el tribunal condenó a la APHP a abonar a la demandante el importe principal de 1.346.952,57 francos, “acompañado de los intereses de demora contractuales calculados conforme a las disposiciones combinadas de los artículos 178 y 186 ter del Código de Contratación Pública.”

El 30 de diciembre de 1996, el Parlamento votó la Ley de finanzas rectificativa núm. 96-1182, en vigor desde el 1 de enero de 1997, y, mediante Decreto de aplicación

de fecha 31 de mayo de 1997, el ministro de Economía y Finanzas modificó, en consecuencia, el tipo de los intereses de demora, extendiéndolo a los contratos públicos adjudicados con anterioridad al 19 de diciembre de 1993. Señaló el 1 de enero de 1997 como “fecha a partir de la cual los intereses de demora no devengados, relativos a los contratos públicos adjudicados con anterioridad al 19 de diciembre de 1993, se calcularían en referencia al tipo de interés legal vigente (...) aumentado en dos puntos” (apartado 21 infra).

En el marco del cumplimiento de la sentencia de 3 de junio de 1997, la APHP puso objeción al importe de los intereses de demora adeudados en aplicación del artículo 50 de la Ley de finanzas de 30 de diciembre de 1996 y del Decreto de aplicación de 31 de mayo de 1997. El Tribunal administrativo de apelación de París dictó sentencia el 21 de junio de 2001. Sobre el fondo del litigio, rechazó, en primer lugar, las conclusiones encaminadas a que se aplicara un tipo de intereses de demora contractuales del 17%. Considerando, de una parte, que el referido artículo 50 tenía como única finalidad asegurar la igualdad de trato entre los titulares de contratos públicos cuyos intereses de demora no hubieran sido abonados antes del 1 de enero de 1997 –cualquiera que fuera la fecha en la que se hubiera iniciado el procedimiento de adjudicación del contrato atribuido–, estimó que esta disposición legislativa debía considerarse “promulgada con una finalidad de interés general” y no “una injerencia carente de base razonable en el disfrute de un bien” constituido, en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1, por el derecho de crédito de los intereses de demora de la demandante frente a la APHP. El Tribunal de apelación dedujo así que los intereses de demora adeudados a la demandante, en su calidad de empresa subcontratista de un contrato público adjudicado con anterioridad al 19 de diciembre de 1993, podían calcularse legalmente en referencia al tipo legal, fijado en 9,5% para el año 1988, aumentado en dos puntos (es decir, 11,5%).

Por sentencia de 5 de julio de 2004, el Consejo de Estado desestimó el recurso presentado por la demandante.

El TEDH desestima la demanda.

Fundamentos de Derecho

La demandante sostiene que la aplicación retroactiva en el curso del procedimiento del Decreto de 31 de mayo de 1997, constituye una injerencia injustificada en su derecho

al respeto de sus bienes, en este caso, el crédito relativo a los intereses de demora contractuales cuyo tipo había sido fijado en la celebración del contrato público. Invoca el artículo 1 del Protocolo núm. 1 que dispone: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios Generales del Derecho Internacional. (...)"

Sobre el fondo

Sobre la existencia de un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1

El Tribunal considera "(...) que la demandante era titular de un interés patrimonial constituido, de un lado, por el crédito principal de 1.346.952,57 francos y, de otro lado, por los intereses de demora contractuales correspondientes. En cuanto a los intereses de demora, el Tribunal constata que la modificación de su modalidad de cálculo se produjo justo antes de que se dictara la Sentencia de 3 junio 1997. Por consiguiente, la demandante tiene un 'bien', en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1, que por tanto se aplica en el presente caso (Sentencias Lecarpentier y otro contra Francia, núm. 67847/2001, ap. 40, 14 febrero 2006; S.A. Dangeville contra Francia, núm. 36677/1997, ap. 48)."

Sobre la existencia de una injerencia

El Tribunal señala que: "(...) el dispositivo legislativo en cuestión, como reconoce el Gobierno, constituyó una injerencia, por su carácter retroactivo, en el ejercicio de los derechos que la demandante podía invocar –en lo que respecta solamente a los intereses de demora– y, por tanto, en su derecho al respeto de sus bienes", y que "(...) esta injerencia se considera una privación de propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio."

Sobre la justificación de la injerencia

"Prevista por la Ley"

No se discute que la injerencia en litigio estuviese "prevista por la Ley", como exige el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio.

"Por causa de utilidad pública"

El Tribunal considera que, gracias al conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades internas se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar qué es de "utilidad pública". Recuerda que en el mecanismo de protección creado por el Convenio, corresponde a las autoridades internas pronunciarse en primer lugar sobre la existencia de un problema de interés general que justifique las privaciones de propiedad. Por lo tanto, gozan aquí de cierto margen de apreciación.

EL TEDH señala que la noción de "utilidad pública" es amplia por naturaleza: "(...) Concretamente, la decisión de promulgar Leyes que suponen la privación de propiedad implica de ordinario el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales. Considerando normal que el legislador disponga de una amplia libertad para llevar a cabo una política económica y social, el Tribunal respeta la manera en que concibe los imperativos de la 'utilidad pública', salvo si su juicio se revela manifiestamente desprovisto de una base razonable (Sentencias Pressos Compania Naviera, SA y otros, previamente citada, ap. 37 y Broniowski contra Polonia [GS], núm. 31443/1996, ap. 149)."

El Tribunal recuerda, por último, "(...) que en el marco de varios asuntos relativos a una injerencia legislativa con efecto retroactivo en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes, examinó si tal intervención legislativa se fundaba en 'motivos imperiosos de interés general' (véase Sentencias Lecarpentier, previamente citada, ap. 48, Aubert y otros contra Francia, núms. 31501/2003, 31870/2003, 13045/2004, 13076/2004, 14838/2004, 17558/2004, 30488/2004, 45576/2004 y 20389/2005, ap. 84, 9 enero 2007 y De Franchis contra Francia, núm. 15589/2005, 6 diciembre 2007)."

En el presente caso, el Gobierno, retomando en parte la motivación del Consejo de Estado en su sentencia de 5 de julio de 2004, considera que el dispositivo legislativo en cuestión procede de varios motivos de interés general que califica de imperiosos:

a) corregir una importante disfunción económica debida al cambio en las condiciones monetarias y a la fuerte reducción del tipo de inflación;

b) restablecer una coherencia jurídica y económica en el tipo de los intereses de demora adeudados por razón de los contratos públicos, al objeto de determinar su tipo en relación razonable con la inflación y similar a los tipos aplicados realmente a los contratos de financiación a corto plazo de las empresas, y

c) asegurar la igualdad de trato entre los titulares de los contratos.

El Tribunal considera que los motivos expuestos por el Gobierno para justificar la intervención legislativa parecen pertinentes, suficientes y convincentes: "(...) la Ley en litigio tuvo por finalidad primera corregir una disfunción anormal debida a las circunstancias económicas externas y armonizar, mediante la aplicación de un tipo de interés único, la modalidad de cálculo de los intereses no abonados, cualquiera que fuera la fecha de adjudicación del contrato público. (...) Es cierto, sin embargo, tal y como puntualiza la demandante, que el tipo de los intereses de demora así fijado tuvo un efecto retroactivo, en el sentido de que se aplicó a los contratos, como en este caso, adjudicados antes del 19 de diciembre de 1993, en términos del artículo 50 de la Ley de 30 de diciembre de 1996 y del Decreto de 31 de mayo de 1997."

El Tribunal recuerda que:

“(…) una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo (véase, entre otras, Sentencia Sporrong y Lönnroth contra Suecia, 23 septiembre 1982, ap. 69, serie A núm. 52) y que ha de existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida por toda medida que prive a una persona de su propiedad (Sentencia Pressos Compania Naviera, SA y otros, previamente citada, ap. 38).

“(…) que en varios asuntos ha constatado la falta de proporcionalidad de una injerencia legislativa con efecto retroactivo cuando ésta tenía por consecuencia reducir a la nada la causa principal de las partes demandantes y solucionar así el núcleo del litigio sometido a los tribunales internos, dejando sin efecto la continuación del procedimiento (Sentencias, previamente citadas, Lecarpentier, Aubert y otros y De Franchis).”

Ahora bien, el Tribunal estima que no sucede así en el presente caso.

Concluye que:

“(…) la injerencia denunciada sólo afectaba a una parte de los intereses de demora adeudados a la demandante, puesto que se refería a la fijación del tipo de dichos intereses. Aunque el dispositivo legislativo en cuestión reguló la cuestión del monto de los intereses de demora que la demandante ha podido recuperar, cabe constatar que no impidió la ejecución de la Sentencia de 3 junio 1997, en la medida en que la demandante obtuvo una sentencia

favorable, en lo principal, ante los tribunales internos. En lo que respecta a los intereses de demora adeudados, el artículo 50 de la Ley de 30 de diciembre de 1996 no conculcó el derecho de la demandante a obtener reparación por el perjuicio sufrido por razón de la mora en el pago, sino que corrigió, en relación razonable a la inflación, la diferencia resultante de la modificación de las condiciones monetarias producida desde entonces. El Tribunal señala, más concretamente, que la aplicación del artículo 50 de la referida Ley de 30 de diciembre de 1996 (apartado 20 supra) tuvo por único efecto, para la demandante, fijar a su favor unos intereses de demora –es decir, unos intereses destinados a compensar al acreedor la mora en el pago del deudor– a un tipo adaptado al coste real soportado por ella por razón de dicha mora, sin que se beneficiara indebidamente de la fuerte inflación existente en el momento en el que debería haber recibido el pago principal, inflación que se atenuó mucho entre dicha fecha y aquella en la que percibió el importe principal acompañado de los intereses de demora.

“En estas condiciones, el Tribunal estima que la medida en litigio no produjo lesión de la sustancia del derecho de propiedad de la demandante. Tampoco hizo recaer en la demandante una ‘carga anormal y exorbitante’, y la injerencia en sus bienes fue proporcionada, sin romper el equilibrio justo entre las exigencias del interés general y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales de los individuos.”

En consecuencia, no ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

C) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Vulnera la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados complementarios, que por sí solos constituyen contratos públicos de obras, en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supera el umbral que allí se establece

Órgano: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). Caso Comisión Europea contra España

Fecha: Sentencia de 22 de abril de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 8 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37/CEE

Doctrina: La obligación de publicidad, conlleva la posibilidad de comparar las ofertas y garantiza un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas. En este ámbito, dicha obligación expresa los principios de igualdad de trato y transparencia, que se imponen en cualquier circunstancia a los poderes adjudicadores. Mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta.

La posibilidad de remisión del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares, no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37. No es aceptable la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión, puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37.

El órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas.

El artículo 3 de la Directiva 93/37 impone claramente, tanto al órgano de contratación como al concesionario, obligaciones de publicidad acumulativas y no alternativas, que deben ser cumplidas por ambos, en todas las fases del procedimiento, con objeto de preservar el efecto útil de esta disposición.

Corresponde a la Comisión apreciar la oportunidad de actuar contra un Estado miembro, especificar las disposiciones que este haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento, sin que puedan afectar a la admisibilidad del recurso las consideraciones que determinen dicha decisión. El hecho de que otros licitadores no hayan impugnado el procedimiento de adjudicación de la concesión litigiosa no influye en el examen de la legalidad de dicho procedimiento y de los fundamentos jurídicos del presente recurso.

Que el Tribunal Supremo, que conoció de los recursos interpuestos contra la resolución del órgano de contratación, haya declarado en dos sentencias que no se habían infringido las disposiciones de la Directiva 93/37 ni el principio de igualdad de trato, no puede incidir sobre la admisibilidad o sobre el fondo del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. La existencia de vías de impugnación ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede obstaculizar la interposición del recurso contemplado en el artículo 226 CE, ya que las dos acciones tienen objetivos y efectos diferentes

Supuesto de hecho

La Comisión de la Unión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y, por lo tanto, de su artículo 11, apartados 3, 6, 7, 11 y 12, y que ha vulnerado los principios del Tratado CE, en particular los de igualdad de trato y no discriminación.

El incumplimiento deriva del hecho de no haber incluido entre las obras objeto de la concesión, en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, otras concretas obras que fueron posteriormente adjudicadas en un procedimiento de licitación, entre ellas las del tramo gratuito de la autopista A-6.

La Comisión alega, en esencia, que el objeto de la concesión, tal como se describe en el anuncio y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y las obras efectivamente adjudicadas deben coincidir. Sin embargo, el objeto de la concesión en cuestión se define de manera precisa en la cláusula 2 del segundo pliego y se refiere a obras determinadas, concretamente, a las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Segovia y Ávila, y a la conservación y explotación de dicho tramo a partir del 30 de enero de 2018. Por el contrario las obras complementarias no se mencionan ni en el segundo anuncio, ni en el segundo pliego. El incumplimiento que se reprocha al Reino de España consiste, por lo tanto, en que las autoridades españolas ampliaron *a posteriori* el objeto de la concesión, al adjudicar a Iberpistas obras que no habían sido objeto de publicación y que se situaban fuera del ámbito geográfico comprendido en el objeto de la concesión, de acuerdo con lo publicado.

El Reino de España sostiene:

a) Que, como resulta del segundo pliego, el concurso se regía no solo por dicho pliego, sino también por el conjunto de la normativa aplicable a los procedimientos de licitación, a saber, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y por el pliego de cláusulas generales aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero. El objetivo de esta normativa es, en consonancia con el desarrollo del Plan de autopistas, permitir una gran libertad a las iniciativas de las empresas privadas, tanto en el momento de presentación de sus ofertas como al realizar sus actividades después de adjudicarse la concesión.

b) Este enfoque se ha seguido sin problemas para adjudicar la concesión de construcción de otras autopistas en España y, además, está confirmado por el artículo 8 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que prevé la posibilidad de que los licitadores propongan obras complementarias, ya sea en el área de influencia de las autopistas, de conformidad con la definición de este término en la normativa nacional, ya sea fuera de dicha área.

c) Que, en todo caso, no puede mantenerse que se hayan incumplido las obligaciones de publicidad en lo que respecta a la adjudicación de las obras complementarias, dado que la adjudicataria no ejecutó por sí misma las obras complementarias, sino que las anunció y las adjudicó a terceras empresas, de conformidad con las exigencias de publicidad y concurrencia establecidas por la Directiva 93/37 y por la legislación española. Estas obras complementarias, por lo tanto, se realizaron por terceras empresas independientes de la concesionaria Iberpistas.

d) Las denuncias ante la Comisión no fueron presentadas por licitadores no seleccionados, ni por terceros

real o potencialmente interesados en la adjudicación de la concesión controvertida, sino por personas y entidades que carecían de cualquier tipo de relación profesional con la citada concesión. Estos denunciante no tenían interés alguno en la aplicación correcta de las normas de concurrencia, sino que estaban guiados por otras motivaciones.

e) Todas las empresas que deseaban participar en el procedimiento dispusieron de la misma información y ningún licitador, ni otro interesado real o potencial impugnó, mediante queja, reclamación o acción judicial, el resultado del procedimiento. Por consiguiente, se respetó la igualdad de trato.

f) Los denunciante, antes de dirigirse a la Comisión, habían interpuesto dos recursos contencioso-administrativos contra el procedimiento controvertido ante el Tribunal Supremo, que desestimó los recursos mediante dos sentencias de 11 de febrero y de 4 de octubre de 2003, en las que también examinó la adjudicación de la concesión controvertida a la luz del Derecho comunitario, y declaró que se habían respetado los principios de igualdad de trato y no discriminación.

El TJUE declara que el Estado español ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37/CEE.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal de Justicia explicita que, de acuerdo con los autos, la actuación aquí controvertida es una "concesión de obras públicas", y que, en el presente asunto, las obras complementarias sobre las que versan las imputaciones de la Comisión, cuyo valor sobrepasa considerablemente el umbral establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/37, no se mencionaban en el objeto de la concesión controvertida, definido en el segundo anuncio y en el segundo pliego.

El TJUE indica asimismo que de conformidad con el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 93/37/CEE, los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas deben dar a conocer su intención por medio de un anuncio, que debe contener el objeto principal y los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de estas.

Debe advertirse que el artículo 11, apartado 11, de la Directiva establece que la publicación de anuncios en el ámbito nacional no debe incluir más información que la publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y que la información referente a la concesión puede hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que debe aprobar el órgano de contratación, y que constituye el complemento natural del anuncio.

El Tribunal destaca la funcionalidad de esta información al establecer que:

"(...) la obligación de publicidad, (...) conlleva la posibilidad de comparar las ofertas, (y) garantiza un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas. En este ámbito, dicha obligación expresa los principios de igualdad de trato y transparencia, que se imponen en cualquier circunstancia a los poderes adjudicadores.

"Mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta."

El TJUE sintetiza la primera de las alegaciones del Reino de España del siguiente modo:

"(...) el Reino de España sostiene que el segundo pliego debería haberse entendido en el sentido de que remitía a la normativa básica de aplicación general a los procedimientos de licitación, en particular a la Ley de autopistas, y haberse interpretado a la luz de esta normativa, cuyo objetivo es conceder una gran libertad a la iniciativa de los licitadores. Por lo tanto, los licitadores deberían haber comprendido, a la luz del artículo 8 de esta Ley, que el órgano de contratación estaba en realidad apelando a su iniciativa y a su creatividad para resolver el principal problema planteado, es decir, la intensidad de tráfico en la Autopista A-6. Este problema es notorio y se desprende inequívocamente de las estadísticas de las autoridades nacionales competentes. Por lo tanto, es de sentido común que el órgano de contratación esperase recibir proposiciones en tal sentido. Esta expectativa, por otra parte, está confirmada por el hecho de que algunas obras ya no se mencionaban en el segundo pliego, con objeto de dejar un mayor margen a la iniciativa de los licitadores, y por el tenor de las cláusulas 5, apartados 13 y 16, y 29 del segundo pliego."

El TJUE rechaza la anterior alegación por los motivos siguientes:

"(...) La posibilidad de remisión (*del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares*) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (*ni es aceptable*) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...)

"(...) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante,

(...) la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero 'por razones de índole técnica' y 'para redefinir el objeto de este concurso', además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

"Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones." (La cursiva es nuestra.)

El TJUE rechaza también un segundo argumento del Reino de España, fundamentado en el artículo 61 de la Directiva 2004/18, con la indicación de que: "(...) además de que esta Directiva no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto, es preciso señalar que las obras complementarias controvertidas no constituyen, en el sentido del mencionado precepto, 'obras complementarias [...] que no figuren en el proyecto de concesión previsto inicialmente' y que hayan pasado a ser necesarias, debido a una circunstancia imprevista, para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita."

Tampoco acepta la tercera argumentación relativa a que Iberpistas no ejecutó por sí misma las obras complementarias, sino que las adjudicó a terceras empresas, de conformidad con las exigencias de publicidad establecidas en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 93/37. El argumento en este caso es: "En efecto, como ha señalado correctamente la Comisión, el artículo 3 de esta Directiva impone claramente, tanto al órgano de contratación como al concesionario, obligaciones de publicidad acumulativas y no alternativas, que deben ser cumplidas por ambos, en todas las fases del procedimiento, con objeto de preservar el efecto útil de esta disposición."

Los dos últimos argumentos de defensa se resuelven con la argumentación siguiente:

– "(...) es ineficaz la alegación del Reino de España basada en que la Comisión ha decidido iniciar el presente procedimiento por incumplimiento a raíz de demandas presentadas por personas que no están relacionadas con el procedimiento controvertido, y no por otros licitadores, real o potencialmente interesados en obtener la concesión controvertida. Se desprende en efecto, de reiterada juris-

prudencia, que corresponde a la Comisión apreciar la oportunidad de actuar contra un Estado miembro, especificar las disposiciones que éste haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento, sin que puedan afectar a la admisibilidad del recurso las consideraciones que determinen dicha decisión. En este sentido, mientras que la Comisión es la única a la que corresponde apreciar la oportunidad de la interposición y del mantenimiento de un recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia debe examinar si existe o no el incumplimiento imputado, sin que le incumba pronunciarse sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad de apreciación (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartados 65 a 67 y jurisprudencia citada). Por otra parte, el hecho de que otros licitadores no hayan impugnado el procedimiento de adjudicación de la concesión litigiosa no influye en el examen de la legalidad de dicho procedimiento y de los fundamentos jurídicos del presente recurso."

– "(...) tampoco es pertinente, para resolver el presente asunto, la alegación basada en que el Tribunal Supremo, que conoció de los recursos interpuestos contra la resolución del órgano de contratación, haya declarado en dos sentencias que no se habían infringido las disposiciones de la Directiva 93/37 ni el principio de igualdad de trato y en que haya procedido, a estos efectos, a una apreciación de los hechos en relación con las cláusulas del segundo pliego, lo que, según el Estado miembro demandado, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

"En efecto, es preciso recordar que la interposición de un recurso, ante un órgano jurisdiccional nacional, contra una decisión de una autoridad nacional objeto de un recurso por incumplimiento y la decisión de dicho órgano jurisdiccional no pueden incidir sobre la admisibilidad o sobre el fondo del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. En efecto, la existencia de vías de impugnación ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede obstaculizar la interposición del recurso contemplado en el artículo 226 CE, ya que las dos acciones tienen objetivos y efectos diferentes (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de febrero de 1970, Comisión/Italia, 31/69, Rec. p. 25, apartado 9; de 18 de marzo de 1986, Comisión/Bélgica, 85/85, Rec. p. 1149, apartado 24; de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, C-87/02, Rec. p. I-5975, apartado 39, y de 4 de mayo de 2006, Comisión/Reino Unido, C-508/03, Rec. p. I-3969, apartado 71)."

Por todo ello el TJUE declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión de servicios

Órgano: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala).
Caso Wall AG contra Municipio de Fráncfort del Meno y otros.
Cuestión prejudicial

Fecha: Sentencia de 13 de abril de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 12 TCE (18 TFUE), 43 TCE (49 TFUE) y 49 TCE (56 TFUE)

Doctrina: En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos. No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva. Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión. La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, y corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones que permiten calificar el cambio como una modificación sustancial.

Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate, y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta sea adjudicada.

Supuesto de hecho

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, y sobre la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en relación con la adjudicación de concesiones de servicios.

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Wall AG (en lo sucesivo, "Wall") y el municipio de Fráncfort del Meno (en lo sucesivo, "municipio de Fráncfort"), en relación con la adjudicación de una concesión de servicios relativa a la explotación y al mantenimiento de algunos aseos públicos en el territorio de dicha ciudad.

El 18 de diciembre de 2002, el municipio de Fráncfort formuló una convocatoria para participar en una licitación sobre un contrato de concesión de servicios relativo a la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos urbanos, por una duración de dieciséis años. De estos once aseos públicos debían reconstruirse dos de ellos. La contrapartida de tales prestaciones se limitaba al derecho a percibir un canon por la utilización de las instalaciones, así como a explotar, durante el plazo contractual, espacios publicitarios situados en los aseos y en otros lugares públicos del territorio de la ciudad de Fráncfort.

