

Junio de 2014



# Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL

d Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local



35 Junio de 2014  
**Cuadernos  
de Derecho Local**

### Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*  
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*  
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*  
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*  
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*  
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*  
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*  
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*  
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*  
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*  
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*  
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*  
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*  
Eduardo García de Enterría, *U. Complutense (†)*  
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*  
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*  
Jesús Leguina Villa, *U. de Alcalá*  
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*  
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*  
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*  
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*  
Luis Ortega Álvarez, *Tribunal Constitucional*  
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*  
Francisco Rubio Llorente, *expresidente del Consejo de Estado*  
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*  
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*  
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

### Consejo de Redacción

Presidenta: Maria Dolors Batalla i Nogués, *Fundación Democracia y Gobierno Local*  
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*  
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*  
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *TSJ Madrid*  
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*  
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*  
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*  
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*  
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

### Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

La Revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

### Edición

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

Velázquez, 90, 4º  
28006 Madrid

### Producción

RALI, S.A.

### Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

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

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en la Base de datos nacional ISOC, que cuenta con un sistema de selección de publicaciones basado en normas internacionalmente reconocidas.



### **Estudios**

- 7 *La planta local a pequeña escala: municipios y entidades locales menores*  
Marcos Almeida Cerredá
- 27 *Mercado interior europeo y Gobiernos locales en Francia*  
Gilles J. Guglielmi
- 39 *¿Tienen los parlamentarios autonómicos catalanes derecho al acceso directo a la información que obra en poder de una entidad local?*  
Miguel Pérez-Moneo y Marc Vilalta Reixach
- 62 *Jornada y tiempo de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones locales: hacia una gestión flexible*  
Susana Rodríguez Escanciano

### **Ponencias, crónicas y notas**

- 97 *El derecho a la ciudad*  
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
- 104 *El control de la legalidad por el concejal disidente*  
José Enrique Candela Talavero
- 121 *Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal*  
Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urries
- 140 *La función interventora y las cláusulas de garantía de pagos por las comunidades autónomas en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*  
José Manuel Pardellas Rivera
- 175 *Delitos contra la Administración Pública*  
José M.º Romero de Tejada Gómez
- 183 *La imposibilidad de ejecución material y jurídica de las sentencias firmes contencioso-administrativas en materia de urbanismo. Una visión desde la conflictividad contencioso-administrativa en Cataluña*  
Manuel Táboas Bentanachs

### **Jurisprudencia**

- 239 *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, de 30 de mayo de 2014, dictada en recurso de casación en interés de la ley núm. 2362/2013, interpuesto por el abogado del Estado, siguiendo instrucciones de la Abogacía General del Estado y de la Dirección General del Catastro, contra la Sentencia dictada el día 26 de marzo de 2013 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en recurso contencioso-administrativo sobre calificación catastral del suelo urbanizable sectorizado sin instrumento urbanístico de desarrollo, a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles*  
Jesús María Calderón González