El 4 de julio de 2003, el municipio de Fráncfort invitó a las empresas interesadas a que presentaran ofertas.

Wall, Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH (en lo sucesivo, "FES") y otras tres empresas, asimismo establecidas en Alemania, presentaron ofertas.

FES es una sociedad de responsabilidad limitada, persona jurídica de Derecho privado, cuyo objeto social es la eliminación y la gestión de residuos y la limpieza urbana, así como la seguridad de la circulación por cuenta de las autoridades públicas y de las personas privadas. El municipio de Fráncfort ostenta una participación del 51% en FES, siendo una empresa privada la titular del 49% restante.

Wall es titular de varias patentes relativas al funcionamiento de los "City-WC". El 18 de marzo de 2004, Wall fue excluida del procedimiento de adjudicación y su oferta fue rechazada.

El 9 de junio de 2004 se adjudicó la concesión a FES.

El artículo 18, apartado 2, del contrato de concesión establece que FES debe efectuar las obras de construcción de los aseos públicos por sus propios medios y/o a través de subcontratistas, entre los que figura Wall. Dicha disposición estipula que únicamente se permitirá un cambio de subcontratista si cuenta con la autorización escrita del municipio de Fráncfort.

El artículo 30, apartado 4, del mismo contrato establece que Wall es el subcontratista de FES respecto a las prestaciones publicitarias a que se refiere la concesión de que se trata. A tenor de dicha disposición, solo se permitirá un cambio de subcontratista con la autorización escrita de la ciudad de Fráncfort.

FES solicitó al municipio de Fráncfort que aprobara un cambio de subcontratista tanto para las prestaciones publicitarias, como para la construcción de aseos públicos. El municipio aprobó el cambio de subcontratista en relación a las prestaciones publicitarias y contestó que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, por cuanto consideraba que FES, de acuerdo con el contrato, podía realizar las obras por sus propios medios y bajo su responsabilidad exclusiva.

Wall interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando a este que condenara a FES a abstenerse, por una parte, de ejecutar el contrato relativo a las prestaciones publicitarias otorgado con un tercero y, por otra, de celebrar con un tercero y/o de ejecutar un contrato sobre la construcción de los dos aseos públicos que debían ser reconstruidos. Wall solicitó igualmente que se condenara al municipio de Fráncfort a abstenerse de aprobar la celebración de un contrato entre FES y otra parte que no fuera ella misma, sobre la construcción de los dos aseos públicos referidos. Con carácter subsidiario, Wall solicitó que se condenara a la ciudad de Fráncfort y a FES a que, con carácter solidario, le pagaran la cantidad de 1.038.682,18 euros, más intereses.

En estas circunstancias, el Landgericht Frankfurt am Main acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales que se centran en las normas comunitarias aplicables al contrato de concesión de servicios, si estas se aplican a una empresa de capital mixto (público y privado) como FES, y si la sustitución de subcontratistas tiene el carácter o no de modificación esencial que exija una nueva licitación.

Fundamentos de Derecho

Observación preliminar

El TJUE sintetiza el objeto del procedimiento principal en el que se plantean las cuestiones prejudiciales:

– La decisión por la cual FES cambió de subcontratista respecto a las prestaciones publicitarias que fueron objeto de la concesión que le fue adjudicada por el municipio de Fráncfort, habiéndose celebrado el contrato en el que se estipula dicho cambio, con el beneplácito del referido municipio, el 21 de junio de 2005, y

– La intención de FES de atribuir a un operador que no sea Wall la reconstrucción de dos aseos públicos, que, comunicada al municipio, este respondió a FES que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, ya que consideraba que FES deseaba desde un momento anteriormente señalado realizar las obras por sus propios medios y bajo su exclusiva responsabilidad. Se interpreta esta respuesta en la resolución de remisión en el sentido de que el municipio de Fráncfort dio su consentimiento para que se cambiara el subcontratista respecto al suministro de dos aseos públicos.

Sobre la tercera cuestión

El TJUE señala que en la tercera cuestión prejudicial se le pide que dilucide: “(...) si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, cuando se prevé modificar un contrato de concesión de servicios –incluso cuando el objeto de tal modificación es sustituir a un subcontratista concreto, sobre el que se haya hecho hincapié en la licitación–, a convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuada y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación.”

El TJUE reitera las normas aplicables a los contratos de concesión de servicios:

“En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos (véanse las sentencias Coname, antes citada, apartado 16, y de 17 de julio de 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartado 57). No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las citadas sentencias Telaustria y Telefonadress, apartados 60 a 62; Coname, apartados 16 a 19, y Parking Brixen, apartados 46 a 49).

“Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartado 17; véanse asimismo, por analogía, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 29, y de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 66).

“La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse las sentencias Telaustria y Telefonadress., antes citada, apartados 60 a 62; Parking Brixen, antes citada, apartados 46 a 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21).”

El TJUE reitera un principio asentado, respecto de las modificaciones contractuales, en el Derecho comunitario de la contratación:

“(...) las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de ser-

vicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008 presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34)."

Y a su vez define cuándo la modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial: "(...) cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. (Véase, por analogía, la sentencia presstext Nachrichtenagentur), antes citada, apartado 35)."

Para el caso concreto, señala que un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, pero que corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones que permiten calificar el cambio como una modificación sustancial. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, "(...) debería adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada."

De todo ello resulta la siguiente respuesta a la cuestión prejudicial planteada:

"(...) cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de

servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada."

Sobre la quinta cuestión

El TJUE señala que en la tercera cuestión prejudicial se le pide que dilucide: "(...) si, a la luz del artículo 86 CE, apartado 1, en relación, en su caso, con los artículos 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva 80/723) y 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, una empresa concesionaria que tenga las características de FES está vinculada por la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, cuando celebra un contrato de servicios comprendidos en el objeto de la concesión que le ha sido adjudicada por la autoridad pública. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 86 CE (RCL 1999, 1205 ter), apartado 1, es pertinente para definir el ámbito de aplicación de la referida obligación de transparencia."

Para determinar si una entidad cuyas características son idénticas a las de FES puede asimilarse a una autoridad pública vinculada por la obligación de transparencia, el TJUE afirma que: "(...) procede inspirarse en algunos aspectos de la definición del concepto de 'entidad adjudicadora' que figuran en el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, en la medida en que tales aspectos responden a las exigencias impuestas por la aplicación a las concesiones de servicios de la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE."

Por ello, debe comprobarse si concurren dos requisitos: "(...) por una parte, que la empresa afectada se halla bajo el control efectivo del Estado o de una autoridad pública y, por otra, que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado."

En el supuesto examinado, no concurre el requisito relativo al control efectivo por el Estado o por otra autoridad pública por los motivos siguientes:

"(...) Aunque el municipio de Fráncfort es titular del 51% del capital de FES, ello no le permite controlar efectivamente la gestión de dicha empresa. En efecto, se requiere una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general para adoptar los acuerdos de ésta. Además, el 49% restante del capital de FES lo posee no una o varias autoridades públicas distintas, sino una empresa privada que, como tal, obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos distintos del interés público [véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005, 1), Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 50]. Además, al municipio de Fráncfort le corresponde únicamente un cuarto de los votos que se emiten en el consejo de vigilancia de FES. El hecho de que el

referido municipio tenga derecho a proponer un candidato para el puesto de presidente del consejo de vigilancia de la referida empresa, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate, no basta para permitirle ejercer una influencia determinante sobre FES.”

Tampoco concurre el segundo requisito necesario (que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado) para la asimilación de una empresa a una autoridad pública. La argumentación es como sigue:

“(…) Puede deducirse de la resolución de remisión que FES desarrolla sus actividades en situación de competencia en el mercado, como resulta, por una parte, del hecho de que obtiene una parte importante de sus ingresos mediante actividades con autoridades públicas que no son el municipio de Fráncfort y con empresas privadas activas en el mercado y, por otra, de la circunstancia de que tuvo que participar en una licitación con otras empresas para obtener la concesión de que se trata en el procedimiento principal.”

Por ello el TJUE responde a esta cuestión prejudicial de la manera siguiente:

“Cuando una empresa concesionaria celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial, la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica si la empresa:

–ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado;

–pertenece en un 51% a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa;

–únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial, y

–obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.”

Sobre la cuestión primera, la segunda y la cuarta

El TJUE señala que en las cuestiones primera, segunda y cuarta, se le pide que dilucide: “(…) si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, por una parte, a las autoridades nacionales a resolver un contrato celebrado en infracción de dicha obligación de transparencia y, por otra, a los tribunales nacionales a reconocer al licitador cuya oferta no hubiera

sido seleccionada el derecho a obtener una orden conminatoria al objeto de evitar un incumplimiento inminente o de hacer cesar un incumplimiento ya cometido de dicha obligación. El tribunal nacional pregunta asimismo si puede considerarse que tal obligación está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho consuetudinario de la Unión Europea.”

El TJUE, en primer lugar reitera que los contratos de concesión de servicios no se rigen, en el estado actual del Derecho de la Unión, por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos, y que según la jurisprudencia del Tribunal, ante la inexistencia de una normativa de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro regular los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 39 y la jurisprudencia citada).

A renglón seguido, que: “(…) la obligación de transparencia se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartados 17 a 19). Tales disposiciones, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, son de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición contraria del Derecho nacional. En virtud, en particular, del artículo 4 TUE, apartado 3, corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros garantizar el respeto de las normas jurídicas de la Unión en el ejercicio de sus competencias (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempter, C-2/06, Rec. p. I-411, apartado 34 y la jurisprudencia allí citada). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la Ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión que permita, en particular, garantizar la observancia de la obligación de transparencia (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 63 y la jurisprudencia allí citada).”

La respuesta a las cuestiones preliminares planteadas es la siguiente:

“(…) Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a resolver un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos que tienen por objeto garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no resulten menos favorables que los recursos semejantes de orden interno ni hagan

imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos. La obligación de transparencia se deriva directamente de los artículos 43 CE y 49 CE, los cuales tie-

nen efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición en contrario de los Derechos nacionales.”

Tribunal de Justicia de de la Unión Europea. No constituye un contrato de concesión de obra pública, la venta por un ente público de un inmueble que había sido un cuartel militar, a un tercero que, para que se le adjudicara el contrato de compraventa, con carácter previo, ha tenido que formular iniciativas de desarrollo urbanístico con el Ayuntamiento, que ha aceptado estudiarlas e iniciar el procedimiento de aprobación del correspondiente Plan urbanístico

Órgano: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben. Cuestión prejudicial

Fecha: Sentencia de 25 de marzo de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

Doctrina: En los estados miembros de la Unión Europea, la ejecución de obras de construcción, al menos cuando estas son de una cierta envergadura, exige normalmente la autorización previa por parte del poder público competente en materia de urbanismo. Este poder está llamado a valorar, en ejercicio de sus competencias normativas, si la ejecución de las obras se adecua al interés público. Pues bien, el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE.

El concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18/CE, no exige que las obras objeto del contrato se realicen material o físicamente por el poder adjudicador, siempre que dichas obras le reporten un beneficio económico directo. El ejercicio por este último de competencias normativas en materia urbanística no basta para cumplir este último requisito.

Para que un poder adjudicador pueda transferir a su cocontratante el derecho a explotar una obra en el sentido establecido por la Directiva 2004/18/CE para la concesión de obra pública, es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación. Normalmente, esto no ocurre cuando el derecho de explotación deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado. El propietario de un terreno tiene derecho a explotarlo respetando la normativa aplicable. Mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos.

El concepto de contratos públicos descansa en la idea de que el adjudicatario se compromete a realizar la prestación objeto del contrato a cambio de una contrapartida. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto.

Al ser las obligaciones dimanantes del contrato jurídicamente vinculantes, su ejecución debe ser exigible judicialmente.

El concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato, y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.

Conviene no excluir de entrada la aplicación de la Directiva 2004/18, a un procedimiento de adjudicación en dos fases, caracterizado por la venta de un terreno sobre el que recaerá posteriormente un contrato de obras, considerando estas operaciones como una unidad

Supuesto de hecho

La Bundesanstalt era propietaria de un inmueble denominado “cuartel Wittekind”, de una superficie de casi 24 hectáreas, sito en Wildeshausen (Alemania), y, en enero de 2007, abrió una licitación para ceder lo antes posible el citado inmueble en el estado en que se hallaba. Hay que advertir que los proyectos de los licitadores debían presentarse, en presencia de la Bundesanstalt, al Ayuntamiento de Wildeshausen, que los discutió con aquellos.

El 9 de enero de 2007, Helmut Müller presentó una oferta por 400.000 euros, que elevó hasta el millón de euros el 15 de enero de 2007. Otra empresa inmobiliaria, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (en lo sucesivo, “GSSI”), por aquel entonces en proceso de constitución, presentó una oferta por 2,5 millones de euros.

La Bundesanstalt valoró el proyecto de Helmut Müller así como el de GSSI y prefirió el proyecto de esta última por motivos urbanísticos, al considerar que potenciaba el atractivo del municipio de Wildeshausen, y así se lo hizo saber a esta. Se acordó entonces ceder únicamente el bien una vez que el Pleno municipal de Wildeshausen hubiese aprobado el proyecto. La Bundesanstalt afirmó que se remitía a la decisión del Ayuntamiento de Wildeshausen.

El Pleno municipal de Wildeshausen se pronunció en favor del proyecto de GSSI y el 24 de mayo de 2007 decidió, en particular, lo siguiente:

“El Pleno municipal de Wildeshausen está dispuesto a estudiar el proyecto presentado por el Sr. R. [gerente de GSSI] y a iniciar el procedimiento para aprobar el correspondiente plan urbanístico [...].

“La Ley no otorga derecho alguno a que se obtenga la aprobación de un plan urbanístico (vinculado, en su caso, a un proyecto).

“La Ley prohíbe que [el Ayuntamiento de Wildeshausen] asuma compromisos vinculantes sobre edificabilidad o que comprometa su facultad de apreciación (delimitada, por otra parte, jurídicamente) antes de que concluya el procedimiento ordinario de planeamiento urbanístico.

“Así pues, las decisiones precedentes no vinculan de ningún modo la planificación urbanística del [municipio de Wildeshausen].

“El promotor y las demás personas interesadas en el proyecto asumirán, entre otros riesgos, los relativos a los gastos de planificación.”

Mediante contrato celebrado el 6 de junio de 2007 ante notario, la Bundesanstalt, de acuerdo con el Ayuntamiento de Wildeshausen, vendió el cuartel Wittekind a GSSI. El 7 de junio de 2007 informó de ello a Helmut Müller. En enero de 2008, se inscribió a GSSI en el Registro de la Propiedad como propietaria de dicho inmueble. Mediante contrato celebrado el 15 de mayo de 2008 ante notario, la Bundesanstalt y GSSI ratificaron el contrato de compraventa de 6 de junio de 2007.

Helmut Müller presentó un recurso ante la Vergabekammer (órgano competente en primera instancia en materia de contratación pública), en el que afirmaba que no había tenido lugar el procedimiento de adjudicación legalmente previsto, pese a que la venta de dicho cuartel estaba sujeta a la normativa sobre contratación pública.

Helmut Müller apeló frente a una primera resolución de inadmisión del recurso, presentado en vía administrativa ante el Oberlandesgericht Düsseldorf, alegando que, a la vista de las circunstancias, procedía considerar que GSSI iba a obtener un contrato de obras en forma de concesión de obras. A juicio de Helmut Müller, se habían tomado las decisiones pertinentes concertadamente entre la Bundesanstalt y el Ayuntamiento de Wildeshausen.

El Oberlandesgericht Düsseldorf es favorable a la estimación de dicha alegación y manifiesta que ya se ha pronunciado en este mismo sentido en otros litigios de que ha conocido y, en particular, en su sentencia de 13 de junio de 2007, relativa al terreno de aviación de Ahlhorn (Alemania). Sin embargo, no existe unanimidad respecto a su interpretación, pues la postura dominante en la justicia alemana va en otro sentido. Además, de conformidad con la resolución de remisión, el Gobierno federal alemán estaba a punto de modificar la legislación alemana en materia de contratación pública en el sentido opuesto a la postura preconizada por dicho órgano judicial.

En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Düsseldorf decidió suspender el procedimiento, y plantear al Tribunal de

Justicia cuestiones prejudiciales relativas a si la venta producida en las indicadas condiciones podía calificarse como un contrato de concesión de obra pública.

Fundamentos de Derecho

Sobre las cuestiones primera y segunda

El TJUE sintetiza las dos primeras cuestiones prejudiciales del siguiente modo: “(...) si el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, exige que las obras objeto del contrato se ejecuten material o físicamente por el poder adjudicador y le reporten un beneficio económico directo o si basta con que tales obras satisfagan un determinado fin público, como el desarrollo urbanístico de una zona municipal.”

La cuestión formulada por el órgano jurisdiccional remitente no contempla la relación de vendedor a comprador, sino más bien las relaciones entre el Ayuntamiento de Wildeshausen y GSSI, a saber, entre el poder público urbanísticamente competente y el comprador del cuartel Wittekind. Dicho órgano jurisdiccional desea saber si estas relaciones pueden constituir un contrato público de obras en el sentido de la Directiva.

Para responder a estos extremos el TJUE establece el carácter necesariamente oneroso de los contratos públicos: el poder adjudicador debe recibir una prestación que debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador, a cambio de una contraprestación, aunque esa prestación no revista necesariamente la forma de adquisición de un objeto material o físico.

A partir de esta premisa concluye lo siguiente:

“La cuestión que se plantea es si se cumplen tales requisitos cuando las obras previstas pretenden satisfacer un fin público de interés general cuyo respeto le corresponde garantizar al poder adjudicador, como el desarrollo o la coherencia urbanística de una zona municipal.

“En los Estados miembros de la Unión Europea, la ejecución de obras de construcción, al menos cuando éstas son de una cierta envergadura, exige normalmente la autorización previa por parte del poder público competente en materia de urbanismo. Este poder está llamado a valorar, en ejercicio de sus competencias normativas, si la ejecución de las obras se adecua al interés público.

“Pues bien, el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.

“En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, no exige que las obras objeto del contrato

se realicen material o físicamente por el poder adjudicador, siempre que dichas obras le reporten un beneficio económico directo. El ejercicio por este último de competencias normativas en materia urbanística no basta para cumplir este último requisito.”

Sobre las cuestiones tercera y cuarta

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta del siguiente modo: “(...) si el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, exige que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente.”

El TJUE reitera que los contratos públicos son contratos onerosos, y este concepto “(...) descansa en la idea de que el adjudicatario se compromete a realizar la prestación objeto del contrato a cambio de una contrapartida. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto” y “(...) Al ser las obligaciones dimanantes del contrato jurídicamente vinculantes, su ejecución debe ser exigible judicialmente.”

En consecuencia, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido de que: “(...) el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.”

Sobre las cuestiones quinta y sexta

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales quinta y sexta del siguiente modo: “(...) si ‘las necesidades especificadas por el poder adjudicador’, en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, pueden consistir, bien en que el poder adjudicador ejerza la competencia de garantizar que la obra que haya de realizarse responda a un interés público, bien en el ejercicio de la competencia atribuida al poder adjudicador de comprobar y aprobar planes de construcción.”

El TJUE señala que estas cuestiones tienen su origen en el hecho de que, en el asunto principal, el poder adjudicador presunto, a saber, el Ayuntamiento de Wildeshausen, no aprobó una relación de las necesidades que justificaban la realización de una obra en los terrenos del cuartel Wittekind; se limitó a decidir que estaba dispuesto a estudiar el proyecto presentado por GSSI y a iniciar un procedimiento de aprobación del correspondiente Plan urbanístico.

La respuesta del TJUE señala que, en la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, se establece que los contratos públicos de obras tienen por objeto la realización de una “obra que

responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador”. Y el Tribunal concluye que: “(...) para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido de dicha disposición, es preciso que este último haya adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto. El mero hecho de que un poder público, en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística, estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o adopte una decisión en el ejercicio de competencias en esta materia no cumple con la exigencia relativa a las ‘necesidades especificadas por el poder adjudicador’, en el sentido de dicha disposición.”

Por tanto, procede a responder a las cuestiones quinta y sexta en el sentido de que: “(...) las ‘necesidades especificadas por el poder adjudicador’, en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, no pueden consistir en el mero hecho de que un poder público estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o en que adopte una decisión en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística.”

Sobre la cuestión séptima

El TJUE sintetiza la cuestión prejudicial séptima del siguiente modo: “(...) si debe entenderse que no existe una concesión de obras públicas, en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar o cuando la concesión se otorgue sin limitación de plazos.”

En este punto el tribunal plantea una cuestión clave: que las facultades inherentes a la propiedad de un inmueble son incompatibles con el hecho que un poder adjudicador atribuya al propietario mediante un contrato de concesión de obra pública la explotación del inmueble de su propiedad. Señala en este sentido lo siguiente:

“Para que un poder adjudicador pueda transferir a su cocontratante el derecho a explotar una obra en el sentido de dicha disposición, es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación. Normalmente, esto no ocurre cuando el derecho de explotación deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado.

“En efecto, el propietario de un terreno tiene derecho a explotarlo respetando la normativa aplicable. Mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos.”

De manera inmediata se plantea la alegación de la Comisión Europea que indica que puede existir el riesgo propio de una concesión, y que dicho riesgo puede residir en la incertidumbre del empresario acerca de si el servicio urbanístico del correspondiente ente aprobará o no sus planes.

El TJUE rebate ese argumento y establece que:

“(…) la esencia de la concesión reside en el hecho de que el propio concesionario soporta el riesgo económico principal o, cuando menos, sustancial, de explotación (véase, en este sentido, en relación con las concesiones de servicios públicos, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p-I 0000, apartados 59 y 77). En una situación como la aludida por la Comisión, el riesgo está relacionado con las competencias normativas del poder adjudicador en materia urbanística y no con la relación contractual dimanante de la concesión. En consecuencia, el riesgo no está relacionado con la explotación.”

El TJUE niega la posibilidad de concesiones ilimitadas en el tiempo: “(…) En cualquier caso, en cuanto a la duración de las concesiones, motivos serios, entre los cuales figura, en particular, el mantenimiento de la competencia, llevan a considerar que el otorgamiento de concesiones ilimitadas en el tiempo es contrario al orden jurídico de la Unión, como ha señalado el Sr. Abogado General en los puntos 96 y 97 de sus conclusiones [véase, en el mismo sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008 (TJCE 2008, 132), presetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 73].”

En consecuencia, el TJUE responde a la séptima cuestión que, en las circunstancias del asunto principal, “(…) no puede existir una concesión de obras públicas, en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar o cuando la concesión se otorgue sin limitación de plazos.”

Sobre las cuestiones octava y novena

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales octava y novena del siguiente modo: “(…) si las disposiciones de la Directiva 2004/18, son aplicables cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a

no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato. La novena cuestión versa sobre la posibilidad de considerar como una unidad, desde el punto de vista jurídico, la venta del terreno y la posterior adjudicación en éste de un contrato de obras.”

Es importante la advertencia que realiza el TJUE: “(…) A este respecto, conviene no excluir de entrada la aplicación de la Directiva 2004/18, a un procedimiento de adjudicación en dos fases, caracterizado por la venta de un terreno sobre el que recaerá posteriormente un contrato de obras, considerando estas operaciones como una unidad.”

Sin embargo, en el caso planteado el TJUE es taxativo: “(…) las circunstancias del asunto principal no confirman la existencia de los presupuestos de semejante aplicación de la citada Directiva.”

El razonamiento es:

“(…) las partes en el asunto principal no han contraído obligaciones jurídicamente vinculantes. En primer lugar, el Ayuntamiento de Wildeshausen y GSSI no han suscrito obligaciones de dicha naturaleza. GSSI no se ha comprometido tampoco a realizar el proyecto de valorización del terreno comprado. Por último, los contratos de compraventa ante notario no contienen indicio alguno de una próxima adjudicación de un contrato público de obras.

“Las intenciones que los documentos obrantes en autos ponen de manifiesto no constituyen obligaciones vinculantes ni pueden cumplir en ningún caso el requisito de contrato escrito exigido por el propio concepto de contrato público previsto en el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.”

El TJUE responde a las cuestiones octava y novena que: “(…) en circunstancias como las del asunto principal, no son aplicables las disposiciones de la Directiva 2004/18 cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato.”

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo común

Tribunal Supremo. La fecha en que se dicta el acto de iniciación de un expediente sancionador, inicia el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, porque su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditado a la notificación

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4709/2005

Fecha: Sentencia de 3 de febrero de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

Demandante: Compañía mercantil

Demandada: Comunidad Autónoma de Andalucía

Disposiciones analizadas: Artículo 43 LRJPAC y artículo 11.1 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

Doctrina: La fecha del acto de iniciación de un expediente sancionador inicia el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, porque su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditado a la notificación.

La caducidad del procedimiento sancionador determina, junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de todas las órdenes que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad, aunque estas últimas prescripciones no se sustenten en el ejercicio de la potestad sancionadora.

La imposición de obligación de proceder a la repoblación, aun establecida en una resolución con la que se concluye un procedimiento sancionador, no es consecuencia del ejercicio de tal potestad sancionadora, ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición quede al margen de –o no afecte a– la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta

Supuesto de hecho

Se impugna en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 20 de octubre de 2003, que desestimó el recurso formulado por la entidad “Comercializadora de Fincas S.A.” contra Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, adoptada en su sesión de 25 de noviembre de 1997, por la que, con motivo de la tala de árboles realizada sin autorización administrativa en las fincas de su propiedad, acordó:

“1º Sancionar a Comercializadora de Fincas S.A. (COFISA) con multa de cincuenta millones de pesetas (50.000.000.– de pesetas).

“2º Imponerle, asimismo, la obligación de reparar los daños causados, mediante la restauración y repoblación de los terrenos, eliminando previamente todo cultivo agrícola, que deberá realizarse dentro del primer periodo hábil para la replantación o siembre, a contar desde el día de la notificación de la presente resolución. Dicha repoblación se efectuará de acuerdo con un Plan técnico que garantice el mantenimiento y conservación de las masas creadas. En dicho plan, que deberá ser aprobado por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva, previa presentación por la Sociedad sancionada, se establecerán las especies idóneas para la repoblación.

“3º Ordenar que por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva se inicie el procedimiento para la práctica de la nota marginal en el Registro de la Propiedad sobre la finca o fincas afectadas por dicha obligación.”

La entidad sancionada impugnó el acto en vía contencioso-administrativa, con los argumentos siguientes:

– Con carácter preliminar alegó la caducidad del procedimiento.

– Que la resolución sancionadora incurrió en nulidad al adoptarse sin tener en cuenta y valorar el escrito de alegaciones que había presentado, lo que le había dejado en situación de indefensión.

– La falta de competencia de la Delegación Provincial para incoar el expediente.

– La ausencia de motivación justificativa del rechazo de las alegaciones de descargo presentadas durante la tramitación del expediente.

La sentencia recurrida en casación descartó la caducidad del expediente sancionador y rechazó las alegaciones de la recurrente sobre el tema de fondo y las alegaciones de carácter formal.

Contra esa sentencia, la entidad mercantil formula recurso de casación, articulado en tres motivos, de los que debe destacarse el tercero, por caducidad del procedimiento.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y la resolución dictada.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo argumenta que: “(...) no le falta razón a la parte recurrente cuando denuncia la falta de motivación de la sentencia de instancia, (...) la Sala se limitó a rechazar esas alegaciones, o a descartar que las infracciones denunciadas tuvieran virtualidad anulatoria, pero lo hizo de forma apodíctica, sin razonar en modo alguno su conclusión ni, por ende, dar ninguna explicación argumentada sobre las razones por las que esas alegaciones eran desestimadas. Obvio es que una respuesta de esta clase no cumple los requisitos de la motivación y la congruencia, e infringe, por ello, el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ello nos obliga a la estimación del motivo.”

El Tribunal Supremo advierte que también debe ser estimado el tercer motivo que alega la caducidad del expediente, por lo que establece: “(...) nos centraremos en esta concreta cuestión, con la consiguiente innecesariedad de estudiar las demás.”

La concurrencia de caducidad se razona del siguiente modo:

El *dies a quo* para establecer el inicio del plazo de caducidad del expediente: la fecha de inicio es la del acuerdo de iniciación del procedimiento

El Tribunal Supremo rechaza la tesis de la sentencia recurrida, según la cual el *dies a quo* se inicia desde la fecha de la notificación del acuerdo de iniciación, y rechaza también la de la parte recurrente, según la cual se inicia desde la fecha de la última denuncia, y establece que: “(...) la fe-

cha de inicio es la del acuerdo de iniciación del procedimiento, como establece el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), al indicar que 'Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia'. Por tanto, la fecha del inicio es la Resolución del Delegado Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva de 4 de noviembre de 1996."

En opinión del Tribunal Supremo, no es acertada la tesis de que el cómputo del plazo se inicia desde la notificación del acuerdo de iniciación del expediente sancionador, porque, como ya se razonó en la STS de 27 de abril de 2004:

"(...) el artículo 57.1 de la LRJPAC dispone que 'Los actos de las Administraciones Públicas (...) producirán efectos desde la fecha en que se dicten', y aunque en el párrafo siguiente dice que 'la eficacia del acto quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación...', ocurre que en los actos de iniciación de un expediente sancionador su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditada a la notificación. A este respecto, el artículo 16.2 del RPS, a cuyo tenor 'cursada la notificación (de la resolución de iniciación) el Instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias...', no puede ser interpretado en el sentido de que la efectividad de aquél se supedita a su notificación, sino que expresa simplemente un orden formal de actuación. Carecería de sentido, por ejemplo, que el órgano instructor no pudiera adoptar las medidas provisionales a que se refiere el artículo 15, párrafo segundo, del RPS antes de haber sido cursada al interesado la notificación de la iniciación del procedimiento. Así se deduce por lo demás de la recta inteligencia del artículo 6.2 del RPS que, al establecer como causa de archivo del expediente 'el transcurso de dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sancionador sin haberse practicado la notificación de éste', demuestra que la inactividad en ese período corre en perjuicio de la Administración, en un caso como causa de archivo y en otro como causa de caducidad, pues sería ilógico que la inactividad administrativa fuera computable a unos efectos y no a otros; un retraso en la notificación de la iniciación del expediente de menos de dos meses evitará el archivo, pero debe computarse en la duración total del expediente administrativo a efectos de la caducidad."

El plazo de finalización, *dies ad quem*

El Tribunal Supremo señala que la sentencia incurre en un nuevo error, en la interpretación del artículo 43.4 de la LRJPAC, en su primitiva redacción de 1992 –aplicable por razones cronológicas al recurso–, al sumar, al plazo de un año previsto en la normativa autonómica, un nuevo plazo de 30 días.

El Tribunal Supremo indica respecto de este plazo de 30 días, del mismo modo que ya hizo en la sentencia de 10 de junio de 2009, que:

"(...) entender que el citado artículo 43.4 añade, al plazo de tramitación y resolución, otro de 30 días hábiles, y que la fecha resultante de la suma de ambos sería la determinante de la caducidad, no se ajusta ni a la letra ni al espíritu del precepto en cuestión. Por ministerio de la ley, la caducidad de este tipo de procedimientos (esto es, de los 'procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos'), se entenderá producida por el simple transcurso del plazo establecido para resolver ('se entenderán caducados', dice de forma expresiva el precepto). Cuestión distinta es la relativa a la declaración de tal caducidad y el consiguiente, y material, 'archivo de las actuaciones' administrativas desarrolladas, ya que, según el mismo precepto continúa señalando, tal declaración se producirá 'a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada'. A ello no se opone la redacción dada al artículo 20.6 del RPS ya que, cuando en el mismo se hace referencia a que 'transcurridos seis meses desde la iniciación,... se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4', debe entenderse interpretando el precepto reglamentario de conformidad con el legal, que se inicia el plazo de 30 días (por ello se requiere que sean hábiles) para que la Administración materialice la caducidad producida por ministerio de la ley; esto es, para que se proceda a emitir una declaración de caducidad así como a archivar las actuaciones. Interpretación que conecta con el párrafo segundo del citado artículo 20.6 del RPS, que dispone que 'transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones'. Y tampoco se puede oponer a ello, añadimos ahora, la propia redacción del epígrafe 2 del artículo único del Decreto autonómico 143/1997, al señalar: 'Cuando se trate de procedimientos relacionados en el Anexo II de este Decreto iniciados de oficio y no susceptibles de producir efectos favorables para el interesado, se entenderán caducados a solicitud de aquel o de oficio en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo establecido para resolver cada uno de ellos', pues el alcance de este precepto reglamentario autonómico debe interpretarse en el sentido indicado respecto del Reglamento estatal aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación al artículo 43.4 de la LRJPAC."

La restauración de la situación alterada

El Tribunal Supremo reitera que la restauración de la situación alterada, como consecuencia de la tala arbórea efectuada, "(...) es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma, de conformi-

dad con el artículo 130.2 de la LRJPAC que señala a tal fin la compatibilidad de las 'responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario ...'. Compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el artículo 45.3 de la Constitución Española que dispone que 'Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado'."

Sin embargo, ello no impide al Tribunal Supremo aplicar el plazo de caducidad del expediente sancionador:

"(...) aceptado –legal, reglamentaria y jurisprudencialmente– que la imposición de obligación de proceder a la repoblación, aun establecida en una resolución con la que se concluye un procedimiento sancionador, no es consecuencia del ejercicio de tal potestad sancionadora, ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición quede al margen de –o no le afecte– la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta; en consecuencia, en un supuesto como el de autos, en el que hemos declarado la caducidad del procedimiento en el que la obligación de repoblación forestal fue impuesta, la misma ha perdido su soporte procedimental, y, por tanto, también, su validez y eficacia. Esto es, al margen de que tal potestad no cuente con la naturaleza jurídica de potestad sancionadora, sin embargo, la misma, igual

que esta potestad, también se ve afectada por la caducidad del procedimiento decretada, y carece de viabilidad jurídica en un marco procedimental que ha concluido de dicha forma, dada su extemporaneidad.

"Otro tanto cabe decir del Epígrafe 3º de la Resolución impugnada, relativo a la iniciación del procedimiento para la inscripción de la obligación de repoblación en el Registro de la Propiedad, pues se trata de una medida complementaria, tendente a reforzar la publicidad ante terceros de la obligación de reposición, y se trata de una medida prevista en el artículo 99.3 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y que está intrínsecamente unida a tal obligación, por lo que por su propia naturaleza igualmente ha de resultar afectada por la caducidad del expediente sancionador, que despliega sus efectos respecto de todos los ámbitos en el mismo decididos."

En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que: "(...) la caducidad del procedimiento sancionador determina junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de las todas las órdenes que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad, extremos estos de la Resolución impugnada que debemos igualmente anular."

Por todo ello el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y la resolución dictada.

2. Ejecución de sentencias

Tribunal Supremo. La imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnica jurídica de reponer –jurídicamente– la situación surgida, como consecuencia de la incorrecta licitación de una concesión, a la situación debida

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4758/2007

Fecha: Sentencia de 23 de febrero de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

Demandante: Concejales del Ayuntamiento de San Sebastián

Demandado: El Ayuntamiento de San Sebastián

Disposiciones analizadas: Artículos 103, 104.2 y 105 LRJCA

Doctrina: La imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnica jurídica de reponer –jurídicamente– la situación surgida, como consecuencia de la incorrecta licitación de una concesión, a la situación debida.

Es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad –imposibilidad material o legal– contenidas en el artículo 105.2 de la misma LRJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad

El recurso de casación, planteado por concejales que lo fueron del Ayuntamiento de San Sebastián, se formula contra el auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que fue apreciada la concurrencia de causa de inejecución material de la sentencia, de fecha 7 de junio de 2001, de la misma Sala y Tribunal, sin que procediera fijar indemnización sustitutoria. La sentencia de 7 de junio de

2001, fue parcialmente estimatoria, declarándose no ajustado a Derecho el apartado tercero del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián, adoptado en su sesión de 14 de mayo de 1997, por el que: (1) se aprueba el anexo del Convenio de 17 de septiembre de 1993 –suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad Nuevo Desarrollo Anoeta, S.A.–, así como

(2) el Pliego de condiciones de adjudicación de la concesión de dominio, obras y servicio público de los equipamientos ordenados en la parcela G.000MZ.04.1 por el Plan especial del área MZ.04, Ilumbe, y

(3) se adjudica a la mencionada entidad Nuevo Desarrollo Anoeta, S.A. la citada concesión de dominio, obras y servicio público de los equipamientos de la expresada parcela, con sujeción al Pliego de condiciones al que se refiere el mismo Acuerdo.

La sentencia devino firme, por cuanto por STS de 31 de marzo de 2004 fueron desestimados los recursos de casación interpuestos.

Por Auto de 17 de julio de 2006 se estableció que concurría causa de inejecución material de la sentencia, sin fijación de indemnización sustitutoria.

Para comprender la cuestión planteada en la ejecución de la sentencia es importante detenerse en los motivos de la declaración de nulidad realizada en la sentencia que deviene firme y de la que se pretende su ejecución:

“(…) cualquiera que sea la explicación técnica que pueda darse al Acuerdo (donación modal, expropiación con mutuo acuerdo según sostiene el Ayuntamiento de San Sebastián) la cuestión siempre se reconduce a determinar si el Ayuntamiento de San Sebastián podía cumplir con la contraprestación mediante la adjudicación directa de la concesión de obra y servicio público de los equipamientos, es decir, si podía excluir esta adjudicación del régimen general de contratación establecido en la LCE. El hecho de que el Ayuntamiento de San Sebastián hubiera llegado a un acuerdo con NDA S.A. (y otro con Eroski Sdad. Coop.) no justificaría 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.

“Por ello, no puede compartirse la alegación de NDA S.A. de que se estaría en el supuesto del art. 160.2 de la LCE al no ser posible promover la concurrencia de la oferta precisamente por lo pactado en el año 1993. Tampoco vendría justificada la adjudicación directa, obviando la normativa sobre contratación, argumentando que los intereses generales están salvaguardados de forma satisfactoria, porque el Ayuntamiento de San Sebastián ha obtenido 900 millones a abonar por Eroski S.Coop., y la cesión gratuita y libre de cargas de los terrenos, NDA S.A. la ejecución y explotación de la Plaza de Toros (y de los demás equipamientos comunitarios) y Eroski S.Coop. la posibilidad de construir en Garbera un gran centro comercial, porque el principio de eficacia en la actuación de la Administración que contempla el art. 103

de la CE, es con sometimiento a la Ley y al Derecho. Es decir, aunque únicamente mediante la adjudicación directa de la concesión de obra y servicio público pudieran satisfacerse los intereses que representa el Ayuntamiento de San Sebastián, y los particulares que representan NDA S.A. y Eroski Sdad. Coop., no podría afirmarse que se sirven con objetividad los intereses generales si no se actúa con sometimiento a la Ley y al Derecho como primera garantía de la actuación administrativa.”

El Tribunal Supremo revoca el auto que declara la imposibilidad material de ejecución de la sentencia.

Fundamentos de Derecho

Rechazar las causas de inadmisibilidad que se formulan

Se formula causa de inadmisibilidad por falta de legitimación de los concejales recurrentes por cuanto, si bien los mismos ostentaban tal condición, del Ayuntamiento de San Sebastián, y votaron en contra del Acuerdo parcialmente anulado, sin embargo, ya habían perdido la condición de concejales de la citada corporación local en el momento del inicio del incidente de inejecución de sentencia, careciendo, pues, de toda referencia material con el litigio.

El Tribunal Supremo establece que la causa de inadmisión debe ser rechazada por la razón siguiente:

“(…) Obvio es que los mismos, con independencia de su continuidad, o no, como Concejales del Ayuntamiento de San Sebastián, siguen, desde la perspectiva procesal que nos ocupa, siendo partes en el recurso contencioso-administrativo que en su día interpusieron, sin que el incidente de inejecución de sentencia pueda considerarse como un procedimiento independiente y autónomo, pues de lo que ahora se trata es, simplemente, de determinar la forma de ejecutar la sentencia en el procedimiento dictada; a mayor abundamiento, tampoco podría negárseles la condición de personas afectadas por el litigio, que ellos mismos interpusieron tras haber votado en contra, y a las que el artículo 104.2 de la LRJCA considera legitimadas para instar la ejecución forzosa de la sentencia.”

Inexistencia de causa de imposibilidad material

En los autos recurridos se establece que:

a) Rechaza la existencia de causas de imposibilidad legal, por cuanto el Ayuntamiento de San Sebastián no ha llevado a cabo “ninguna innovación legislativa o normativa que permitiera apreciar la concurrencia de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia.”

b) Considera, sin embargo, que sí concurre causa de imposibilidad material para proceder a la ejecución de la sentencia; en consecuencia, que concurría imposibilidad material para dejar (...) por las siguientes circunstancias:

1. Por haberse consumado los compromisos bilaterales del Convenio de 1993, materializándose las actuaciones

urbanísticas previstas en el mismo: tanto la plaza de toros como las demás dotaciones urbanísticas están en funcionamiento.

2. Como consecuencia de lo anterior, por haber surgido un entramado de relaciones jurídicas contractuales con terceros derivadas del funcionamiento del centro de ocio construido, resultando, según se expresa, que “el restablecimiento de la situación inicial resulta imposible de hecho.”

3. A su vez, como consecuencia de ello, la materialización de lo anterior implicaría para el Ayuntamiento de San Sebastián la obligación de asumir “las eventuales consecuencias derivadas, cuando tanto el centro de ocio como Ilumbe como la plaza de toros se encuentran en funcionamiento”, y ello “produciría consecuencias desproporcionadas para los propios intereses públicos.”

El Tribunal Supremo no acoge estos argumentos y estima la casación “(...) por cuanto los razonamientos de la Sala de instancia no soportan la concurrencia de la causa de imposibilidad de ejecutar la sentencia que pretenden, y, menos, desde una perspectiva material. La declaración jurisdiccional anulatoria termina y se concreta en la anulación de la adjudicación de la concesión citada, por infracción de las normas de contratación pública, como en las dos sentencias se expresa, sin que los efectos de ello derivados, que parecen conectarse con el incumplimiento y rescisión de un previo Convenio, que de la ejecución jurisdiccional se deduciría, puedan, ni deban, ser tomados en consideración en este momento.

“No es momento, pues, de examinar los efectos secundarios o derivados de la anulación y liquidación de la concesión; ni tampoco el de tomar en consideración el carácter desproporcionado –o no– de los citados efectos que, por otra parte, pudieran verse modulados como consecuencia de una nueva y correcta licitación pública. En consecuencia, no es, insistimos, el momento de la toma en consideración de la posible alteración o afectación material o física de la realidad sobre la que se sustentan los efectos jurídicos derivados de la anulación jurisdiccional, que es la única circunstancia a tener en cuenta en este momento.

“Obvio es, pues, que la invocada –y aceptada en la instancia– imposibilidad material de ejecutar la sentencia, no puede deducirse de la complejidad alegada de la ejecución, pues no puede confundirse imposibilidad material con la mera dificultad técnico jurídica de reponer –jurídicamente– la situación surgida como consecuencia de la incorrecta licitación, a la situación debida.”

El Tribunal Supremo reitera lo manifestado en la STS de 15 de julio de 2003, según la cual “el artículo 118 de la Constitución establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103. 2 de la Ley Jurisdiccional determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inexecución total o parcial del fallo –artículo 105.1

LRJCA–. La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad –imposibilidad material o legal– contenidas en el artículo 105.2 de la misma LRJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad.”

El Tribunal Supremo reitera el ATS 16 julio 1991: “la doctrina jurisprudencial en esta materia es constante y diáfana. El derecho a la ejecución de sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución sino que es también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado del Derecho, que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales y que se cumplan en sus propios términos y no en los que decidan las partes según sus conveniencias o arbitrios. Los artículos 117 y 118 de la Constitución así como el 18.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial amparan esa potestad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y ese derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución comprende el derecho a obtener la ejecución de toda sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar todas las medidas pertinentes para el total cumplimiento del fallo tal como disponen los artículos 103 y 112 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Lo único que puede impedir la ejecución de las sentencias en sus propios términos es la imposibilidad de cumplirlas según ellos; imposibilidad ésta ya contemplada en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional y ratificada en el 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero esta imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo... Después de la Constitución, no cabe otra interpretación por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos; que no es otra cosa que seguridad jurídica.”

En consecuencia, el Tribunal Supremo acoge el motivo planteado por los recurrentes, anula los autos impugnados y declara que no concurre causa de imposibilidad material para la ejecución de la sentencia.

3. Potestad sancionadora

Tribunal Supremo. Para aplicar el principio *non bis in idem*, no solo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos, y ello no sucede en el caso en que una sentencia penal condena a tres personas, el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra, así como el encargado general de seguridad de la empresa, como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo. No existe infracción al principio de *non bis in idem*, al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas.

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Recurso de casación núm. 457/2008

Fecha: Sentencia de 31 de marzo de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García

Demandante: Compañía mercantil

Demandada: Comunidad Autónoma Valenciana

Disposiciones analizadas: Artículo 133 LRJPAC

Doctrina: El recurso para la unificación de doctrina es un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero solo si estuvieran en contradicción con otras de tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo. La ilegalidad de la sentencia recurrida es, por tanto, condición necesaria pero no suficiente para la viabilidad de este recurso. La contradicción ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de sentencias "distintas o diferentes", pese a la identidad de planteamientos normativos y de hecho, por el, a su vez, distinto resultado probatorio o por la también distinta naturaleza que pudiera predicarse de los supuestos de hecho contemplados.