### **Noticias bibliográficas**

- 259 *Noticias bibliográficas*  
Antonio Descalzo González

35<sub>QDL</sub>

**Estudios**





---

# La planta local a pequeña escala: municipios y entidades locales menores\*

Marcos Almeida Cerredá

Profesor contratado doctor de la Universidad de Santiago de Compostela

## 1. Introducción

## 2. La regulación contenida en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)

### 2.1. Sobre la planta municipal

2.1.1. Las novedades en materia de creación y supresión de municipios

2.1.2. Las innovaciones en materia de fusión de municipios

2.1.2.1. Respecto del impulso de los procedimientos de unión

2.1.2.2. Respecto de la articulación de los procedimientos de agregación

2.1.2.2.1. El encaje sistémico de los convenios de fusión

2.1.2.2.2. El régimen de los convenios de fusión

2.1.2.2.2.1. Los requisitos para proceder a la suscripción de los convenios de fusión

2.1.2.2.2.2. Las consecuencias jurídico-organizativas de la aplicación de los convenios de fusión

2.1.2.2.2.3. Las obligaciones derivadas de la adopción de los convenios de fusión

2.1.2.2.2.4. Las garantías económicas y financieras que proporcionan los convenios de fusión

2.1.2.2.2.5. Las ventajas jurídicas, económicas y financieras que ofrecen los convenios de fusión

2.1.2.2.2.6. Las servidumbres que comportan los procesos de unión

2.2. Sobre las entidades locales menores y su mapa

2.2.1. El cambio de la naturaleza jurídica de las entidades locales menores

2.2.1.1. La nueva ordenación básica

2.2.1.2. El régimen transitorio

2.2.2. El impulso de la disolución de las entidades locales menores preexistentes

## 3. Análisis crítico de la normativa comprendida en la LRSAL

### 3.1. Sobre la planta municipal

3.1.1. Desde la perspectiva de la distribución competencial

3.1.2. Desde la perspectiva de la mejora de la regulación

3.1.2.1. La ordenación de la creación y supresión de municipios

3.1.2.2. La disciplina de los convenios de fusión y de las medidas de fomento de las uniones de municipios

---

Artículo recibido el 31/03/2014; aceptado el 19/05/2014.

\* Este trabajo se ha realizado en el marco de la Ayuda para Grupos de Investigación de Potencial Crecimiento (CN2012/038), concedida por la Consejería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia al Grupo de Investigación en Derecho de las Administraciones y Entidades del Sector Público (DAESP).

En él se han empleado las siguientes abreviaturas: BOCG, Boletín Oficial de las Cortes Generales; CE, Constitución española; *cfr.*, *confere*; *cit.*, citado; *coord.*, coordinador; *dir.*, director; *dirs.*, directores; LALGA, Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración Local de Galicia; LBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LOEPSF, Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; LOREG, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; LRSAL, Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; núm., número; p., página; pp., páginas; ROF, Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; RPDT, Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales; TRLHL, 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; TRRL, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local; *ss.*, siguientes; *vid.*, *videre*.

- 3.1.2.2.1. Aspectos problemáticos relacionados con la autonomía local
- 3.1.2.2.2. Aspectos problemáticos relacionados con la democracia local
- 3.1.2.2.3. Aspectos problemáticos relacionados con la buena gestión local
- 3.1.2.3. La reglamentación de las fusiones derivadas de la obligación de formular un plan económico-financiero
- 3.1.2.4. La indeterminación del ámbito de las disposiciones tendentes a fomentar las uniones voluntarias de municipios
- 3.2. Sobre las entidades locales menores y su mapa
  - 3.2.1. Desde la perspectiva de la distribución competencial
  - 3.2.2. Desde la perspectiva de la mejora de la regulación
    - 3.2.2.1. De los nuevos entes de ámbito territorial inferior al municipio
      - 3.2.2.1.1. Una posible justificación para la aprobación de una regulación específica para los nuevos entes de ámbito territorial inferior al municipio
      - 3.2.2.1.2. La indeterminación de los requisitos para la creación de entes de ámbito territorial inferior al municipio
      - 3.2.2.1.3. Las inconcreciones del procedimiento de institución de los entes de ámbito territorial inferior al municipio
    - 3.2.2.2. De la disolución de las entidades locales menores preexistentes
      - 3.2.2.2.1. El carácter desproporcionado de la medida de supresión de las entidades locales menores preexistentes
      - 3.2.2.2.2. Las carencias del procedimiento de extinción de las entidades locales menores preexistentes

## Resumen

En el presente trabajo, por un lado, se trata de exponer, sintética y sistemáticamente, las principales novedades que, tanto en el campo de la creación, supresión y fusión de municipios, como en el ámbito de la regulación y ordenación de las entidades locales menores, incorpora la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y, por otro lado, se procura ofrecer una valoración crítica de dicha disciplina, no solo desde el punto de vista de su adecuación al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen local, sino también desde la óptica de su calidad normativa y de su razonabilidad. Esencialmente, en este último aspecto, tal evaluación se intenta realizar teniendo en cuenta el grado de cumplimiento de los principios rectores de los modernos ordenamientos locales que permite la antedicha reglamentación.

Palabras clave: *creación, supresión y fusión de municipios; reordenación de las entidades locales menores.*

## *Local entities in a small-scale: municipalities and small local entities*

### **Abstract**

*This article pursues to describe briefly and systematically the new developments of Law 27/2013, of 27 of December, on rationalization and sustainability of Local Administration, regarding the creation, elimination and merger of municipalities and the regulation of small local entities. Moreover, the article offers a critical assessment of the law from the standpoint of both the system of distribution of competences between the State and the Autonomous Communities in local law and the quality of the law and its reasonableness. Basically, the latter is addressed taking into account the compliance with the principles of modern local law.*

Keywords: *creation, elimination and merger of municipalities; reordering of small local entities.*

## 1. Introducción

La LRSAL, pese a que parecía que la idea se había descartado durante su proceso de gestación, finalmente, incluye en su articulado un conjunto de medidas encaminadas a lograr la modificación de la planta local municipal e inframunicipal de nuestro país.