Para aplicar el principio *non bis in idem*, no solo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos, y ello no sucede en el caso en que una sentencia penal condena a tres personas, el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra, así como el encargado general de seguridad de la empresa, como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo. No existe infracción al principio de *non bis in idem*, al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas

Supuesto de hecho

Los Servicios Jurídicos de la Generalidad Valenciana interponen recurso de casación para unificación de doctrina frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma Valenciana, de 25 de enero de 2008, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Comoa SL, deducido frente a la Resolución del consejero de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalidad, que impuso dos sanciones por importe de 5.250.200 pesetas por la comisión de dos infracciones calificadas como muy grave y grave tipificadas en los artículos 48.8 y 47.16.f) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

Los hechos por los que se le impuso las sanciones son:

- que al encofrar los fondos de la jácena del forjado unidireccional de la primera planta, y mientras se colocaban los tableros que formaban los mismos, se dejaron un hueco en todo el perímetro del encofrado susceptible de producir la caída del trabajador Don Pedro Enrique, quien cayó por el hueco resultando lesionado, y

- que las redes de seguridad exteriores del perímetro de la obra, que era irregular de entrantes y salientes, estaban sin sujetar a su base, permitiendo la caída de personas y objetos en caso de accidente, existiendo zonas y huecos sin protección, y sin usar los trabajadores cinturones de seguridad.

La sentencia recurrida anuló la sanción, por considerar que por los mismos hechos recogidos en el acta de la Ins-

pección de trabajo se sancionaba dos veces tanto a los condenados en la jurisdicción penal como a la empresa en la vía administrativa, vulnerando de ese modo el principio *non bis in idem* e infringiendo el artículo 133 de la Ley 30/1992.

La sentencia objeto de recurso hace referencia a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Benidorm en 6 de marzo de 2006, en el juicio oral núm. 247/2005, por delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes, en la que se condenó a tres personas, el arquitecto superior y el arquitecto técnico y el encargado general de seguridad de la empresa.

La Generalidad Valenciana recurrente aporta como sentencias de contraste la del Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 428/1996, y la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 15 de enero de 2001, recurso núm. 731/1996.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo establece que: "(...) el recurso de casación para unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, pues cuando, con arreglo a lo establecido en el art. 93 –hoy art. 96.3, en relación con el 86.2.b) de la Ley vigente–, no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por insuficiencia de cuantía, se abre la posibilidad

de que dichas sentencias puedan ser recurridas, pero solo con la finalidad primordial de unificar criterios y declarar la doctrina procedente en Derecho ante la existencia de fallos contradictorios. Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación, siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia, sino 'solo' cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido en contradicción las resoluciones judiciales."

El recurso para la unificación de doctrina, señala el Tribunal Supremo, "(...) es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales pero solo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo. La ilegalidad de la sentencia recurrida es, por tanto, condición necesaria pero no suficiente para la viabilidad de este recurso. La contradicción, como recuerda la Sentencia de 26 de diciembre de 2000, ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de Sentencias 'distintas o diferentes', pese a la identidad de planteamientos normativos y de hecho, por el, a su vez, distinto resultado probatorio o por la también distinta naturaleza que pudiera predicarse de los supuestos de hecho contemplados.

"(...) la contradicción ha de resultar de las propias sentencias enfrentadas, tal y como aparecen redactadas, sin correcciones o modificaciones que pudieran derivar de una incorrecta concreción de hechos o de una desviada apreciación probatoria que las mismas pudieran contener."

En el supuesto examinado, el Tribunal Supremo constata la contradicción: "(...) En las tres Sentencias que constituyen el

objeto del proceso la recurrida y las dos con las que se pretende parangonar aquella, existe como exige el art. 96.1 de la Ley de la Jurisdicción identidad respecto a litigantes diferentes en idéntica situación. En los tres supuestos se sanciona a una empresa por hechos que constituyen infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales, hechos que han servido también para sancionar penalmente a personas físicas responsables de las obras en las que tuvieron lugar aquellos hechos.

"Y en cuanto a las demás identidades las referidas a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, también existen por que en los tres supuestos los hechos consistían en infracciones a las normas de prevención de riesgos laborales y aunque en las Sentencias de contraste la Ley que regía era la Ley 8/1.988, de infracciones y sanciones en el Orden Social y en la aquí recurrida se aplicaba la Ley 31/1.995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, las pretensiones eran sustancialmente idénticas porque se solicitaba la anulación de la sanción por infringirse en caso contrario el principio *non bis in idem*. Y por último también concurre el que en esas circunstancias en la Sentencia recurrida se llegó a un pronunciamiento distinto del alcanzado por las Sentencias de contraste."

El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, al contener la misma una doctrina errónea que es preciso anular para unificar la doctrina que viene manteniendo este Tribunal "(...) en el sentido de que para aplicar el principio *non bis in idem*, no sólo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos y ello no sucede en el caso de autos pues la sentencia penal condenó a tres personas el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra así como el encargado general de seguridad de la empresa como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo de modo que no existe infracción al principio de *non bis in idem* al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas."

Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina.

4. Haciendas locales

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. En relación a las instalaciones fotovoltaicas, la cuestión de la inclusión o no en la base imponible del ICIO del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia vienen manteniendo posturas distintas: De un lado, la que sostiene la exclusión de estos elementos en el cómputo de la base imponible. De otro, la que opta por su inclusión

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Recurso de apelación núm. 539/2009

Fecha: Sentencia núm. 361/2010 de 15 de febrero

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pardo Muñoz

Demandante: Particulares

Demandado: Ayuntamiento de Fuentes de Valdepero

Disposiciones analizadas: Artículos 100 a 102 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales

Doctrina: En relación a las instalaciones fotovoltaicas, la cuestión de la inclusión o no en la base imponible del ICIO del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia vienen manteniendo posturas distintas: De un lado, la que sostiene la exclusión de estos elementos en el cómputo de la base imponible. De otro, la que opta por su inclusión.

A juicio del TSJ de Castilla y León, acogiendo la tesis de los tribunales superiores de justicia partidarios de la exclusión del valor de lo instalado, no el coste de su instalación, amparada en la doctrina del Tribunal Supremo que cita, lo decisivo para considerar excluidos de la base imponible los elementos, componentes y sistemas cuestionados radica en que:

(1) son todos ellos equipos y elementos construidos por terceros fuera de la instalación y susceptibles de funcionamiento autónomo una vez incorporados a la obra, sin que el proceso constructivo aporte nada diferente a su consideración originaria, salvo la propia incorporación o ensamblaje a la obra global resultante;

(2) la licencia urbanística no comprende las especificaciones técnicas de la instalación, por más que los elementos cuestionados figuren en el proyecto para el que se solicitó —dichos elementos no necesitan por sí mismos licencia urbanística—, ya que aquella se proyecta sobre la conformidad o no con la normativa urbanística de la transformación del terreno (uso del suelo) necesaria para la implantación de la instalación; y

(3) tales elementos no integran el concepto de ejecución material de la instalación en el sentido de estricto coste de obra civil

Supuesto de hecho

La sentencia objeto de recurso de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por tres particulares contra la resolución del Ayuntamiento de Fuentes de Valdepero (Palencia), de 8 de mayo de 2008, de liquidación tributaria practicada en relación al Impuesto de construcciones por licencia de obras para instalación de plantas solares fotovoltaicas.

La sentencia considera que la actividad administrativa es ajustada a Derecho, por entender, en esencia, que pretendiendo la parte actora excluir de la base imponible el material de instalación fotovoltaica (módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores), tales elementos son equipos necesarios y fundamentales para la captación de la energía solar y su posterior transformación en energía eléctrica. Son elementos indispensables para el funcionamiento del parque solar y el cumplimiento de su finalidad de obtención de producción de energía, careciendo de singularidad propia e identidad diferenciada respecto a la construcción realizada, incorporándose en la instalación del parque con innegable vocación de permanencia, por lo que forman parte del coste real y efectivo de la instalación conforme a la dicción literal del artículo 100 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales.

Esta cuestión ha sido resuelta de manera distinta por distintos tribunales de justicia. En el mismo sentido que la sentencia de instancia, las STSJ de Extremadura núm. 153/2009, de 9 de julio, y núm. 78/2009, de 13 de marzo, y la STSJ de Galicia núm. 99/2008, de 20 de febrero. En el sentido de no incluir el coste de instalaciones fotovoltaicas en la base imponible del ICIO, la STSJ de Madrid núm. 807/2009, de 25 de junio, la STSJ de Navarra núm. 150/2008, de 12 de marzo, y la STSJ de Cataluña núm. 114/2008, de 4 de febrero.

Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación, el TSJ lo estima y anula la resolución impugnada.

Fundamentos de Derecho

1. Sobre la base imponible del Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Evolución normativa y jurisprudencial

El TSJ señala que:

“(…) la doctrina jurisprudencial ha sido el motor de la evolución normativa y ha venido acogiendo una interpretación de la base imponible del ICIO inequívocamente restrictiva, estricta o depuradora del criterio meramente gramatical, en cuya virtud, y en síntesis:

“(1) el coste real es el importe o desembolso verdaderamente satisfecho, no el originariamente presupuestado;

“(2) el coste efectivo es el de la construcción, obra o instalación definitivamente realizada, que puede o no coincidir exactamente con la inicialmente proyectada; y

“(3) la estricta ejecución material viene a identificarse, a estos efectos, con el denominado concepto de obra civil.”

El TSJ destaca los precedentes jurisprudenciales que pueden fundamentar la exclusión del cómputo de la base imponible del ICIO, del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, del cómputo de la base imponible del coste de los módulos fotovoltaicos:

a) La STS de 15 de abril de 2000, de la que destacamos que: “(…) significamos la consideración, reiterada por el Tribunal Supremo, de que los importes correspondientes a equipos, maquinaria e instalaciones construidos por terceros fuera de la obra e incorporados a ella, en el sentido de no computar el valor de lo instalado aunque sí el coste de su instalación, al igual que el del estudio relativo a seguridad e higiene en el trabajo, se excluyen por ser en definitiva gastos ajenos al ‘estricto costo del concepto de obra civil’.”

b) La STS de 18 de junio de 1997, citada por la STS de 15 de abril de 2000, que enjuició la cuestión de “si la base

imponible en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (en adelante ICIO), devengado por la construcción de una planta industrial debe estar constituido exclusivamente por el importe de la obra civil ejecutada como pretende la entidad recurrente, o la misma ha de comprender, también, el importe de la maquinaria destinada a instalarse en ella, como sostienen el Ayuntamiento de la imposición y la sentencia apelada”, y declaró que “la base imponible del ICIO ha de determinarse según el coste de la obra civil ejecutada, con exclusión de la maquinaria que en ella habría de colocarse.”

c) La STS de 28 de junio de 1996, citada por la STS de 15 de abril de 2000, que confirmó la dictada el 1 de abril de 1993 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ País Vasco, que anuló la liquidación girada correspondiente a las obras de reconstrucción de las estufas 8, 9 y 10 para calentamiento de viento de soplado al Horno Alto núm. 1, y declaró que “la base imponible en dicho tributo había de reducirse al coste de las obras efectuadas, con exclusión del valor de la maquinaria y bienes de equipo incorporados a aquéllas”. Anteriormente la STS de 3 de abril de 1996, en relación con la construcción de un lavadero de sal, declaró que “a fin de depurar el concepto de ‘coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra’, (...) ha de señalarse que el objeto del tributo no está constituido por el valor de lo instalado sino por el coste de su instalación, puesto que son las transformaciones del terreno necesarias para la implantación de la industria las que precisan de una licencia previa de obras o urbanística, aunque luego el ejercicio de la actividad requiera de otras autorizaciones posteriores, por lo que es acertada la decisión de la sentencia de instancia, de incluir en la base imponible el coste del montaje del equipo industrial que había de colocarse en la planta proyectada y excluir, en cambio, las partidas correspondientes al precio de adquisición de ese equipo.”

d) La STS de 30 de marzo de 2002 –relativa a las obras de construcción de un centro de salud–, que insiste y reproduce la doctrina sobre el concepto estricto de base imponible del ICIO, señalando que: “En contra del concepto más amplio, a que responde el concepto de importe de la obra en otros sectores del ordenamiento, y concretamente en lo relativo a Contratos del Estado, el concepto tributario de coste real y efectivo de la obra, en el ICIO es un concepto estricto, del que no forman parte, conforme a reiterada jurisprudencia, el beneficio industrial, los gastos generales y el IVA... Por ello, la tesis de la Administración recurrente de que todo lo abonado al contratista es coste para el sujeto pasivo y debe ser incluido en la base imponible, y que en consecuencia, (...) es insostenible, y por el contrario, debemos destacar la corrección con que la sentencia recurrida afirma, en el Fundamento Segundo, que en el art. 103.1 hay implícita una distinción entre el coste real y efectivo de la obra y el coste total que la obra origina.”

e) La STS de 17 de noviembre de 2005, en relación con la obra de adecuación-ampliación de un instituto de formación profesional, que señala que: “(...) entre las partidas que determinan el coste de ejecución material de la obra no se incluyen tampoco el coste de la maquinaria e instalaciones

mecánicas (sí el coste de su instalación o colocación); tampoco se incluye el coste de las instalaciones sobre la obra civil, (...) ni la partida relativa a seguridad e higiene en el trabajo por ser un gasto ajeno al estricto costo del concepto de obra civil, anulando ‘la controvertida liquidación exclusivamente en cuanto a la exclusión de la base imponible del ICIO del coste de la maquinaria e instalaciones mecánicas –salvo su instalación– que por sí mismas no necesiten licencia urbanística, aunque precisen alguna otra autorización administrativa, así como la partida de Seguridad e Higiene en el Trabajo que son las dos partidas cuya exclusión ha postulado la entidad recurrente’.”

El TSJ destaca los precedentes jurisprudenciales que pueden fundamentar “la inclusión” en el cómputo de la base imponible del ICIO, del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica, del cómputo de la base imponible del coste de los módulos fotovoltaicos:

a) La STS de 16 de diciembre de 2003 –reforma y ampliación de un Parador de Turismo–, que establece que: “(...) la obra sometida a ICIO (...) alcanza también a aquellas instalaciones, como las de electricidad, fontanería, saneamiento, calefacción, aire acondicionado centralizado, ascensores y cuantas normalmente discurren por conducciones empotradas, o con aparatos sujetos a las mismos o encastrados, y además sirven para proveer a la construcción de servicios esenciales para su habitabilidad o utilización”, doctrina luego reiterada en la STS de 5 de octubre de 2004.

b) Se pueden citar las SSTS de 16 y 18 de enero de 1995 y las SSTS de 15 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1999.

c) Finalmente, la STS de 21 de junio de 1999, referida a una estación transformadora de energía eléctrica, que establece que: “en el coste real y efectivo de la obra que se pretende realizar, deben comprenderse, las partidas correspondientes a los equipos, maquinaria e instalaciones que se construyan, coloquen o efectúen –como elementos técnicos inseparables de la propia obra e integrantes del mismo proyecto que sirvió para solicitar y obtener la correspondiente Licencia– en el conjunto constructivo de lo que, según ocurre en el caso de autos, va a constituir, o constituye, a modo de un solo todo, la Estación Transformadora proyectada (...)”

2. Sobre la aplicación de la anterior doctrina a las instalaciones fotovoltaicas. Criterio del TSJ de Castilla y León

EL TSJ advierte que, en relación a las instalaciones fotovoltaicas, la cuestión de la inclusión o no en la base imponible del ICIO del coste de los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores, que de ordinario conforman una instalación fotovoltaica como la que aquí nos ocupa, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia vienen manteniendo ambas posturas:

“(...) De un lado, la que sostiene la exclusión de estos elementos en el cómputo de la base imponible y ello al amparo de la doctrina del Tribunal Supremo arriba referenciada

(...). Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (25 de junio de 2009, construcción de una central eléctrica), Castilla y León, sede en Burgos (4 de noviembre de 2009, instalación de un parque solar para la producción de energía eléctrica), Asturias (8 de junio de 2009, respecto de una línea de alta tensión), Castilla-La Mancha (6 de abril de 2009, aerogeneradores y torre meteorológica de un parque eólico), Valencia (17 de diciembre de 2008, proyecto de producción de energía fotovoltaica), Navarra (21 de septiembre de 2000, construcción de un parque eólico, ó 12 de marzo de 2008, en relación con una 'huerta solar', citada en la sentencia de instancia), o Cataluña (4 de febrero de 2008, construcción de una central térmica).

"De otro, la que opta por su inclusión (...). Así, por ejemplo, SSTSJ de Galicia 20 de febrero de 2008, siendo la obra una línea de alta tensión en una subestación eléctrica, ó 9 de julio de 2008, en ejecución de la obra 'Galería, Central Térmica y Cogeneración de la Ciudad de la Cultura de Galicia' o Extremadura (13 de marzo y 9 de julio de 2009), en relación con una planta solar fotovoltaica."

3. Estimación del recurso

El TSJ acoge el criterio, que podríamos denominar restrictivo o excluyente, de tales elementos o equipos (paneles fotovoltaicos, seguidores e inversores) como integrantes de la base imponible, en base a:

3.1. La no aplicación mimética de conceptos que provienen de otros sectores del ordenamiento (CTE y legislación del catastro)

El artículo 102.1 del texto refundido LHL, deja bien claro no solo que la definición auténtica de "coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra" como "coste de ejecución material de aquella" ha de interpretarse en un sentido estricto ("estrictamente" dice el último inciso del precepto), sino que lo es además a los limitados efectos del impuesto que nos ocupa ("a estos efectos"), "(...) lo que sin duda supone la no necesaria adopción mimética del alcance de tales expresiones cuando provienen de otros sectores del ordenamiento."

En este punto, el TSJ, en cuanto al sector del catastro inmobiliario, "(...) no comparte el argumento adicional favorable a la inclusión de tales elementos en la base imponible del ICIO invocado por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Badajoz de 15 de diciembre de 2008 –confirmada por el TSJ de Extremadura– en base a la consideración de los parques solares como adscritos a la categoría de 'Bienes inmuebles de características especiales' (BICES), creados por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre (...) Y no se comparte esta conclusión habida cuenta la distinta naturaleza de los impuestos en liza: el IBI, impuesto directo y señaladamente periódico, cuyo objeto es precisamente el valor del bien, considerado en su vertiente estática vinculada a la titularidad de un derecho, aunque se vaya actualizando; y el ICIO, impuesto indirecto, que se satisface de una sola vez y que grava una actividad, la

realización de una construcción, obra o instalación, con una definición legal de base imponible inequívocamente limitada: estricto coste de su ejecución material.

"Por lo demás, la STS de 29 de mayo de 2009, en relación con la interpretación que ha de darse a la expresión 'La base imponible en las escrituras de declaración de obra nueva estará constituida por el valor real del coste de la obra nueva que se declare' a que se refiere el art. 70.1 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RCL 1995, 1816), no viene sino a corroborar la improcedencia de acudir en estos casos al criterio del valor del inmueble, genuino del ámbito catastral.

"El valor real de lo edificado no puede conducir a la valoración del inmueble como resultado final de la obra nueva; no es eso lo que se ha de valorar, sino el coste de ejecución del mismo, conceptos ambos (coste de ejecución frente a valor del inmueble terminado) que no tiene por qué coincidir, pues por ejemplo en la valoración del inmueble pueden influir factores como la localización del mismo o su uso que no tienen por qué afectar al coste de ejecución."

3.2. Una lectura atenta de la jurisprudencia

El TSJ insiste en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo "cuando se refiere específicamente a instalaciones o plantas industriales conforme a la que, en relación con los importes correspondientes a equipos, maquinaria e instalaciones construidos por terceros fuera de la obra e incorporados a ella, no ha de computarse el valor de lo instalado aunque sí el coste de su instalación, importes que, al igual que el del estudio relativo a seguridad e higiene en el trabajo, se excluyen por ser en definitiva gastos ajenos al 'estricto costo del concepto de obra civil', siendo esta expresión –obra civil– recurrentemente empleada por el Tribunal Supremo."

Por ello, el TSJ estima que "han de interpretarse en sus justos términos las SSTS de 16 de diciembre de 2003 y 5 de octubre de 2004 –sobre inclusión del coste de los ascensores–, aunque sólo fuera porque tales sentencias se refieren a la construcción de edificaciones destinadas a viviendas, no propiamente a instalaciones de la naturaleza como las aquí analizadas."

El TSJ no considera "decisivas" las ya citadas SSTS de 15 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1999, no solo porque son anteriores a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, sino porque además lo efectúan en función de argumentos predominantemente fácticos.

"Así, en el caso resuelto por la STS de 15 de marzo de 1995 (...) la *ratio decidendi* de la desestimación del recurso no fue tanto la consideración jurídica acerca de los conceptos obra civil/instalaciones sino la carencia de prueba del presupuesto fáctico en el que se apoyaba la argumentación y, en definitiva, la generalidad con que la parte recurrente postuló la exclusión de los costes relativos a las instalaciones, generalidad que no fue aceptada por la Sala.

"En el caso resuelto por la STS de 21 de junio de 1999 la *ratio decidendi* de la desestimación del recurso formulado

por la mercantil también se centró en una cuestión fáctica en cuya virtud el Tribunal a quo concluyó que se habían presentado dos proyectos técnicos (...). La cuestión principal tratada en ese recurso fue si la Administración había procedido o no a una revisión de oficio al practicar una segunda liquidación con ocasión de la presentación del segundo proyecto, lo que se rechazó por el Tribunal Supremo (...).”

3.3. Delimitación de los criterios decisivos

A juicio del TSJ, acogiendo la tesis de los tribunales superiores de justicia partidarios de la exclusión del valor de lo instalado, no el coste de su instalación, amparada a su vez en la doctrina del Tribunal Supremo arriba referenciada, lo decisivo para considerar excluidos de la base imponible los elementos, componentes y sistemas cuestionados radica en que:

“(1) son todos ellos equipos y elementos construidos por terceros fuera de la instalación y susceptibles de funcionamiento autónomo una vez incorporados a la obra, sin que el proceso constructivo aporte nada diferente a su consideración originaria, salvo la propia incorporación o ensamblaje a la obra global resultante;

“(2) la licencia urbanística no comprende las especificaciones técnicas de la instalación, por más que los elementos cuestionados figuren en el proyecto para el que se solicitó –dichos elementos no necesitan por sí mismos licencia urbanística–, ya que aquélla se proyecta sobre la conformidad o no con la normativa urbanística de la transformación del terreno (uso del suelo) necesaria para la implantación de la instalación;

“y

“(3) en que tales elementos no integran el concepto de ejecución material de la instalación en el sentido de estricto coste de obra civil. Las SSTS de 16 de diciembre de 2003 y 5 de octubre de 2004, referidas a viviendas, no contradicen la anterior conclusión –ni la propia doctrina del Alto Tribunal– cuando afirman que ‘lo esencial es que tales instalaciones, aparte de

inseparables de la obra (de las viviendas, en este caso), figuren en el mismo proyecto de ejecución que sirvió de base para obtener la licencia de obras (como en este supuesto de hecho acontece), pues no puede reducirse la obra sometida al ICIO a la que integran las partidas de albañilería (cimentación, estructura, muros perimetrales, forjados, cubiertas, tabiquería, etc.), sino que alcanza también a aquellas instalaciones, como las de electricidad, fontanería, saneamiento, calefacción, aire acondicionado centralizado, ascensores y cuantas normalmente discurren por conducciones empotradas, y sirven, además, para proveer a la construcción de servicios esenciales para su habitabilidad o utilización’, y es que, partiendo precisamente de su doctrina sobre calificación de instalaciones externas que no integran el coste real efectivo de la obra –salvo en su colocación–, lo que están delimitando estas resoluciones es el propio concepto de obra civil como no reconducible únicamente a las partidas de albañilería sino como comprensivo asimismo de los servicios esenciales que describen pero sin que a los efectos que nos ocupan, y sin perjuicio de incluir todos estos servicios caso de que la instalación fotovoltaica los contemplara en el proyecto, puedan identificarse los módulos fotovoltaicos, seguidores e inversores de un parque solar con los ascensores de un edificio; aquellos elementos y equipos gozan de una extraordinaria singularidad, autonomía funcional e identidad propia en relación con la instalación en la que se integran –siendo lo accesorio la estructura soporte y sistema de fijación de los módulos– naturaleza de la que, desde luego, carecen los ascensores respecto del edificio al que sirven, aflorando así de modo genuino y paradigmático la doctrina que el Tribunal Supremo simplifica con la conocida expresión, de que ‘el objeto del ICIO no está constituido por el valor de lo instalado sino por el coste de su instalación’, aunque dicho coste, añadimos, sea ínfimo en relación con el valor de lo instalado.”

Todas estas razones son las que fundamentan la estimación de la apelación, con revocación de la sentencia de instancia.

5. Potestad normativa local

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. La Ordenanza para la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, debe someterse a las previsiones de participación reguladas en la Ley 27/06, de 18 de julio, de protección del medio ambiente, pues se trata de una disposición de carácter general que trata de gestión de residuos

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Recurso contencioso-administrativo núm. 1441/2008

Fecha: Sentencia núm. 327/2010 de 17 de marzo

Ponente: Ilma. Sra. Mª Alicia Millán Herrandis

Demandante: Particular

Demandado: Ayuntamiento de Denia

Disposiciones analizadas: Ley 27/06, de 18 de julio, de protección del medio ambiente, y artículo 49 de la Ley de bases de régimen local

Doctrina: La instalación subterránea de los contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, con la obra de urbanización que ello supone, excluye que puedan tener encaje dentro del concepto de "mobiliario urbano".

El Ayuntamiento, a través de previsión expresa en el Plan o en las bases particulares del Proyecto de urbanización, puede introducir nuevas obras de urbanización, como son la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, pero no a través de la Ordenanza.

La Ordenanza para la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción, debió de someterse a las previsiones de participación reguladas en la Ley 27/06, de 18 de julio, de protección del medio ambiente, pues se trata de una disposición de carácter general que trata de gestión de residuos.

La Ley 27/06 no regula procedimiento alguno, sino que establece con carácter general la obligación de promover la participación real y efectiva del público. Debiendo ser, por tanto, las administraciones públicas las que, al establecer y tramitar los correspondientes procedimientos, habrán de velar por el cumplimiento de una serie de garantías reconocidas tanto por la legislación comunitaria como por el Convenio de Aarhus, y por la propia Ley 27/06, como principios informadores de la actuación pública en esta materia.

El Ayuntamiento, en cuanto a la tramitación de la Ordenanza, se limitó a aplicar las previsiones contenidas en el artículo 49 de la Ley de bases de régimen local, y por lo que a la publicidad se refiere remitió la misma al BOP, y la expuso en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, y transcurridos treinta días sin que se formularan alegaciones se procedió a la aprobación definitiva de la misma. Sin embargo, el Ayuntamiento debió de prever, en los términos que se establecen en el artículo 18 de la Ley 27/06, qué miembros de la población tenían la condición de personas interesadas y podían, por consiguiente, participar en dicho procedimiento

Supuesto de hecho

El objeto del recurso contencioso-administrativo es la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Denia, para la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos generados durante el uso de la construcción.

El recurrente sostiene, entre otros argumentos, que concurre una causa de nulidad de pleno derecho en el procedimiento seguido para la tramitación y aprobación de la Ordenanza, ya que no se han tenido en consideración las diversas normas de obligada aplicación. En especial, dado el carácter marcadamente medioambiental de la Ordenanza, se debió de aplicar la Ley 27/06. De todo ello, concluye que en la tramitación de la Ordenanza no se han seguido los trámites legales exigibles, ya que no se ha consultado a asociaciones o colectivos afectados, lo que transgrede la normativa de aplicación.

El Ayuntamiento se opone a la estimación de la demanda y entiende que los argumentos de la contraria son inaplicables al caso concreto.

Fundamentos de Derecho

El TSJ enmarca en el ordenamiento la Ley 27/2006, y establece que: "(...) La Ley 27/06, de 18 de julio, de Protección del Medio Ambiente, parte de los Principios Constitucionales que, en relación con el Medio Ambiente, establece el art. 45 de la Constitución, e introduce en el Derecho Español los tres principios (de acceso a la información, participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia) que constituyen la esencia del convenio de AARHUS y que, en el ámbito del Derecho Comunitario han sido pormenorizados, fundamentalmente, en los Reglamentos

Comunitarios 1049/01, de 30 de mayo y el 1367/06, de 6 de septiembre, posterior a la Ley. Así como las Directivas 2003/4/CEE y 2003/35/CEE. El título competencial de la Ley viene previsto en la Disposición Final Tercera, y comprende casi la totalidad de la Norma con el carácter de legislación básica al amparo de lo dispuesto en el 149.1.23 de la Constitución."

El preámbulo de la Ordenanza se refiere a que, con la misma, se trata de complementar la regulación legal de la gestión de los residuos urbanos, establecida en la Ley 10/2000, de residuos de la Comunidad Valenciana, y su normativa de desarrollo. En cuanto a la normativa que legitima la Ordenanza, se hace referencia a la Ley 10/98 de residuos, a la Ley 10/2000 de residuos de la Generalitat Valenciana, al Plan integral de residuos de la Comunidad Valenciana, al Plan general para situaciones transitorias y coyunturales de urgencia de Denia (directriz octava), a la Ordenanza municipal de limpieza urbana, y a la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Respecto a lo que se consideran residuos urbanos a los efectos de dicha Ordenanza, se definen en su artículo 2 como "los generados en los domicilios particulares, comercios, oficinas y servicios y todos aquellos que no tengan la calificación de peligrosos y que por su naturaleza o composición puedan asimilarse a los producidos en los anteriores lugares o actividades."

El TSJ, a tenor de lo reseñado en el párrafo anterior, establece que la Ordenanza debió someterse a la Ley 27/2006, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

"A la vista del Preámbulo y de los artículos de la Ordenanza, de las propias normas legales que se citan como amparo legal para dictar la misma básicamente la Ley de Residuos Estatal y la Ley de Residuos de la Generalitat Va-

lenciana, la propia mención que se contiene a la protección del medio ambiente, la Sala alcanza la conclusión de que efectivamente la Ordenanza debió de someterse a las previsiones de participación reguladas en la Ley 27/06, de 18 de julio de Protección del Medio Ambiente, pues se trata de una Disposición de carácter general que trata de gestión de residuos, y en este punto no puede admitirse lo alegado por el Ayuntamiento de que la gestión de los residuos empieza con la retirada de los mismos de los contenedores, sino que por el contrario la gestión de residuos comprende igualmente los Sistemas e Instalación de contenedores y sus tipos, dimensionado, determinación de puntos de recogida, pues indudablemente todas estas decisiones se enmarcan en un concepto amplio de la Gestión de los Residuos, no siendo igual a dichos efectos que el contenedor se instale en superficie o subterráneo, la estanqueidad del mismo, o su volumen.”

Ahora bien, el TSJ señala que la Ley 27/06 “(...) no regula procedimiento alguno sino que establece con carácter general la obligación de promover la participación real y efectiva del público. Debiendo ser, por tanto, las Administraciones Públicas las que al establecer y tramitar los correspondientes procedimientos habrán de velar por el cumplimiento de una serie de garantías reconocidas tanto por la Legislación Comunitaria como por el Convenio de Aarhus, y por la propia Ley 27/06, como principios informadores de la actuación pública en esta materia.”

El Ayuntamiento, en cuanto a la tramitación de la Ordenanza, se limitó a aplicar las previsiones contenidas en el artículo 49 de la Ley de bases de régimen local, y por lo que a la publicidad se refiere remitió la misma al BOP, y la expuso en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, y transcurridos treinta días sin que se formularan alegaciones procedió a la aprobación definitiva de la misma. Sin embargo, el TSJ considera que:

“(...) el Ayuntamiento debió de prever en los términos que se establecen en el art. 18 de la Ley 27/06, que miembros de la población de Denia tenían la condición de personas interesadas y podían por consiguiente participar en dicho procedimiento. La Ley establece que se entenderá que tienen en todo caso tal condición las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se dediquen a la protección del medio ambiente y cumplan los demás requisitos previstos por la Ley en su art. 23. Nada de esto se hizo, y en consecuencia concurriría el vicio denunciado por la parte recurrente. A estos efectos resulta indiferente que dicho vicio no haya sido denunciado por ninguna de estas Entidades o por otras personas, públicas o privadas, que hipotéticamente hubieran podido participar, pues tratándose de la impugnación directa de una disposición general la Sala puede enjuiciar si la Administración se ajusto o no al procedimiento formal de tramitación y aprobación de la Ordenanza que nos ocupa.”

Por ello, al considerar que el Ayuntamiento debió de adaptar el procedimiento de elaboración de la Ordenanza

al mandato de participación contenido en la Ley 27/06, el TSJ procede a declarar su nulidad por dicho motivo.

No obstante, y dado que frente a esta sentencia no se podía interponer recurso de casación, y con el fin de dar respuesta a todos los motivos del recurso, el TSJ analiza las razones de fondo esgrimidas en cuanto a la posibilidad de que, mediante la Ordenanza recurrida, el Ayuntamiento imponga la obligación a los promotores y urbanizadores de instalar a su cargo contenedores para la recogida selectiva de residuos urbanos.

El TSJ afirma que: “(...) las previsiones de la Ordenanza en cuanto a la instalación subterránea de los contenedores con la obra de urbanización que ello supone, excluye que puedan tener encaje dentro del concepto de ‘mobiliario urbano’.”

Por ello, declara la nulidad del apartado cuarto del artículo 9 de la Ordenanza, pues “(...) el Ayuntamiento a través de previsión expresa en el Plan o en las Bases Particulares del Proyecto de Urbanización puede introducir nuevas obras de urbanización, pero no a través de la Ordenanza que nos ocupa que se refiere a la instalación de contenedores para el depósito y recogida de residuos urbanos. Se trata de una obligación urbanística en los términos anteriormente dichos, y el legislador urbanístico ha establecido una serie de obras que se deben incluir en los Proyectos de Urbanización descritas tanto en el art. 157 de la LUV como en el art. 359 del Reglamento que desarrolla la Norma, dejando a salvo que puedan incluirse nuevas obras de urbanización pero en este caso deberán venir expresamente previstas en el Plan o en las Bases Particulares de dicho Proyecto de Urbanización. Por ello y aun entendiendo la Sala la necesidad e incluso la conveniencia de homologar los contenedores a instalar en la vía pública y de prever los mismos, el Municipio de Denia deberá hacerlo ajustándose a las previsiones legales.”

El TSJ estima el recurso y declara la nulidad de la Ordenanza.

6. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Tribunal Supremo. La competencia para el enjuiciamiento de las impugnaciones directas contra los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de gestión urbanística y licencias no corresponde a los juzgados de lo contencioso. Los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística y licencias son susceptibles de impugnación indirecta

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Cuestión de ilegalidad núm. 171/2009

Fecha: Sentencia núm. 14/2010 de 12 de enero

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Táboas Bentanachs

Demandante: PROGAR INVERSIÓN, S.L.

Demandado: Ayuntamiento de Bigues i Riells

Disposiciones analizadas: Artículo 71 de la Ley catalana 2/2002 de urbanismo

Doctrina: La competencia para el enjuiciamiento de las impugnaciones directas contra los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de gestión urbanística y licencias, no corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo, puesto que se trata de una materia que a esos efectos debe ser considerada como materia de planeamiento urbanístico y competencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia.

Los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística y licencias son susceptibles de impugnación indirecta.

En materia de las suspensiones preceptivas de instrumentos de gestión urbanística y licencias:

– O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico, en los ámbitos en que las nuevas determinaciones comporten una modificación del régimen jurídico urbanístico.

– O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico, en el supuesto de que, si bien el régimen vigente fuera compatible con el nuevo régimen inicialmente aprobado, puede resultar un perjuicio o riesgo para la nueva ordenación, que debe razonarse.

– No cabe en el seno de una suspensión preceptiva reglada de tramitaciones y licencias un tercer género, derivado de supuestos disfuncionales de demora en la aprobación inicial, o la mera invocación discrecional y genérica de puras conveniencias para lograr objetivos urbanísticos de una nueva ordenación

Supuesto de hecho

El 29 de julio de 2004 se aprobó la suspensión de licencias para estudiar la formación de un Plan de ordenación urbanístico. El demandante solicitó certificado de aprovechamiento urbanístico, que fue expedido a 24 de enero de 2005.

El 21 de febrero de 2005 procede a solicitar licencia de obras.

El 18 de abril de 2005 el municipio resuelve suspender la tramitación de la licencia solicitada. Contra ese acto se siguió recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona núm. 5, que dictó sentencia el 16 de febrero de 2007, por la que inadmitió el recurso en cuanto impugna el acuerdo del Pleno sobre aprobación de la suspensión de licencias urbanísticas, y lo desestimó en cuanto al acto recurrido que suspende la tramitación de la licencia de obra solicitada. Esta sentencia fue revocada por la sentencia de 18 de enero de 2008, dictada por el TSJ de Cataluña, en la que, además de revocarla, dispuso, en su labor de sustitución de los pronunciamientos del Juzgado, que este plantee la cuestión de ilegalidad correspondiente respecto del acuerdo por el que se procede a suspender las tramitaciones y las licencias.

Fundamentos de Derecho

El TSJ recuerda que: "(...) La competencia para el enjuiciamiento de las impugnaciones directas contra los acuerdos de las suspensiones potestativas y preceptivas de instrumentos y licencias igualmente no corresponde a los Juzgados de lo Contencioso administrativo puesto que se trata de una materia que a esos efectos debe ser considerada como materia de planeamiento urbanístico y competencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia."

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, estos acuerdos de suspensión son susceptibles de impugnación indirecta:

a) La sentencia de la Sala 3ª, Sección 4ª, de 7 de noviembre de 1988, señala que: "Es cierto que el recurso indirecto es una técnica típica de la impugnación de las disposiciones generales –artículo 39,2 y 4 de la Ley jurisdiccional– y que sin embargo el Texto Refundido incluye tal suspensión entre los 'actos' preparatorios de la formación y aprobación de los planes, pero aun así, la íntima conexión del acuerdo de suspensión con éstos, de clara naturaleza normativa, permite aplicar a la suspensión la técnica de la impugnación indirecta."

b) La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1990, afirma: "dado el carácter normativo de los acuerdos de suspensión del otorgamiento de licencias y la aplicación a ellos del recurso indirecto, tal como sentó la

Sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal de 7 de noviembre de 1988.”

c) La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1990, argumenta: “Respecto a las argumentaciones indicadas en el razonamiento anterior hay que decir que las infracciones que se alegan con relación al acuerdo de suspensión de licencias en cuestión, pueden ser examinadas en estas actuaciones toda vez que esta Sala tiene declarado que la suspensión de licencias opera en la vida práctica afectando decisivamente a la virtualidad del ordenamiento urbanístico y así las cosas frente a una posible firmeza del acuerdo de suspensión el Ordenamiento jurídico necesariamente ha de permitir la reacción que implica la impugnación indirecta (Sentencias de 7 de noviembre de 1988 y 27 de noviembre último).”

d) Y la sentencia de la Sala 3ª, Sección 5ª, del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000, establece: “(...) esta Sala, desde la sentencia de 7 de noviembre de 1988, ha venido declarando que los acuerdos de suspensión de licencias aunque no puedan considerarse en rigor como disposiciones administrativas de carácter general, inciden mediatamente sobre las normas urbanísticas que en otro caso serían de aplicación para verificar la procedencia de las licencias de edificación solicitadas y en ese punto participan de la naturaleza reglamentaria de aquellas, por lo que es posible su impugnación indirecta a través de los actos de aplicación. En contra de lo sostenido por la sentencia de instancia, ningún obstáculo existe a que impugnándose un acuerdo en que se deniegue la tramitación de una licencia de obras por haberse acordado aquella medida cautelar se alegue como motivo de impugnación precisamente la nulidad de esta última decisión. Por todo ello, procede estimar el presente motivo de casación.”

El TSJ señala que: “(...) la potestad que se examina ha alcanzado una dimensión que no sólo no se dirige a un supuesto concreto que se agota en sí mismo sino que alcanza a todos y cada uno de los casos que se presenten en el sobradamente destacable plazo de dos años, bien en materia de actos de intervención administrativa, bien para actos de gestión urbanística y con potencialidad suficiente para lograr esterilizar el ejercicio debido de la potestad de planeamiento urbanístico. (...) el convencimiento recae en que, con mayor motivo, nos hallamos ante unas figuras con tal potencialidad reglamentaria en cuanto son capaces de incidir tan decisivamente en la misma que han alcanzado una dimensión tal que afectan e inciden en el régimen de la normación urbanística como en la gestión urbanística y en sede de licencias, que como tales y en el caso concreto alcancen las suspensiones que prescriban, deben tener y merecen una consideración lo más próxima a la de las disposiciones reglamentarias susceptibles de impugnación indirecta de tal suerte que resulta aplicable su impugnación indirecta por la vía del artículo 26 de nuestra Ley Jurisdiccional y debe aceptarse que deben ser objeto de impugnación indirecta.”

Por ello, el TSJ aborda la cuestión de ilegalidad. El Tribunal señala que el acuerdo se produce por cuanto el equipo redactor del Plan de ordenación urbanística municipal no ha podido presentar, dentro del plazo establecido, la documentación necesaria para la aprobación inicial de esa figura de planeamiento y se trata de argumentar que la cobertura de esa suspensión se produce en razón a pretender conseguir objetivos urbanísticos concretos que han de ser explicitados y justificados y que permite emplear un nuevo plazo de suspensión hasta alcanzar el de dos años.

El TSJ afirma la ilegalidad del acuerdo, explica los supuestos de suspensión que permite el ordenamiento urbanístico de Cataluña y el porqué no cabe la suspensión establecida por el Ayuntamiento:

“a) O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico en los ámbitos que en que las nuevas determinaciones comporten una modificación del régimen jurídico urbanístico.

“b) O concurre la suspensión preceptiva reglada de tramitaciones o licencias por la aprobación inicial de una figura de planeamiento urbanístico en el supuesto que si bien en principio pudiera pensarse que cabe la tramitación de instrumentos y licencias habida cuenta de que el régimen vigente fuera compatible con el nuevo régimen inicialmente aprobado pero pueda resultar perjuicio o riesgo para la nueva ordenación en cuyo caso procede revelar los objetivos urbanísticos concretos a alcanzar que deberán explicitarse y justificarse.

“Dicho en otras palabras, si se trataba de sostener que en el seno de una suspensión preceptiva y reglada de tramitaciones y licencias, como tercer *genus*, cabrían supuestos disfuncionales de demora en la aprobación inicial o la mera invocación discrecional y genérica de puras conveniencias a lograr objetivos urbanísticos de una nueva ordenación, debe afirmarse que esas conclusiones no se comparten.”

Por todo ello estima la cuestión de ilegalidad y declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo por el que se procede a suspender las tramitaciones y las licencias para alcanzar objetivos urbanísticos concretos.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Los tribunales deben verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora urbanística discrecional guarda coherencia con ellos. La incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, infringe el ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, porque se traspasan los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)

Fecha: Sentencia núm. 313/2010 de 26 de marzo

Ponente: Ilma. Sra. Mª Consuelo Uris Lloret

Demandante: Coto Espuña, S.Coop.

Demandado: Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y Ayuntamiento de Aledo

Disposiciones analizadas: Artículos 9 y 103 CE

Doctrina: La clasificación como suelo urbanizable en mayor o menor extensión no puede quedar a mero capricho o voluntarismo de expansión de la Administración municipal, sino que se debe basar, al menos, en una proporción razonable, en la existencia de datos objetivos del territorio y las infraestructuras que justifiquen que esa clasificación de suelo urbanizable dispondrá de los servicios necesarios, bien porque ya existan, o porque, si son insuficientes, se podrán completar durante el proceso de desarrollo de ese suelo urbanizable.

No es admisible que un Plan general, que pretende poder pasar de los 1.000 habitantes actuales a un techo posible de 240.000, no incluya ninguna actuación para dotar de un auténtico sistema general de infraestructura de suministro de agua y saneamiento y se limite a decir que, en el futuro, cada Plan parcial, en el suelo urbanizable que clasifica, resolverá los problemas y demandas de suministro y depuración de aguas, como crea conveniente.

La potestad de planeamiento es, por su propia esencia, una potestad ampliamente discrecional, puesto que se trata de una potestad conformadora que pretende configurar el espacio territorial al que se refiere, y encauzar su desarrollo futuro según un cierto modelo que el legislador, desde la perspectiva abstracta y general que le es propia, no está, lógicamente, en condiciones de formular.

Los tribunales de lo contencioso-administrativo deben verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia con ellos.

La incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto, o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, infringe el ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, porque se traspasan los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación

Supuesto de hecho

El consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la Región de Murcia aprobó el Plan general municipal de ordenación de Aledo, por Orden de 29 de septiembre de 2004.

El demandante fundamenta el recurso contra la aprobación definitiva, entre otros argumentos, en el impacto que sobre los recursos hídricos supondrá la ordenación territorial prevista para el municipio. Ello pone de relieve la magnitud del proyecto para Aledo, pues su actual población es de 1.000 habitantes aproximadamente y se prevén 50.000 habitantes adicionales en el suelo urbanizable sectorizado, sin perjuicio de los que pueden asentarse en el suelo urbanizable no sectorizado.

A su vez hace especial referencia a la clasificación de suelo no urbanizable de protección agrícola. Señala que, en el informe pericial, se destaca que resulta llamativa la inexistencia en el Plan general aprobado de categoría alguna de suelo no urbanizable, merecedor de protección por sus valores agrícolas, en un municipio eminentemente agrícola y en el que hay una gran parte de suelo destinado a huerta tradicional y nuevos regadíos. Y ello resulta injustificable, no solo desde el punto de vista económico, sino también ambiental.