Así las cosas, en el presente trabajo, por un lado, se tratará de exponer las principales novedades que, tanto en el campo de la creación, supresión y fusión de municipios, como en el ámbito de la regulación y ordenación de las entidades locales menores, introduce la citada Ley, y, por otro lado, se procurará ofrecer una valoración crítica de dicha disciplina, no solo desde el punto de vista de su adecuación al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen local, sino también desde la óptica de su calidad normativa y de su razonabilidad. Esencialmente, en este último aspecto, tal evaluación se intentará realizar teniendo en cuenta el grado de cumplimiento de los principios rectores de los modernos ordenamientos locales que permite la antedicha reglamentación.

## 2. La regulación contenida en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)

### 2.1. Sobre la planta municipal

#### 2.1.1. Las novedades en materia de creación y supresión de municipios

La LRSAL, en su artículo primero.cinco, introduce dos importantes cambios en la ordenación básica sobre institución y eliminación de municipios incluida en el artículo 13 de la LBRL. En primer lugar, desde el punto de vista procedimental, exige que, en todo proceso de creación o supresión de ayuntamientos, así como en

los procedimientos de alteración de términos municipales, se solicite un informe de la Administración que ejerza la tutela financiera<sup>1</sup>. Y, en segundo lugar, desde el punto de vista sustantivo, incorpora dos nuevos requerimientos para que se pueda proceder a la creación de ayuntamientos. Así, por una parte, reclama que dicha fundación se realice sobre la base de núcleos de población de al menos 5000 habitantes, y, por otra parte, que los municipios resultantes sean financieramente sostenibles<sup>2</sup>. Este último requisito ha de ser interpretado a la luz del artículo 4.2 de la LOEPSF, de modo que se podrá considerar que un ayuntamiento es financieramente sostenible cuando sea capaz de costear los compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial.

#### 2.1.2. Las innovaciones en materia de fusión de municipios

##### 2.1.2.1. Respeto del impulso de los procedimientos de unión

La LRSAL, de modo indirecto, intenta imponer el recurso a la agrupación, tanto a aquellos municipios que se vean obligados a formular un plan económico-financiero, como a los municipios más pequeños. En el primer caso, la exigencia derivará de la aplicación del nuevo artículo 116 bis.2.f de la LBRL, el cual dispone que el mencionado plan ha de incluir, necesariamente, una propuesta de agregación de tales ayuntamientos con otro colindante; mientras que, en el supuesto de los pequeños municipios, el apremio resultará del juego del sistema de incentivos monetarios que establece la citada Ley, el cual, según el preámbulo de la misma, se basa en un incremento de la dotación económica para los ayuntamientos que se unan, a costa de la financiación de los municipios de menores dimensiones que opten por mantener su individualidad<sup>3</sup>.

1. Este informe se suma, en consecuencia, al dictamen que ha de emitir el Consejo de Estado o, en su caso, el órgano consultivo superior de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas.

2. Se trata de dos requisitos que complementan ambos elementos del tradicional tándem de exigencias básicas, contenidas en el artículo 13 de la LBRL: la existencia de núcleos de población territorialmente diferenciados, y la garantía de que los nuevos municipios cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de sus competencias, de tal modo que la segregación no implique una disminución en la calidad de los servicios que se vengan prestando a los vecinos.

3. Literalmente, en el mismo, se dice: "Por último, estas medidas de fusiones municipales incentivadas, que encuentran respaldo en la más reciente jurisprudencia constitucional, STC 103/2013, de 25 de abril, supondrán, en definitiva, que los municipios fusionados percibirán un aumento de la financiación en la medida en que los municipios de menor población recibirán menos financiación".