El TSJ estima el recurso interpuesto y anula la aprobación definitiva del Plan general.

Fundamentos de Derecho

La cuestión de fondo más relevante que se plantea, es la idoneidad y viabilidad de los recursos hídricos contemplados en el Plan general de Aledo. Para ello el TSJ, una vez examinados los dictámenes periciales e informes emitidos, pondera la transformación del municipio que se plantea en el Plan general:

“(…) La población de Aledo es aproximadamente de 1.050 habitantes (página 78 del Estudio Impacto Ambiental). Con el Plan General aprobado esa población podría alcanzar, teniendo en cuenta tanto el suelo urbano como el urbanizable sectorizado y no sectorizado, los 240.000 habitantes, como se señala en la conclusión nº 12 del informe de la Dirección General de Urbanismo (folio 924 del expediente) y en el que se indica que se debería reconsiderar la superficie de suelo urbanizable. La racionalidad y coherencia de esa previsión de crecimiento excepcional, que permite pasar de 1.000 habitantes a 240.000 habitantes, requiere necesariamente

examinar la realidad física sobre la que actúa el Plan, y en la que se destacan dos circunstancias que parecen contradictorias con ese modelo de crecimiento:

– La existencia en prácticamente la otra mitad del municipio que no es urbanizable, de suelos merecedores de especial protección por estar catalogados como LIC, ZEPA, o formar parte del borde de Sierra Espuña.

– La casi total ausencia en la actualidad de infraestructuras y servicios que permitan soportar y atender la enorme demanda de suministros que esta población exigiría cuando se fueran cumpliendo las expectativas de crecimiento que permite el Plan General.”

La necesidad de la justificación de las infraestructuras existentes se le fue reiterando al Ayuntamiento de Aledo en los diversos informes que emitió la Dirección General de Urbanismo:

– El informe de la Dirección General de Urbanismo (folio 920 del expediente) indica que la memoria del Plan general no menciona el estado ni las características de otras redes de infraestructuras del municipio, ni se analiza su capacidad o estado.

– En el folio 921, el informe señala que debe completarse el documento detallando las redes de infraestructuras existentes que sirvan para fijar los criterios que justifiquen la clasificación de suelo.

– En el folio 923, en las conclusiones 9 y 10 del informe se señalan las carencias de la definición de infraestructuras.

– En el folio 924 del expediente, en la conclusión 12 de este informe de la Dirección General de Urbanismo, se dice que para el cálculo de las infraestructuras debe tenerse en cuenta la población existente y la prevista en la culminación del desarrollo del Plan.

– En otro informe de la Dirección General de Urbanismo (folio 937 del expediente) se vuelve a reiterar que sobre el suelo urbanizable sectorizado se ha de justificar la disponibilidad de infraestructuras.

– En el folio 938 el informe advierte de las dificultades para el desarrollo del suelo urbanizable sin sectorizar, por la escasez de infraestructuras del término municipal.

De este conjunto de datos y de las advertencias de la Dirección General de Urbanismo durante la tramitación del Plan general, el TSJ establece que: “(...) se desprende con claridad que la clasificación como suelo urbanizable en mayor o menor extensión no puede quedar a mero capricho o voluntarismo de expansión de la Administración Municipal, sino que se debe basar, al menos en una proporción razonable, en la existencia de datos objetivos del territorio y las infraestructuras que justifiquen que esa clasificación de suelo urbanizable dispondrá de los servicios necesarios, bien porque ya existan, o porque si son insuficientes se podrán completar durante el proceso de desarrollo de ese suelo urbanizable.”

Una vez examinados todos los documentos emitidos en el procedimiento de aprobación, el TSJ concluye que: “(...) Se desprende de lo expuesto que los habitantes po-

sibles en el suelo urbanizable sectorizado son del orden de 57.000 personas, y sin embargo la justificación de suficiencia de suministro de agua sólo hace para una demanda de 36.500 personas. Además, la extracción de agua mediante pozos es una actividad con muchos factores de incertidumbre (sequías, descenso del nivel de los acuíferos, etc.) por lo que no parece suficiente confiar en este suministro para el futuro abastecimiento de decenas de miles de personas.

“(...) Por todo ello, ha de concluirse que la justificación de suficiencia de las infraestructuras de agua y saneamiento, en que tanto había insistido la Dirección General de Urbanismo, parece más bien un mero formalismo porque ninguno de los datos que se aportan, tienen la suficiente solidez y realidad como para demostrar ese suministro.

“Tampoco parece admisible que un Plan General que pretende poder pasar de los 1.000 habitantes actuales a un techo posible de 240.000 no incluya ninguna actuación para dotar de un auténtico sistema general de infraestructura de suministro de agua y saneamiento y se limite a decir que en el futuro cada Plan Parcial de los 21.552.893 m² de suelo urbanizable que clasifica, son los que resolverán sus problemas y demandas de suministro y depuración de aguas, como crean conveniente.

“Este planteamiento no es propio ni adecuado de un Plan General sobre todo con las posibilidades de aumento explosivo de población que se prevé en el de Aledo. Todo el modelo del enorme crecimiento de población previsto para el municipio de Aledo por su Plan General, descansa sobre una posibilidad de suministro de agua que no se ha acreditado que se disponga realmente porque, según el organismo de cuenca responsable de las autorizaciones, ni están adecuadamente cuantificadas las demandas que se harán al Taibilla ni se han demostrado los derechos de explotación de los pozos que se citan.”

En cuanto a las alegaciones relativas a la ilegalidad de la clasificación del suelo, el TSJ señala que:

“(...) Para resolver sobre los anteriores motivos del recurso es conveniente examinar el plano de conjunto del término municipal de Aledo, con la clasificación de suelo prevista en el Plan General, para comprobar que prácticamente el territorio se divide en dos mitades que son: –El suelo no urbanizable porque existe alguna razón que lo haga merecedor de una especial protección (zonas LIC, ZEPA, Sierras) (folio 400 del expediente): 52,45%; –El suelo urbano y urbanizable sectorizado o no: 47,55%.

“Habiendo desaparecido el suelo no urbanizable de carácter agrícola por las razones que reiteradamente se dan en el expediente.

“Según el Estudio de Impacto Ambiental (folio 82 del expediente) la agricultura es la principal actividad del Municipio. Esto se ratifica en la propia Memoria del Plan General, que indica (folio 346) que la actividad principal del municipio es la Agricultura que ocupa el 46,7% del total del término. Comparando ese 46,7% del término que el

Plan General reconoce que en la actualidad se destinaba a la Agricultura, con el 45,64% del término que en el Plan General se clasifica como urbanizable, sectorizado o no, se entiende que dicho Plan General ha decidido una transformación radical del municipio de Aledo, y un cambio total de sus características, destinando la práctica totalidad del suelo agrícola que ahora existe a suelo urbanizable. Y además esta elección por un modelo de crecimiento que abandona totalmente la agricultura y adopta la opción radical de poder pasar de 1.050 habitantes a 239.013 que es su posibilidad máxima se decide de forma consciente y rechazando las infinitas opciones intermedias o al menos más moderadas que podrían tomarse.”

De todo ello, concluye que las soluciones adoptadas por la Administración han de considerarse irracionales y arbitrarias:

“Es evidente que en el presente caso, y en atención a todo lo expuesto con anterioridad, las soluciones adoptadas por la Administración han de considerarse irracionales y arbitrarias, y además no sólo no vienen impuestas por la realidad del terreno, sino que, por el contrario ésta demandaba la necesidad de conjugar la protección de los valores agrícolas, ambientales y paisajísticos con esas perspectivas de crecimiento de la ciudad y de una actividad turística, y de establecer las adecuadas previsiones en lo que se refiere a infraestructuras, concretamente la disponibilidad de agua para abastecer a la población resultante del plan.”

El fundamento jurídico de la nulidad del Plan y del alcance de la nulidad es como sigue:

La potestad de planeamiento es ampliamente discrecional.

“Como ha declarado reiterada jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1986, 18 de julio de 1988, 18 de marzo de 1992, 1 de junio de 2001, entre otras), la potestad de planeamiento es, por su propia esencia, una potestad ampliamente discrecional, puesto que se trata de una potestad conformadora que pretende configurar el espacio territorial al que se refiere, y encauzar su desarrollo futuro según un cierto modelo que el legislador, desde la perspectiva abstracta y general que le es propia, no está, lógicamente, en condiciones de formular.”

La potestad de planeamiento es susceptible de revisión jurisdiccional, entre otros motivos, por vulneración del principio constitucionalizado de la interdicción de la arbitrariedad.

“Ahora bien, dicha potestad puede ser revisada judicialmente, no en el sentido de que los Tribunales impongan una determinada solución, sino en el sentido de declarar la elegida por aquel irracional, desconectada de los propios principios inspiradores del Plan o ilógica, es decir, contraria a los principios generales del Derecho, entre ellos, y significativamente, al principio de la interdicción de la arbitrariedad de

los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución Española.

“Por tanto, se ha de comprobar ‘si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con los hechos, porque cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que es su presupuesto inexorable, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico, y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna’ (STS de 27 de abril de 1983), lo que justificará su anulación, e incluso la sustitución de la decisión anulada por otra distinta, al menos cuando los criterios generales del planeamiento enjuiciado conduzcan inequívocamente a ella (STS 15 de diciembre de 1986). Y en sentencia de 9 de febrero de 2009 el Alto Tribunal ha declarado lo siguiente:

“Llegamos así al fondo del debate... para cuya resolución no está de más recordar la profunda discrecionalidad del planeamiento urbanístico general a la hora de elegir los objetivos y de concretar sobre el terreno las determinaciones precisas para su logro. Le cabe a la Administración elegir entre un amplio abanico de opciones, en función de criterios sociológicos, económicos, medioambientales o de otra índole, opciones todas jurídicamente indiferentes e igualmente aceptables para el interés público al que objetivamente se debe (artículo 103, apartado 1, de la Constitución). Mientras no rebase los límites de esas diferentes posibilidades, todas igualmente justas, nada tiene qué decir el derecho, debiendo, por tanto, guardar silencio los tribunales.”

El doble límite negativo de la discrecionalidad: la realidad y los principios generales del Derecho.

“Ahora bien, esa discrecionalidad tiene un doble límite negativo. En primer lugar la realidad, que está ahí y no puede ser desconocida, inventada o desfigurada por la Administración, aunque disponga de un amplio margen para su valoración. Los titulares del poder judicial pueden, pues, introducirse en el ámbito de la discrecionalidad administrativa para comprobar que la alternativa elegida se sustenta sobre una cabal apreciación de los hechos. En segundo término, los principios generales del derecho, ‘oxígeno que respiran las normas’, incluida la que atribuye al planificador una vasta libertad de configuración. La Administración está sujeta a la ley y al derecho (artículo 103, apartado 1, de la Constitución) y, por consiguiente, a los principios generales del derecho y entre ellos, muy destacadamente, al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9, apartado 3, de la Constitución). Este es el segundo portillo por el que cabe que los jueces se asomen para contemplar la discrecionalidad administrativa y comprobar si ha sido utilizada en los términos que quiso el legislador al atribuirle poderes de tal condición.”

Alcance del control jurisdiccional.

“No obstante, el control jurisdiccional de las administraciones, tan ampliamente trazado por los artículos 106, apartado 1, en general, y, en particular para las autonómicas, por el 153 de la Constitución, así como por los artículos 8 y 9, apartado 4, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) y los artículos 1 a 5 de la Ley 29/1998, no puede irrumpir en el corazón de la potestad discrecional, valorando la oportunidad de la decisión y, mucho menos, sustituyendo la elección administrativa. Los tribunales de lo contencioso-administrativo han de ceñirse, pues, a verificar los hechos para comprobar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia con ellos, de suerte que, si aprecian una incongruencia o una discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad, que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación. Una vez comprobado que una concreta determinación del plan in-

curre en un desvío de esa naturaleza, procede su anulación, pero los jueces no podemos reemplazarla por otra a nuestro antojo, pues, tratándose de potestades discrecionales, siempre existen varias soluciones lícitas y razonables entre las que debe escoger la Administración, titular de esta potestad discrecional, salvo que las líneas del planeamiento conduzcan a un único desenlace, que se imponga ya por razones de coherencia.

“Así se ha expresado este Tribunal desde hace tiempo, con otras o parecidas palabras, a través de una línea doctrinal que constituye uno de los más importantes logros jurisprudenciales en materia urbanística. Cabe recordar las sentencias de 22 de septiembre de 1986 (apelación 85.989, FJ 2º), 19 de mayo de 1987 (apelación 814/85, FJ 2º), 20 de marzo de 1990 (apelación 1346/88 FJ 4º), 2 de abril de 1991 (apelación 1718/89, FJ 2º), 17 de marzo de 1992 (apelación 1878/89, FJ 2º), 18 de mayo de 1992 (apelación 1694/90, FJ 7º), 8 de junio de 1992 (apelación 7138/90 FJ 2º). De fechas más recientes pueden consultarse las de 4 de diciembre de 1995 (apelación 4740/91, FJ 4º), 27 de mayo de 1998 (apelación 5868/92, FJ 6º) y 11 de julio de 2006 (casación 2236/03, FJ 2º).”

Por todo ello se estima el recurso y se anula la aprobación definitiva del Plan.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Las actuaciones en el suelo no urbanizable tales como los parques eólicos, grandes vertederos, centrales térmicas o subestaciones eléctricas, se deben incorporar al planeamiento general como sistemas generales, y no es admisible su autorización como actuaciones de interés público o social en el suelo no urbanizable

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Recurso de apelación núm. 262/2008

Fecha: Sentencia núm. 329/2010 de 21 de abril

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Juanola Soler

Demandante: Particular

Demandado: Generalitat de Catalunya, Departament de Política Territorial i Obres Públiques y Endesa Distribución Eléctrica S.L.

Disposiciones analizadas: Artículos 47.4.d), 48, 57 y 58 de la Ley 2/2002 catalana de urbanismo

Doctrina: Las actuaciones en el suelo no urbanizable tales como los parques eólicos, grandes vertederos, centrales térmicas o subestaciones eléctricas, se deben incorporar al planeamiento general como sistemas generales, y no es admisible su autorización como actuaciones de interés público o social en el suelo no urbanizable.

Resulta imprescindible urbanísticamente la previsión a nivel del planeamiento urbanístico general –que no especial– de los parques eólicos o las centrales térmicas y vertederos. Resulta impropio reconocer, vertebrar y dar viabilidad a los mismos mediante licencias en suelo no urbanizable para las actuaciones de interés público a emplazar en medio rural.

Desde la perspectiva de que los sistemas generales configuran la estructura general del territorio y determinan el desarrollo urbano, es ilegal tratar de hurtar esa vertebración, estructuración, distribución y organización del planeamiento general y redirigir el caso meramente al régimen jurídico de las autorizaciones o licencias.

Es y debe ser en la sede de planeamiento general donde ha lugar a plantear alternativas, y finalmente justificar debidamente el emplazamiento de los correspondientes sistemas en cada clase de suelo. Es ilegal relegar el examen de descartar ubicaciones alternativas y concretar la ubicación idónea en sintonía con el planeamiento territorial sectorial en liza, a la mera iniciativa de un solicitante de autorización/ones o licencia/s para el/los terreno/s que le interese/n. Se trata de una hábil manera de reducir a la nada tanto la potestad discrecional del planeamiento, como el régimen y garantías que deben presidir la órbita del planeamiento

Supuesto de hecho

Endesa Distribución Eléctrica S.L. solicitó licencia para la construcción de una subestación eléctrica en el suelo no urbanizable, que debía someterse a autorización previa autonómica. El proyecto en cuanto a “actuación específica de interés público en suelo no urbanizable”, fue aprobado definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona.

Este acuerdo fue recurrido y el juez de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Girona dictó sentencia desestimatoria del recurso, la cual es objeto de recurso de apelación.

El TSJ de Cataluña estima el recurso de apelación y anula el acuerdo, por entender que se trata de un sistema general y no de una actuación de interés público o social en el suelo no urbanizable.

Fundamentos de Derecho

Para el TSJ de Cataluña la subestación eléctrica tiene el carácter de sistema urbanístico porque tiene un nivel de servicio de alcance supramunicipal, y ello lo convierte en un elemento que configura la estructura general del territorio. De ello el Tribunal deduce que: "(...) la aprobación definitiva del proyecto de la subestación eléctrica concedida por la Generalitat de Catalunya, carece de cobertura normativa, ya que, en cuanto sistema urbanístico general, el proyecto de la Subestación eléctrica no tiene cabida en el supuesto previsto en los artículos 47.4.d) y 48 de la Ley catalana de urbanismo, ni en el artículo 133 del Plan General de Ordenación de Forallac, y, por formar parte integrante de la estructura general del territorio, requiere la cobertura de un instrumento de planeamiento urbanístico general (artículos 57 y 58 de la misma Ley)."

La sentencia que referenciamos, manifiesta una línea jurisprudencial del TSJ de Cataluña que ha exigido que actuaciones en el suelo no urbanizable, como los parques eólicos, grandes vertederos o centrales térmicas, se deban incorporar al planeamiento general, y no sea admisible su autorización como actuaciones de interés público o social en el suelo no urbanizable.

Así, en la STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2008 se estableció:

"(...) este tribunal no puede obviar que con absoluta independencia de lo que a los efectos del Decreto 174/2002, de 11 de junio, regulador de la implantación de la energía eólica, corresponde para con el Mapa de implantación ambiental de la energía eólica en Cataluña con la naturaleza de Plan Territorial Sectorial, otra cosa es ponderar urbanísticamente el caso desde la órbita urbanística y para con el ordenamiento jurídico urbanístico.

"Efectivamente, el presente caso tan caracterizado por el empleo, ni más ni menos de un parque eólico de 33 aerogeneradores de 1.500 kW cada uno, regulados por el sistema de paso variable y con orientación activa, formados por torres tubulares de 80 metros de altura y tres palas de 77 metros de diámetro, se estima que innegablemente por su relevancia cuantitativa y cualitativa alcanzan urbanísticamente la cualificación de verdadero, efectivo e innegable Sistema General Urbanístico en los términos del artículo 34 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña –tanto en su redacción originaria como la establecida por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local–, como con posterioridad se establece en el artículo 34

del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

"Configuración y conceptualización de Sistema General Urbanístico que como en otros supuestos examinados por esta Sección –así, para centrales térmicas o vertederos, en nuestras Sentencias nº 610, de 10 de septiembre de 2004, nº 381, de 2 de mayo de 2005, nº 952, de 7 de diciembre de 2005 y nº 299, de 15 de abril de 2008 y las que en ellas se citan– resulta imprescindible urbanísticamente su previsión a nivel del planeamiento urbanístico general –que no especial– y resultando impropio reconocer, vertebrar y dar viabilidad a los mismos con la mera técnica que apartando su consideración en sede de planeamiento urbanístico general, con lo que ello representa, devalúe su consideración y tratamiento al régimen de la mera órbita de intervención administrativa y concretamente a las meras licencias en suelo no urbanizable para las simples actuaciones de interés público a emplazar en medio rural del artículo 48 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, y demás preceptos concordantes, como si la implantación urbanística de que es y debe ser un sistema general con la valoración ambiental que proceda ya estuviese decidida. (...)

"Y a los efectos del presente proceso si se tiene en cuenta que los Sistemas Generales configuran la estructura general del territorio y determinan el desarrollo urbano (...) Desde tal perspectiva tratar de hurtar esa vertebración, estructuración, distribución y organización del planeamiento general y redirigir el caso meramente al régimen jurídico de las autorizaciones o licencias ya se puede comprender que dista mucho de poder aceptarse.

"A mayor abundamiento y en línea con lo anterior debe resaltarse la relevante trascendencia que tiene la premisa expuesta puesto que es y debe ser en la sede de planeamiento general donde ha lugar a plantear alternativas y finalmente justificar debidamente el emplazamiento de los correspondientes Sistemas en cada clase de suelo, (...) Por consiguiente, en consideración a la relevante entidad del caso que se enjuicia debe estarse al régimen jurídico del planeamiento urbanístico para con el empleo de sus técnicas apurar el examen requerido y finalmente en el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento ubicar idóneamente en su emplazamiento el sistema de autos.

"Efectivamente desde esa perspectiva relegar el examen de descartar ubicaciones alternativas y concretar la ubicación idónea en sintonía con el planeamiento territorial sectorial liza a la mera iniciativa de un solicitante de autorización/ones o licencia/s para el/los terreno/s que le interese/n no es sino una hábil manera de reducir a la nada tanto la potestad discrecional del planeamiento como el régimen y garantías que deben presidir la órbita del planeamiento, no se olvide, a los efectos de la debida y puntual fijación de los Sistemas, en cuanto elementos sustanciales y determinantes del desarrollo urbano y que conforman la estructura general y orgánica del territorio."

Por todo ello, el TSJ de Cataluña estima el recurso de apelación y anula el acto recurrido.

Tribunal Supremo. La modificación del planeamiento que permite la legalización de una edificación, no constituye una causa legal que imposibilite la ejecución de la sentencia, que anuló la licencia de construcción de esa edificación por infracción del artículo 73.2 de la LS 1976, actualmente 10.2 LS 2008 (las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, norma de aplicación directa, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de este y en contradicción con el mismo). La causa legal concurriría si se ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 6214/2007

Fecha: Sentencia de 31 de marzo de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

Demandante: Particular

Demandado: Ayuntamiento de Pollença

Disposiciones analizadas: Artículo 73 LS 1976 (actualmente artículo 10.2 LS 2008)

Doctrina: La modificación del planeamiento que permite la legalización de una edificación, no constituye una causa legal que imposibilite la ejecución de la sentencia, que anuló la licencia de construcción de esa edificación por infracción del artículo 73.2 de la LS 1976, actualmente 10.2 LS 2008 (las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, norma de aplicación directa, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de este y en contradicción con el mismo). La causa legal concurriría si se ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia.

Lo que le cabe al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución es apreciar (cuando llegue el caso, si llega y si lo que llega es plenamente acomodado al ordenamiento jurídico y también, por tanto, a lo dispuesto en aquel artículo 73, o en las normas sectoriales sobre medio ambiente, o sobre protección del patrimonio histórico, etc.) si la nueva planificación u ordenación ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia y si, por ello, por no exigirle ya la restauración de la legalidad, debe considerarse concurrente, o no, una causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en los términos o a través de las actuaciones que naturalmente se derivan de su fallo

Supuesto de hecho

El Ayuntamiento de Pollença concedió una licencia para la construcción de un edificio en la confluencia de las calles Cruces y Benavista y desestimó –de forma presunta y expresa– el recurso de reposición formulado contra el acuerdo de concesión de la licencia.

Los acuerdos fueron anulados por la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de noviembre de 1993, confirmada en casación por sentencia del Tribunal Supremo, por considerarse vulnerado el artículo 108 del Plan general de ordenación urbana de Pollença que, en síntesis, en relación con las alturas de las obras de nueva construcción en la zona denominada Centro Histórico, se remitía a la “altura general de la calle”.

El recurso de casación se formula contra el auto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictó en fecha de 17 de septiembre de 2007, que declaró la existencia de causa legal de imposibilidad de ejecutar la sentencia de 11 de noviembre de 1993.

El auto recurrido establece que la causa legal de imposibilidad de ejecutar la sentencia consiste en la existencia de un acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pollença, en sesión de 4 de abril de 2002, concediendo licencia de obras de legalización adecuada a las previsiones normativas del Plan especial del Centro Histórico de Pollença.

El Tribunal Supremo estima el recurso y declara la inexistencia de causa que imposibilite ejecutar la sentencia.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo reseña que la Sala que establece la causa de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia, se fundamenta en los antecedentes del procedimiento, y destaca los siguientes:

“(…) valora las periciales de autos confrontando los dictámenes de unos peritos –que consideraban que la edificación se ajustaba al planeamiento– con el de otros, a los que la Sala da relevancia, que expresaban ‘que la vivienda de autos obstaculiza casi la totalidad del paisaje natural. No se integra en el resto del conjunto urbano del Centro Histórico y su impresionante volumetría genera un impacto del medio urbano. Existe una exagerada medida de escalonamiento, amén de (a diferencia del resto de las parcelas de la manzana en cuestión en que las construcciones se hallan escalonadas y por debajo de la rasante) superar el nivel de acera de la calle Cruces’.

“(…) cita de la doctrina contenida en la STS de 16 de junio de 1993 (sobre el artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU), y recordando un informe de la Dirección General de Cultura sobre la zona (El Calvario) de la construcción efectuada, la sentencia de instancia llega a la conclusión –que constituye su *ratio decidendi*– de la vulneración de los citados preceptos: ‘Preceptos ambos (artículo 73 del TRLS76 y 98 del RPU), que no tuvo presente la Administración municipal, en su toma de decisión. Se limitó, sin más, al examen del proyecto desde la única perspectiva de la normativa impuesta por el Plan (...) a pesar de ello, también se interpretó erróneamente el mismo’.

A tal pronunciamiento principal, la Sala de instancia añade otros dos, que ratifican el primero:

“a) En efecto, todas las viviendas ubicadas en la calle Cruces están construidas por debajo del nivel de la rasante (nivel de acera). Se crea... en la zona un concepto de escalonamiento lógico a la topografía que no incide en las visuales. No, por el contrario, acaece con la finca de Autos que sí las obstaculiza de modo palmario.

“b) Por otro lado es importante destacar que el proyecto no cumple con la altura reguladora –normas 53, 56 y 63 del P.G.O.U. de Pollença– atendida la indeterminación existente entre las calles Benavista, en subida, y las Cruces, cuyo nivel de acera no debe sobrepasarse.”

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de octubre de 1999, confirma la sentencia cuya ejecución se solicitaba, tras examinar el contenido de los apartados a) y b) del artículo 73 de la LS 1976, “(...) que ambos límites han sido sobrepasados por la casa objeto del presente proceso cuya volumetría es muy superior a la del resto de los edificios del Centro Histórico de Pollença, no se integra en el conjunto e impide la contemplación del paisaje natural.”

De lo anterior se desprende que la ilegalidad de la licencia resulta de la vulneración del artículo 73 LS 1976.

El Ayuntamiento argumenta la concurrencia de la causa legal de imposibilidad de ejecutar la sentencia, en base a los siguientes datos:

a) La aprobación –con posterioridad a los acuerdos impugnados y con anterioridad a la sentencia de instancia– del denominado Plan especial del Centro Histórico de Pollença, mediante Acuerdo de 25 de febrero de 1993 de la Comisión Insular de Urbanismo de Mallorca.

b) El Decreto del alcalde presidente del Ayuntamiento de Pollença de fecha 15 de abril de 2004, por el que se concedió a la codemandada licencia de primera utilización de la vivienda construida conforme a un proyecto de legalización y a sus modificaciones aprobados por Acuerdo de la Comisión de Gobierno del citado Ayuntamiento de 15 de abril de 2000.

En consecuencia, el Tribunal Supremo argumenta que:

“(...) en el acuerdo de legalización de las obras cuya licencia fue anulada se ha llevado a cabo un juicio o confrontación de legalidad entre el Plan Especial –de fecha posterior a los Acuerdos de concesión de las licencias y no tomado en consideración en las sentencias dictadas– y la realidad física construida, la cual, aún amparada en un nuevo proyecto acorde con el Plan Especial, sin embargo, es la misma existente y derivada de los acuerdos iniciales impugnados y anulados; sobre esta realidad no existen dudas: así lo ha certificado uno de los peritos actuantes en los autos principales y así lo ha aceptado el Auto impugnado (...)

“Esto es, se ha llevado a cabo una legalización formal de la edificación en su día indebidamente realizada, pero en modo alguno se solventa la auténtica *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, que, recordemos, no era otra que la vulneración del artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU. Como quiera que la realidad física es la misma, no consta que manteniendo tal realidad física, se legalicen, se excluyan o desaparezcan las auténticas razones de decidir que constituyen

el núcleo de la sentencia que se ejecuta.

“(...) en modo alguno pueden constituir una causa legal de inejecución de la sentencia, y ello, porque, a pesar de todo lo anterior, los efectos, causa y razones de la anulación jurisdiccional (vulneración del artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU) siguen subsistiendo y ninguna medida ha sido adoptada en el proceso de legalización tendente a evitar los perniciosos efectos que, insistimos, constituyeron, la razón de ser de la decisión judicial.”

El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia respecto del artículo 73 de la LS 1976 y del artículo 98 del Reglamento de planeamiento, según la cual estos preceptos se aplican en todo caso, existan o no planes de ordenación o normas subsidiarias o complementarias de planeamiento; son normas, ambos preceptos, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de este y contradicción con el mismo; su aplicación es directa, es decir, no precisa de desarrollo por otra disposición o acto.

El Tribunal Supremo cita de manera expresa la sentencia de 4 de mayo de 2004 en la que estableció los efectos del artículo 73 de la LS 1976 y 98 del RPU y su proyección en el momento de la ejecución de las sentencias anulatorias de licencia con base en la infracción de los mismos:

“Tal motivo no puede prosperar, pues se oponen a él las siguientes razones jurídicas:

“A) El efecto o consecuencia inherente a la anulación de la licencia por no adaptarse el edificio autorizado al ambiente en que se sitúa es, o bien su derribo, o bien su modificación externa, de suerte que la edificación que finalmente quede, si alguna fuera posible, cumpla aquella exigencia legal (la del artículo 73 de la Ley del Suelo de 1976, desarrollado en el 98 del Reglamento de Planeamiento) de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que esté situada. La ejecución de la sentencia exige, así, acometer una de esas dos actuaciones. Y acometerla con la prontitud dispuesta por el legislador en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, ya que, como se dispone en el artículo 105.1, no cabe suspender el cumplimiento del fallo.

“A este respecto, ha de decirse que poco importa que el fallo de la sentencia a ejecutar se limitara a anular el acto administrativo impugnado, sin ordenar expresamente ninguna de aquellas dos posibles actuaciones, pues es también doctrina constitucional la que integra en el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias la llamada garantía de interpretación finalista del fallo, que infiera de él todas sus naturales consecuencias. Así, en la STC número 148/1989 y en otras, como las SSTC 125/1987 (FJ 2) y 92/1988 (FJ 2).

“B) En cambio, no es efecto o consecuencia inherente a aquel pronunciamiento anulatorio una actuación consistente en la acomodación del entorno, ya que la causa o título impositivo de ésta no sería nunca el pronunciamiento jurisdiccional anulatorio de la licencia de obras, sino la decisión administrativa adoptada en el ejercicio de las potestades de planeamiento u ordenación. Si esa acomodación es jurídicamente posible, podrá surgir entonces, tras la acomodación y siempre que ésta satisfaga las exigencias del ordenamiento

jurídico, entre ellas la relativa al ejercicio no arbitrario de las potestades de planeamiento y ordenación territorial, un supuesto de imposibilidad legal de ejecución de aquella sentencia. Pero sólo entonces. (...)

“Puede traerse a colación, aquí, lo ya dicho por este Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, entre otras en su sentencia de 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996 y recordada en la de fecha 10 de diciembre de 2003 (recurso de casación número 2550 de 2001):

“(…) Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inexecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute.

“Esta conclusión (matizada y que remite la solución al examen de las circunstancias concretas en cada caso) justifica la diversidad de decisiones que este Tribunal Supremo ha adoptado, y que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inexecución de las sentencias (autos de 3 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994 y sentencia de 12 de septiembre de 1995) hasta la conclusión de que la modificación del planeamiento no es causa de inexecución (autos de 5 de abril de 1988 y de 16 de julio de 1991 y sentencia de 23 de julio de 1998).

“Esta última dice que *no es exacto que la modificación*

del planeamiento produzca una automática legalización ex post facto de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración (...)

“(…) Lo que le cabe al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución es apreciar (cuando llegue el caso, si llega y si lo que llega es plenamente acomodado al ordenamiento jurídico y también, por tanto, a lo dispuesto en aquel artículo 73, o en las normas sectoriales sobre medio ambiente, o sobre protección del Patrimonio Histórico, etc., etc.) si la nueva planificación u ordenación ha eliminado, con toda licitud, la ilegalidad que concurría en aquella licencia y sí, por ello, por no exigirlo ya la restauración de la legalidad, debe considerarse concurrente, o no, una causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en los términos o a través de las actuaciones que naturalmente se derivan de su fallo.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima el recurso, anula el auto impugnado y declara que no concurre causa de imposibilidad legal para la ejecución de la sentencia.

Tribunal Supremo. Si la actividad de depósito y venta de áridos no está prohibida legalmente en el suelo no urbanizable y el uso es admitido en el planeamiento general aplicable, no cabe denegarla por motivos paisajísticos y medioambientales cuando no hay datos objetivos en el expediente que avalen la denegación por estos motivos

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 7338/2005

Fecha: Sentencia de 12 de abril de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

Demandante: Particular

Demandado: Ayuntamiento de Telde (Gran Canaria)

Disposiciones analizadas: Artículo 9 de la Ley 5/1987, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias

Doctrina: No es suficiente en vía jurisdiccional dar por buena la afirmación que se hace en una resolución administrativa acerca de la “inadecuación paisajística y ambiental” de la actividad pretendida, y señalar que frente a esa apreciación de la Administración nada prueba la parte actora, que se ha limitado a aportar un informe no ratificado en presencia judicial, donde el perito llega a unas conclusiones basadas en la cartografía geoambiental, que en modo alguno sirven para desvirtuar los informes en los que se basa la resolución impugnada. El Tribunal no puede limitarse a hacer suyos los informes que sirvieron de base a la decisión de la Administración, cuando estos informes que se invocan en la resolución administrativa, y en la propia sentencia, no ofrecen ningún dato sobre las características del terreno y de su entorno para respaldar esa afirmación sobre la incidencia paisajística, y, sobre todo, no se hace en ellos una valoración técnica de las circunstancias concurrentes ni de las razones que conducen a la conclusión a que se llega. Se limitan tales informes, lo mismo que la resolución administrativa y que la propia sentencia, a afirmar de manera apodíctica la afectación paisajística y medioambiental de la actividad pretendida, sin dar justificación alguna de esa afirmación

Supuesto de hecho

El objeto del recurso de casación es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 15 de abril de 2005, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones administrativas que denegaron la autorización para un depósito y venta de áridos en el término municipal de Telde (Gran Canaria).

La sentencia recurrida concluye que la actividad para la que se había solicitado la autorización estaba contemplada en el artículo 9 de la Ley 5/1987, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, y que se trataba de un uso admitido en el Plan general de ordenación urbana de Telde. La única razón que lleva a la sala de instancia a considerar ajustada a Derecho la denegación de la autorización, es la referida a la inadecuada localización de la actividad desde el punto de vista paisajístico y medioambiental.

Contra esa concreta apreciación de la Sala de instancia se dirigen los dos motivos de casación.

El Tribunal Supremo estima el recurso, revoca la sentencia y anula los actos administrativos recurridos.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo afirma que la sentencia recurrida no está debidamente motivada, una vez la Sala de instancia solo aprecia un motivo para considerar ajustada a Derecho la denegación de la autorización; y lo expone en el fundamento quinto de la sentencia: la localización de la actividad era inadecuada desde el punto de vista paisajístico y medioambiental.

El Tribunal Supremo sostiene que la Sala de instancia no justifica en debida forma esta conclusión:

“(…) Sucede que la sentencia recurrida se limita a dar por buena la afirmación que se hace en la resolución administrativa impugnada acerca de la ‘inadecuación paisajística y ambiental’ de la actividad pretendida, señalando la Sala de instancia que frente a esa apreciación de la Administración ‘... nada prueba la parte actora, que se ha limitado a aportar un informe no ratificado a presencia judicial donde el perito llega a unas conclusiones basadas en la cartografía Geoambiental

que en modo alguno sirven para desvirtuar los informes en los que se basa la resolución impugnada’. En definitiva, aparte de descalificar de esa forma lacónica el informe pericial que había sido aportado por la parte actora, la sentencia se limita a hacer suyos los informes que sirvieron de base a la decisión de la Administración; pero sucede que estos informes que se invocan en la resolución administrativa, y en la propia sentencia, no ofrecen ningún dato sobre las características del terreno y de su entorno para respaldar esa afirmación sobre la incidencia paisajística, y, sobre todo, no se hace en ellos una valoración técnica de las circunstancias concurrentes ni de las razones que conducen a la conclusión a que se llega. Se limitan tales informes, lo mismo que la resolución administrativa y que la propia sentencia, a afirmar de manera apodíctica la afectación paisajística y medioambiental de la actividad pretendida, sin dar justificación alguna de esa afirmación.”

Esa falta de motivación conlleva que la sentencia recurrida debe ser casada porque “(…) en ella no se motiva ni justifica la apreciación sobre la inadecuada localización de la actividad desde el punto de vista paisajístico y medioambiental.”

El Tribunal Supremo procede a resolver el debate en los términos en que viene planteado, y entiende que la resolución administrativa que denegó la autorización debe ser anulada.

Llega a esta conclusión “(…) partiendo de la base de que, como señaló la Sala de instancia interpretando disposiciones de procedencia autonómica, la actividad para la que se solicitó la autorización está contemplada en el artículo 9 de la Ley 5/1987 de 7 de abril sobre la Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, y que, por otra parte, dicha actividad –depósito y venta de áridos– comporta un uso admitido en el Plan General de Ordenación Urbana de Telde aprobado el 16 de julio de 1986, que es el planeamiento urbanístico aplicable al caso por ser el vigente cuando se presentó la solicitud de autorización. Partiendo así de tales premisas, no puede considerarse justificada la denegación de la autorización por inadecuación paisajística o medioambiental, pues, como hemos explicado, no hay datos que avalen la denegación por este motivo.”

El Tribunal Supremo procede a estimar el recurso, revocar la sentencia y anular los actos administrativos recurridos.

Tribunal Supremo. Una Ordenanza municipal, al fijar distancias mínimas entre una determinada clase o categoría de establecimientos comerciales, desborda el ámbito de ordenación urbanística e invade el terreno propio de una regulación de la actividad comercial, materia esta para cuya reglamentación el municipio carece de atribuciones

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 7599/2005

Fecha: Sentencia de 22 de febrero de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

Demandante: Particular

Demandado: Ayuntamiento de l'Alfàs del Pi

Disposiciones analizadas: Artículos 4.1.a y 25.2 LBRL, y 40 y 49.1 de la LS 1976

Doctrina: Una Ordenanza municipal, al fijar distancias mínimas entre una determinada clase o categoría de establecimientos comerciales, desborda el ámbito de ordenación urbanística e invade el terreno propio de una regulación de la actividad comercial, materia esta para cuya reglamentación el municipio carece de atribuciones. La Ordenanza vulnera el principio de libertad de empresa y de libre establecimiento reconocido en el artículo 38 de la Constitución, pues no existe habilitación legal específica que sirva de respaldo a las restricciones que dicha Ordenanza municipal impone a la libertad de establecimiento.

Una Ordenanza municipal que altera en sentido claramente restrictivo la normativa del Plan general, debe tramitarse por el cauce procedimental previsto para la modificación del planeamiento

Supuesto de hecho

El recurso de casación se formula contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de octubre de 2005, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de l'Alfàs del Pi de 27 de noviembre de 2003, que aprobó definitivamente la "Ordenanza municipal reguladora de las actividades en establecimientos de pública concurrencia en relación con los usos del suelo".

La Ordenanza municipal, como complemento del PGOU, regula las actividades comerciales, en relación a las distancias mínimas entre una determinada clase o categoría de establecimientos públicos.

El Tribunal Supremo estima el recurso y anula la Ordenanza.

Fundamentos de Derecho

En el motivo segundo del recurso de casación, los recurrentes alegan la infracción del artículo 4.1.a LBRL, en relación con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la misma Ley y en los artículos 40 y 49.1 de la LS 1976. A partir de la afirmación de que los municipios han de ejercer sus potestades "en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas" (artículo 25.2 LBRL), los recurrentes aducen que la Ordenanza objeto de litigio viene a modificar las previsiones del planeamiento urbanístico, pero sin que tal modificación haya sido tramitada y aprobada siguiendo el procedimiento establecido al efecto, con infracción, por tanto, de lo dispuesto en el artículo 49.1 LS 1976, en cuya virtud las modificaciones de los planes urbanísticos han de sujetarse a las mismas disposiciones establecidas para su formulación.

La sentencia recurrida admite de forma expresa que la Ordenanza es una disposición urbanística de desarrollo cuya finalidad es la de "...realizar una especificación más detallada de los usos y actividades previstas en el Plan General para el casco urbano (SU 1), desarrollando el régimen establecido en las normas urbanísticas de aquél...", constituyendo, por tanto, lo que la propia sentencia denomina "...un mero desarrollo complementario por una Ordenanza de las previsiones generales urbanísticas y de actividad de un Plan General" (fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida).

En esta misma línea, la representación del Ayuntamiento de l'Alfàs del Pi alega que nos encontramos ante una Ordenanza de desarrollo urbanístico, si bien "...no se trata de una aprobación de un instrumento urbanístico sino de un desarrollo del mismo" (apartados III. Primero y III. Segundo del escrito de oposición al recurso).

La sentencia recurrida, que acepta que la Ordenanza es, en todo caso, una norma que afecta al régimen urbanístico, afirma que "(...) no contradice ni vulnera el PGOU vigente puesto que (...) se limita a realizar una especificación más detallada de los usos y actividades previstas en el Plan General para el casco urbano..."

El Tribunal Supremo, que no comparte la conclusión anterior, señala que la Ordenanza no es una mera especificación, sino que introduce una seria restricción que no viene prevista en el Plan general, en concreto: "(...) introduce la exigencia de que los establecimientos comerciales integrados en la clave C4 (supermercados y centros comerciales a partir de 300 m2 de sala de ventas) guarden entre sí una distancia mínima superior a 600 metros lineales, (*por ello*) es claro que dicha Ordenanza no es una mera especificación sino que introduce una seria restricción que no viene prevista en el Plan General." (La cursiva es nuestra.)

La conclusión para el Tribunal Supremo es que:

"(...) alterada en sentido claramente restrictivo, la normativa del Plan General, es obligado entender que dicha innovación no podía hacerse sino por el cauce procedimental previsto para la modificación del planeamiento (artículo 49.1 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y, en el mismo sentido, artículo 55.1 de la Ley Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística).

"A la anterior conclusión no se opone lo dispuesto en los preceptos de la legislación de régimen local relativos a la potestad reglamentaria de los municipios (artículos 4.1.a/ y 84.1.a/ LBRL), ni la norma que específicamente les atribuye competencias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2.d de la misma Ley de Bases), pues tales atribuciones han de ser ejercidas 'en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas' (artículo 25.2 LBRL), lo que obliga a respetar las normas de procedimiento y de competencia que sean de aplicación según el tipo de ordenación de que se trate."

El Tribunal Supremo examina también si la Ordenanza controvertida, además de suponer una alteración del Plan general realizada por vía inadecuada, alberga también una regulación de la actividad comercial que no tiene cabida dentro de las atribuciones del Ayuntamiento.

Para el Tribunal Supremo, la Ordenanza recurrida no es una regulación urbanística que, como otras de esa índole, puede tener alguna incidencia en el ejercicio de la actividad comercial; "(...) se trata de una reglamentación que, al fijar distancias mínimas entre una determinada clase o categoría de establecimientos comerciales, desborda el ámbito de ordenación urbanística e invade el terreno propio de una regulación de la actividad comercial, materia ésta para cuya reglamentación el Municipio carece de atribuciones. En efecto, ninguno de los preceptos constitucionales y legales que invoca la sentencia ofrece un contenido o mandato específico en el que pueda sustentarse la competencia del Ayuntamiento para regular la actividad comercial. Tal atribución competencial tampoco encuentra encaje en ninguno de apartados del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. En fin, no cabe considerarla amparada en la previsión general de que 'el Municipio (...) puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal', pues ya quedó señalado que el artículo 25.1 de la citada Ley de Bases del Régimen Local hace esa amplia formulación para que el Municipio pueda hacer uso de ella en el ámbito de sus competencias."

El Tribunal Supremo, para argumentar lo anterior, se remite a su sentencia de 7 de julio de 1999 (casación 5486/1993):

"(...) Ciertamente que el artículo 84 LBRL permite a las Entidades Locales intervenir en la actividad de los ciudadanos por medio de Ordenanzas y Bandos; pero también

lo es que en el apartado 2 de dicho precepto se establece que dicha intervención habrá de acomodarse a determinados postulados, tendentes todos ellos a garantizar el respeto a la libertad individual, y también que la misma no puede contravenir lo estatuido en otros órdenes normativos superiores. Para expresarlo con la frase contenida en la Sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1992, la autonomía municipal es una 'autonomía en blanco', aunque de menor entidad que la estatal y la de las Comunidades Autónomas, a cuyas potestades se encuentra subordinada, máxime en todos aquellos campos que excedan de las competencias propias y específicas del Ente Local correspondiente, y en las que se limita a compartir con las últimamente mencionadas la facultad de gestionar y ordenar las actividades correspondientes sin poder extravasar el límite de la potestad compartida que le ha sido señalado, como ocurre con la protección del medio ambiente y la política de emplazamiento de las actividades clasificadas, motivaciones éstas que alega en defensa del recurso de casación..."