### 2.1.2.2. Respeto de la articulación de los procedimientos de agregación

#### 2.1.2.2.1. El encaje sistémico de los convenios de fusión

En ejercicio de las competencias que la Constitución les reconoce y sus estatutos de autonomía les atribuyen, las comunidades autónomas, en sus leyes de régimen local, han regulado el procedimiento administrativo de fusión de municipios. Pues bien, aunque dichas normas contienen no pocas especialidades en la disciplina del mismo, tal proceso, en todas ellas, se caracteriza, en esencia, por responder al prototipo de procedimiento administrativo unilateral<sup>4</sup>. En concreto, por lo que se refiere a sus actos inicial y final, hay que señalar que, de acuerdo con los textos legales antes indicados, mientras que su iniciación se puede llevar a cabo por la Administración autonómica, bien directamente o bien a instancias de los ayuntamientos interesados, su resolución corresponde, en todo caso, a la Administración autonómica<sup>5</sup>. Así las cosas, ahora, el nuevo artículo 13.4, que la LRSAL inserta en la LBRL, parece abrir una vía inédita para las agregaciones, al permitir que los municipios puedan pactar, de modo directo e inmediato, su unión, mediante la suscripción de un convenio de fusión, sin perjuicio del correspondiente procedimiento, previsto en la normativa autonómica, que sea de aplicación.

#### 2.1.2.2.2. El régimen de los convenios de fusión

##### 2.1.2.2.2.1. LOS REQUISITOS PARA PROCEDER A LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS DE FUSIÓN

De acuerdo con el vigente artículo 13 de la LBRL, para que varios municipios puedan proceder a la firma de un convenio de fusión, se han de cumplir dos condiciones. Así, en primer lugar, debe tratarse de ayuntamientos colindantes dentro de la misma provincia (artículo

13.4 de la LBRL). Es necesario destacar que este es el único requisito referido a las características de los entes que se van a agrupar que establece la normativa básica estatal; así, consecuentemente, por ejemplo, la misma permite, de forma expresa, a todos los municipios, “con independencia de su población”, el recurso a esta fórmula. Y, en segundo lugar, el convenio de fusión ha de aprobarse, por mayoría simple, en cada uno de los plenos de los ayuntamientos que se van a unir (artículo 13.6 de la LBRL).

##### 2.1.2.2.2.2. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-ORGANIZATIVAS DE LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE FUSIÓN

La adopción de los convenios de fusión, *ope legis*, conlleva la producción de los siguientes efectos: la integración de los territorios, poblaciones y organizaciones de los municipios que se han fusionado, incluyendo los medios personales, materiales y económicos [artículo 13.4, párrafo 3, letra a) de la LBRL]; la constitución del órgano de gobierno del ayuntamiento resultante de la agrupación, el cual estará compuesto, transitoriamente, por la suma de los concejales de los municipios fusionados, de acuerdo con lo previsto en la LOREG [artículo 13.4, párrafo 3, letra b) de la LBRL], y, como regla general, la subrogación del nuevo municipio en todos los derechos y obligaciones de los preexistentes [artículo 13.4, párrafo 3, letra d) de la LBRL]<sup>6</sup>.

##### 2.1.2.2.2.3. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA ADOPCIÓN DE LOS CONVENIOS DE FUSIÓN

Tras la implementación de la agregación convencional, será preciso que el ayuntamiento recién constituido, en primer lugar, tome las medidas de redimensionamiento necesarias para la adecuación a sus nuevas circunstancias, de las estructuras organizativas y de los recursos, en especial, personales e inmobiliarios, de los que dispone como resultado de la unión [artículo 13.4, párrafo 3, letra a) de la LBRL], y, en segundo lugar, aprue-

4. Sobre las peculiaridades de las regulaciones autonómicas de la fusión de ayuntamientos, *vid.* SANTIAGO IGLESIAS, Diana, “La reforma del mapa local español a debate: la fusión de municipios”, *Istituzioni del Federalismo, Quaderni*, 1/2012, pp. 183 a 190.

5. En este punto, se debe recordar que, en ocasiones, puede haber lugar a la aplicación supletoria de los artículos 3 a 9 del TRRL, preceptos de carácter no básico de acuerdo con la disposición final séptima.1.a) de dicho texto normativo, y de los artículos 2 a 16 del RPDT.