El Tribunal Supremo establece finalmente que: "(...) en la línea de lo declarado en las sentencias que se invocan en el motivo sexto de casación –sentencias de 22 de marzo de 1988, 15 de junio de 1992 y 31 de enero de 2001– así como en otras dictadas con posterioridad –sentencias de 11 de mayo de 2005 (casación 6375/01) y 5 de julio de 2006 (casación 10384/03)– debemos concluir que la Ordenanza que es objeto de la presente controversia vulnera el principio de libertad de empresa y de libre establecimiento reconocido en el artículo 38 de la Constitución, pues no existe habilitación legal específica que sirva de respaldo a las restricciones que dicha Ordenanza municipal impone a la libertad de establecimiento."

El Tribunal Supremo estima el recurso y anula la Ordenanza.

E) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Asturias. No es uniforme ni unánime la jurisprudencia de las audiencias provinciales respecto a la jurisdicción competente, en materia de reclamaciones por daños en vehículos estacionados en aparcamientos que gestiona AENA o por sustracciones de los mismos o de objetos en su interior

Órgano: Audiencia Provincial de Asturias. Sala de lo Civil. Sección 1ª. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 393/2009

Resolución: Auto núm. 5/2010

Fecha: 13 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas

Demandante: Particulares

Demandados: AENA

Disposiciones analizadas: Real decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea

Doctrina: No es uniforme ni unánime la jurisprudencia de las audiencias provinciales respecto a la jurisdicción competente, en materia de reclamaciones por daños en vehículos estacionados en aparcamientos que gestiona AENA o por sustracciones de los mismos o de objetos en su interior.

El cobro de la tasa en el aparcamiento del aeropuerto es un supuesto de actuación de AENA en el ejercicio de sus funciones públicas, sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa

Supuesto de hecho

El Juzgado de primera instancia de Oviedo, en juicio verbal, estima la declinatoria por falta de competencia objetiva del Tribunal para conocer del asunto relativo al pago de la tasa de aparcamiento por extravío del tique en el aeropuerto de Asturias, y establece que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

La demandante interpuso recurso de apelación en el que se sostiene la jurisdicción civil, y la Audiencia lo desestima.

Fundamentos de Derecho

El razonamiento de la Audiencia tiene como punto de partida que:

– AENA es entidad de Derecho público, de las previstas en el núm. 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley general presupuestaria (Real decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea).

– La explotación de los aparcamientos de los aeropuertos entraría en la previsión del artículo 1.2 de su Estatuto cuando señala que: “su objeto será la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas”, y

– en el ejercicio de sus actividades se regirá por el ordenamiento jurídico civil, mercantil y laboral, ajustándose, cuando actúe en el ejercicio de sus funciones públicas, a las disposiciones de Derecho público que le sean de aplicación.

La Audiencia examina las resoluciones de otras audiencias provinciales, dictadas sobre supuestos distintos del que es objeto de este litigio, en concreto en materia de reclamaciones por daños en vehículos estacionados o por sustracciones de los mismos o de objetos en su interior.

Señala que, en materia de responsabilidad patrimonial: “(...) Efectivamente podemos encontrar diversas resoluciones de las Audiencias provinciales que, tras resolver la cuestión de la competencia entre la jurisdicción civil y la contenciosa, terminan por decidir en favor de la primera y resolver el litigio; así siguen este criterio el Auto de la AP de Valencia, Sección 7ª, de 25 febrero de 2008, que se basa en que la explotación del ‘parking’ del Aeropuerto no constituye una actividad administrativa sino puramente privada, o el Auto de la AP Madrid, sección 11ª, del 27 de Diciembre del 2007 que cita las Sentencias de la Sección 14ª de la AP de Madrid de 21 de octubre de 2005 y de la Sección 1ª de la AP de Barcelona de 8 de noviembre de 1999, que

también establecen la competencia de la jurisdicción civil en reclamaciones efectuadas a un organismo público cuando ejerce actividad exclusivamente privada, criterio también seguido por la SAP Barcelona, Sección 1ª, de 12 de Mayo del 2000.”

Advierte a su vez de que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración frente a AENA, también existen resoluciones de audiencias provinciales que entienden que la competencia pertenece a la jurisdicción contenciosa: “(...) el Auto de la Audiencia Provincial de Bizcaia, Sección 5ª, de 25 de marzo de 2004 o la Sentencia de la Audiencia de Valencia, Sección 6ª, de 30 de Diciembre de 2002”. Asimismo, también pueden encontrarse resoluciones en similar sentido en la jurisdicción contencioso-administrativa: “(...) la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 8ª, de 30 de Junio de 2001, que justifica su competencia en que ‘la actuación que desarrolla AENA al gestionar y explotar los aparcamientos del Aeropuerto, instalados en terrenos de dominio público, puede ser considerada como una actividad prestacional de la Administración enmarcada dentro del ámbito de la explotación y gestión de los servicios de tránsito aéreo, como servicio auxiliar de éste o, en otras palabras, una prestación singularizada de un servicio público. El criterio seguido por estas últimas resoluciones es compartido por esta Sala pues como hemos señalado en la sentencia de 22 de abril de 2009, en materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración y tras diversas reformas legales, la última por L. O. 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica el art. 9.4 LOPJ’, sólo es procedente acudir a la vía civil cuando se ejercite exclusivamente la acción directa contra la aseguradora.”

Una vez referida la posición de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial por daños causados en los aparcamientos que gestiona AENA, afronta el objeto del litigio: la jurisdicción competente en los conflictos generados por la aplicación de la tasa por utilización del dominio público.

En este punto la Audiencia afirma que: “(...) nos hallamos ante un supuesto de actuación de AENA en el ejercicio de sus funciones públicas.”

El razonamiento es como sigue:

“(...) el cobro de la tasa en el aparcamiento del aeropuerto se regula por la Ley 25/1998, de 13 julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, dentro de cuya Sección II se regula la Tasa por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario, constituyendo, según el art. 4, el hecho

imponible, 'la utilización del dominio público aeroportuario y la prestación por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea de los servicios inherentes a dicha utilización en los términos que se especifican para las siguientes tarifas: C) La utilización de las zonas de aparcamiento de vehículos establecidas en los aeropuertos, explotadas directamente por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (tarifa B.2).'

"Finalmente en el art. 9 bis Dos, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 30/2005, y en el último párrafo de la tarifa B.2 se dice que 'en caso de pérdida de tique en cualquier tipo de aparcamiento de pago, el usuario abonará la estancia de cinco días, conforme a la cuantía máxima diaria hasta cuatro días para el aparcamiento general, excepto si se acreditase la estancia real

del vehículo, en cuyo caso se liquidará esta última en función de la estancia real'."

Tal planteamiento, señala la Audiencia, "debe llevar a resolver la cuestión de competencia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiendo comprobar cómo un supuesto similar al presente fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, sección 7ª, de 21 de Mayo del 2007, en relación a una reclamación efectuada por un particular que había estacionado su vehículo en el aparcamiento situado en el aeropuerto de Jerez de la Frontera y que al proceder a retirarlo se dio cuenta de que había perdido el tique que justificaba la entrada y hora en el citado aparcamiento, por lo que tuvo que abonar el importe equivalente a cinco días de estancia en el mismo."

Audiencia Provincial de Barcelona. El fuero propio de los entes administrativos, en una reclamación de responsabilidad patrimonial, arrastra siempre a su asegurador de responsabilidad civil hacia el orden contencioso, salvo que el perjudicado prefiera dirigirse únicamente –y el artículo 76 LCS le autoriza a ello– contra el asegurador privado, en cuyo caso renace la competencia jurisdiccional natural de esa clase de personas jurídicas, esto es, el orden jurisdiccional civil

Órgano: Audiencia Provincial de Barcelona. Sala de lo Civil (Sección 16ª). Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 408/2009

Resolución: Sentencia núm. 207/2010

Fecha: 16 de abril de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

Demandante: Particulares

Demandados: Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros a Prima Fija

Disposiciones analizadas: Artículo 9.4, II, último inciso LOPJ y artículo 21 LJCA

Doctrina: El fuero propio de los entes administrativos, en una reclamación de responsabilidad patrimonial, arrastra siempre a su asegurador de responsabilidad civil hacia el orden contencioso, salvo que el perjudicado prefiera dirigirse únicamente –y el artículo 76 LCS le autoriza a ello– contra el asegurador privado, en cuyo caso renace la competencia jurisdiccional natural de esa clase de personas jurídicas, esto es, el orden jurisdiccional civil.

No concurre fraude de ley alguno del perjudicado al escoger la vía civil para la reclamación del resarcimiento de un daño corporal o moral derivado de la actuación de unos facultativos empleados en la red asistencial pública. Esa perspectiva de la cuestión podría ser atendida si el legislador hubiese proclamado que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ventilarse en todo caso ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la acción se dirija contra el asegurador privado de los entes públicos o contra los empleados de estos últimos. Pero ya se ha visto que el legislador no ha establecido ese designio, sino que implícitamente autoriza el "derecho de opción" del perjudicado

Supuesto de hecho

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 56 de Barcelona, en autos de juicio ordinario dictó sentencia en la que condenó a Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros a Prima Fija a pagar 487.171,98 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda y las costas del proceso, al estimar una acción de un particular de resarcimiento patrimonial de los daños y perjuicios padecidos

a causa de la negligencia asistencial en el tratamiento del traumatismo al caerse de su motocicleta, en los hospitales generales de Manresa y l'Hospitalet de Llobregat, todos ellos incluidos en la póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita por el Servei Català de la Salut con la compañía Zurich.

La compañía de seguros formula recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona rechaza la incompetencia de jurisdicción, pero lo estima en parte.

Fundamentos de Derecho

El apelante sostiene que la cuestión controvertida ha de ser sustanciada ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que versa sobre un supuesto de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Dicha cuestión fue planteada ante el órgano de primera instancia por medio de la correspondiente declinatoria (artículo 63 LEC), y resuelta por el Juzgado en sentido contrario a lo postulado por Zurich, por medio de auto de fecha seis de febrero de 2008.

Al reiterar la alegación en vía de apelación la Audiencia afirma que la decisión acerca de la falta de jurisdicción denunciada debe ser desestimatoria. Argumenta lo que sigue:

“En efecto, la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) efectuada por medio de la Ley Orgánica 19/03 reafirmó la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento de las acciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, subrayando que ese fuero concurre aunque sean demandados también sujetos de derecho privado a los que se reputa corresponsables del daño, pero matizando que en el supuesto de que la acción del perjudicado se dirija directamente contra el asegurador de la Administración, la competencia de los tribunales contenciosos sólo se mantiene si se demanda a dicho asegurador ‘junto a la Administración respectiva’ (art. 9.4, II, último inciso).

“Lo que se complementa con la afirmación contenida en el artículo 21.1 LJCA, conforme al cual en el lado pasivo de los litigios de esa índole debe concurrir inexcusablemente una Administración pública, de tal modo que los aseguradores privados de ésta ocupan siempre la posición de litisconsorte, ya que ‘siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren’.

“En otras palabras: el fuero propio de los entes administrativos en una reclamación de responsabilidad patrimonial arrastra siempre a su asegurador de responsabilidad

civil hacia el orden contencioso, salvo que el perjudicado prefiera dirigirse únicamente –y el artículo 76 LCS le autoriza a ello– contra el asegurador privado, en cuyo caso renace la competencia jurisdiccional natural de esa clase de personas jurídicas, esto es, el orden jurisdiccional civil.

“Ello no obsta para que en el litigio civil en que se reclame la indemnización correspondiente fundada en el contrato de seguro que vincule al asegurador demandado con el ente público causante del daño o perjuicio resarcible o con los profesionales a su servicio, pueda ser analizada sin restricción alguna la actuación del organismo público o de sus dependientes en que descansa la petición del perjudicado, no en vano la acción directa del perjudicado ex art. 76 LCS es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (por ejemplo, por falta de comunicación del siniestro), pero no a las excepciones de fondo relativas al desarrollo del hecho lesivo que pueda invocar el asegurador demandado.

“De otra parte, tampoco se aprecia fraude de ley alguno en que pudiera haber incurrido el perjudicado al escoger la vía civil para la reclamación del resarcimiento de un daño corporal o moral derivado de la actuación de unos facultativos empleados en la red asistencial pública. Esa perspectiva de la cuestión podría ser atendida si el legislador hubiese proclamado que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ventilarse en todo caso ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la acción se dirija contra el asegurador privado de los entes públicos o contra los empleados de estos últimos. Pero ya se ha visto que el legislador no ha establecido ese designio, sino que implícitamente autoriza el ‘derecho de opción’ del perjudicado que el asegurador aquí apelante considera inadmisibles.”

La Audiencia, en lo que aquí interesa, sostiene la competencia de la jurisdicción civil, sin perjuicio de modificar la cuantía de la indemnización y revocar en ese punto la sentencia apelada.

Audiencia Provincial de Barcelona. La actividad de apartamentos turísticos, es una actividad de explotación hotelera del alquiler por días como departamento turístico, que se inserta en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado. Es un “uso excesivo” de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial. El cambio de destino a apartamentos turísticos debería entrañar, necesariamente, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, a fin de reajustar las cuotas de participación en los gastos comunes correspondientes a todos los copropietarios

Órgano: Audiencia Provincial de Barcelona. Sala de lo Civil (Sección 17ª). Jurisdicción civil

Resolución: Sentencia núm. 207/2010

Fecha: 16 de abril de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ballester Llopis

Demandante: Particulares

Demandados: Particulares

Disposiciones analizadas: Artículo 553-47 Código civil de Cataluña

Doctrina: Es constante la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos, porque no se trata de que un local o una vivienda cambien de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, "uso excesivo" de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial (STS de 22/11/2008); el cambio de destino de local comercial a apartamentos turísticos debería entrañar, necesariamente, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, a fin de reajustar las cuotas de participación en los gastos comunes correspondientes a todos los copropietarios (SAP Murcia 23/2007)

Supuesto de hecho

Diversos propietarios de un edificio sito en la ciudad de Barcelona se dirigen contra los diez propietarios cuyos pisos se destinan al negocio del apartamento turístico arrendado por días, para el cese de dicha actividad. La sentencia de primera instancia desestima la demanda.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima.

Fundamentos de Derecho

La Audiencia señala y refiere la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos por tratarse de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado. Establece que:

"Es constante la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos, porque no se trata de que un local o una vivienda cambien de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, 'uso excesivo' de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial (STS de 22/11/2008); el cambio de destino de local comercial a apartamentos turísticos debería entrañar, necesariamente, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, a fin de reajustar las cuotas de participación en los gastos comunes correspondientes a todos los copropietarios, (SAP Murcia 23/2007). El art. 553-47 CCC dispone: 'Los propietarios y ocupantes de pisos o locales no pueden llevar a cabo, en el elemento privativo o en el resto del inmueble, actividades que los estatutos prohíban, que sean perjudiciales para las fincas o que vayan en contra de las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas'."

Para la Audiencia, al aplicar las pautas normativas y jurisprudenciales al supuesto de autos, debe estimarse la pretensión actora, de acuerdo con las siguientes premisas de conclusión:

"A) El testigo Don Conrado, Administrador de la Comunidad, manifiesta: a) que los vecinos se quejan: 1) de trasiego

de mucha gente; 2) mal uso del ascensor y de la puerta de entrada; 3) ruidos; 4) jaleos por la noche; 5) actuaciones incívicas; 6) que no se daba el tratamiento adecuado a la basura; b) que cuando el dicente ha estado en la finca, ha visto en alguna ocasión gente esperando en el vestíbulo; c) que el ascensor ha tenido que ser reparado con frecuencia porque se ha abusado como consecuencia de exceso de carga; ha habido problemas de vandalismo: los paneles de madera estaban rotos a consecuencia de patadas y se ha tenido que colocar una protección de hierro; también ha habido rayaduras, ha habido un exceso de incidencias no habituales; d) que también ha habido robos.

"B) El testigo Don Leandro, que se ocupa del mantenimiento de la escalera manifiesta: a) que hay un movimiento importante de turistas; b) que dejan las bolsas de basura en el vestíbulo, en el ascensor o en cualquier sitio del edificio; c) que los turistas han subido al ascensor con exceso de carga y se ha parado el ascensor; d) que dentro de la cabina han producido rayas y desperfectos y han dado golpes; e) que oyó a los vecinos decir que los turistas habían forzado algunas puertas de los rellanos.

"C) La testigo Adriana manifiesta: a) que estuvo viviendo en el edificio en concepto de arrendataria; b) que se encontró una persona dormida en el rellano; c) las puertas abiertas y las toallas fuera como si fuese un hotel; d) que tuvo filtraciones de agua porque en uno de los departamentos turísticos se dejaron abierto el grifo de la bañera; e) en el 'hall' había pintadas; f) se dejaban abierta la puerta del 'hall'; g) que llamaban a otros pisos para que se les abriera una puerta; h) que lo de los ruidos y fiestas era habitual.

"D) La testigo Doña Inocencia, vecina, manifiesta que su piso está en un rellano donde los otros tres pisos son turísticos y que los problemas que ha tenido son: a) que llamaron muchas veces; b) que la gente ésta bebía, pegan patadas a las puertas, ha habido robos, dejan en la escalera botellas, preservativos, restos de comidas.

"E) El testigo Don Jesús María, que ha vivido en la finca manifiesta lo mismo que dicen los otros testigos."

La Audiencia, por tanto, revoca la sentencia apelada y dicta otra en su lugar por la que declara que la actividad desarrollada por los demandados en el edificio es molesta e incómoda, y además es contraria a los estatutos y en

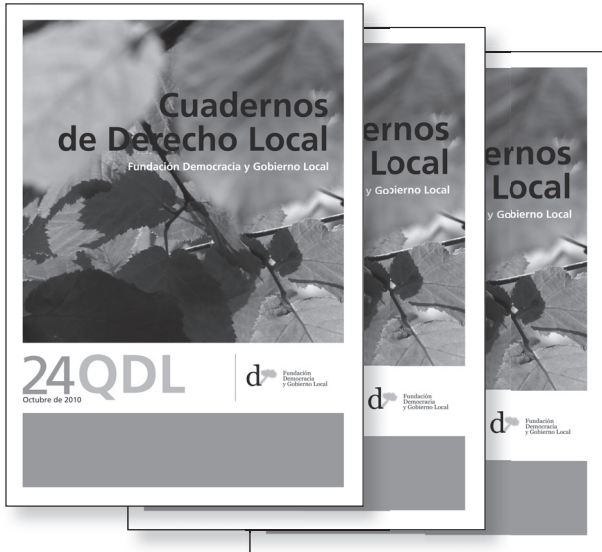


consecuencia se declara prohibida; se declara el cese de la actividad de explotación hotelera del alquiler por días como departamento turístico que se lleva a cabo en las viviendas de los demandados, con extinción, en su caso, del contrato de arrendamiento o de gestión que tengan los demandados propietarios de las viviendas con el code-mandado Friendly Rentas S.L.





3 números al año



suscripciones

Última edición: junio 2010



**QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €**

**QDL
Anual (3 números)
38 €**

**Anuario del
Gobierno Local
55 €**

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414
Fax: 913 103 499
Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

*Nombre: Profesión:
*Entidad: *CIF/NIF:
*Dirección: *Población: *Provincia: *C.P.:
Mail: *Teléfono: Fax:

Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: Sucursal: Localidad:

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

| CÓDIGO CUENTA BANCARIA | | | |
|------------------------|---------|------|------------|
| ENTIDAD | OFICINA | D.C. | N.º CUENTA |
| | | | |

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org

Fundación Democracia y Gobierno Local

| | | | | |
|--|--|---|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> :: La Fundación (FDGL) Presentación Órganos de Gobierno Directorio :: Publicaciones de la FDGL Cuadernos de Derecho Local Anuario del Gobierno Local Anuario Económico Local Monografías Revista Democracia y Gobierno Local Colección Documentos e Informes (D+I) Publicaciones on-line :: Cursos, seminarios y otras actividades de la FDGL Próximos Realizados :: Grupos de trabajo :: Otras actividades de interés :: Normas de Régimen Local Presentación y ayuda Acceso directo :: Base de ordenanzas locales Presentación y ayuda Acceso a la base :: Base de informes jurídicos Acceso a la base :: Enlaces de interés Acceso a enlaces :: Agenda Ver agenda | <div style="text-align: center;"> <p>Estudios Seminarios Publicaciones Investigación Formación Asesoría Documentación Asistencia Cooperación</p> </div> <p style="text-align: center; font-style: italic;">Diputaciones Diputacions Diputazioak Deputacions • Cabildos Insulares Cabildos Insulars Irlako Kabildo • Consejos Insulares Consells Insulars Irlako Kontseiluak Consellos Insulares • Ayuntamientos Ajuntaments Udalak Concellos</p> <div style="border: 1px solid #ccc; padding: 5px; margin: 10px 0;"> Noticia • haga click aquí </div> <table border="0" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;"> Madrid General Castaños, 4, 2º 28004 Madrid Tel. 917 020 414 Fax 913 103 499 fund@gobiernolocal.org </td> <td style="width: 50%; text-align: center;"> Barcelona Rambla de Catalunya, 126 08008 Barcelona Tel. 934 022 244 Fax 934 022 292 fund@gobiernolocal.org </td> </tr> </table> | Madrid General Castaños, 4, 2º 28004 Madrid Tel. 917 020 414 Fax 913 103 499 fund@gobiernolocal.org | Barcelona Rambla de Catalunya, 126 08008 Barcelona Tel. 934 022 244 Fax 934 022 292 fund@gobiernolocal.org | <div style="text-align: center; font-weight: bold;">● Patrones</div> <ul style="list-style-type: none"> ● Diputació de Barcelona ● Deputación da Coruña ● Diputación de Alicante ● Diputación de Badajoz ● Diputación de Cáceres ● Diputació de Girona ● Cabildo de Gran Canaria ● Diputación de Granada ● Diputación de Guadalajara ● Diputación de Huesca ● Deputación de Lugo ● Consell Insular de Mallorca ● Consell Insular de Menorca ● Deputación de Ourense ● Deputación de Pontevedra ● Diputación de Sevilla ● Cabildo de Tenerife ● Diputación de Toledo ● Diputación de Zaragoza <div style="text-align: center; font-weight: bold;">● Actualidad</div> <p style="text-align: center;">16/11/2010</p> <p style="text-align: center;">Comunidad Foral de Navarra...</p> <p style="text-align: center;">● ver más</p> <p style="text-align: center;">16/11/2010</p> <p style="text-align: center; font-size: 0.8em;">Acuerdo para impulsar la acción de los Gobiernos Locales Intermedios en Europa, a través de CEPLI...</p> <p style="text-align: center;">● ver más</p> <p style="text-align: center;">● ver todas</p> |
| Madrid General Castaños, 4, 2º 28004 Madrid Tel. 917 020 414 Fax 913 103 499 fund@gobiernolocal.org | Barcelona Rambla de Catalunya, 126 08008 Barcelona Tel. 934 022 244 Fax 934 022 292 fund@gobiernolocal.org | | | |

Si desea recibir AVISO de nuevas actividades [pulse aquí](#)

Para darse de baja [pulse aquí](#)



www.gobiernolocal.org

d Fundación
Democracia
y Gobierno Local