6. Esta subrogación ha de entenderse sin perjuicio de la garantía que se regula en el artículo 13.4, párrafo 3, letra e), de la LBRL, que se expondrá a continuación.

be un presupuesto para el siguiente ejercicio económico [artículo 13.4, párrafo 3, letra f) de la LBRL]<sup>7</sup>.

Finalmente, en este ámbito de los deberes, la LRSAL impone al municipio fruto de la agrupación la prohibición de desagregarse antes de que hayan transcurrido al menos diez años desde la suscripción del convenio de fusión [artículo 13.4, párrafo 1, de la LBRL].

#### 2.1.2.2.4. LAS GARANTÍAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS QUE PROPORCIONAN LOS CONVENIOS DE FUSIÓN

Con el fin de que la unión no perjudique, en términos económicos o financieros, a los ayuntamientos que decidan firmar un convenio de fusión, el legislador ha introducido en la LBRL, a través de la LRSAL, dos significativos mecanismos cautelares.

Así, desde una perspectiva económica, en el caso de que un municipio que se halle en situación de déficit pretenda unirse con un ayuntamiento que no lo tenga, la firma de un convenio de fusión va a permitir que el municipio resultante no reciba el lastre que tal déficit supone. Ello será posible en la medida en que, en este supuesto, el artículo 13.4, párrafo 3, letra e) de la LBRL establece que, por acuerdo de ambos ayuntamientos<sup>8</sup>, se podrán integrar en un fondo, sin personalidad jurídica y con contabilidad separada<sup>9</sup>, adscrito al nuevo municipio, las obligaciones, bienes y derechos patrimoniales que se consideren liquidables. Según el precepto citado, sin perjuicio de los posibles derechos que puedan corresponder a los acreedores, dicho fondo ha de ser saldado en un plazo de cinco años desde la adopción del convenio de fusión, debiendo encargarse de tal operación un liquidador designado por el nuevo ayuntamiento.

Por otro lado, desde el punto de vista de la financiación, la adopción de un convenio de fusión conlleva, para los municipios que se unen, dos importantes cauciones, destinadas a asegurar el mantenimiento de su nivel de participación en los tributos del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4, párrafo 2, letras b) y c) de la LBRL<sup>10</sup>. Así, por una parte, el esfuerzo fiscal y el inverso de la capacidad tributaria que corresponda al ayuntamiento resultante de la fusión, en ningún caso podrá ser inferior al más elevado de los valores previos que tuviera cada municipio por separado antes de la agregación según el artículo 124.1 del TRLHL<sup>11</sup>, y, por otra parte, su financiación mínima será la suma de las financiaciones mínimas que tuviera cada ayuntamiento, por separado, antes de la unión, de acuerdo con el artículo 124.2 del TRLHL<sup>12</sup>.

#### 2.1.2.2.5. LAS VENTAJAS JURÍDICAS, ECONÓMICAS Y FINANCIERAS QUE OFRECEN LOS CONVENIOS DE FUSIÓN

En el plano jurídico, la opción por la suscripción de un convenio de fusión proporcionará a los municipios que la efectúen tres notables prerrogativas, claramente dirigidas a estimular el recurso a dichos instrumentos por parte de estos entes. En primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4, párrafo 2, letra f) de la LBRL, el ayuntamiento resultante de la agregación quedará dispensado de prestar los nuevos servicios obligatorios que, según el artículo 26 de la LBRL, le correspondiese ofertar por razón del aumento poblacional, derivado de la integración de los padrones de los municipios preexistentes. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 13.4, párrafo 3, letra c) de la LBRL, cada uno de los ayuntamientos fusionados, o alguno de

7. En todo caso, como señala expresamente esta norma, de la ejecución de las antedichas medidas no podrá derivarse ningún incremento de la masa salarial.

8. Una adecuada comprensión de esta regla lleva a defender que dicha previsión se ha de contener en el propio acuerdo de fusión. Eso sí, sin perjuicio de que quepa la posibilidad de completar, *a posteriori*, la lista de bienes, derechos y obligaciones.

9. El precepto citado establece que la contabilidad de este fondo habrá de ajustarse a las normas que apruebe el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado.

10. En principio, a la luz de los artículos 122 y 111 del TRLHL, parece que no se verán beneficiados por estas ventajas aquellos municipios que o bien sean capitales de provincia o de comunidad autónoma, o bien tengan una población de derecho igual o superior a 75 000 habitantes.

11. Para comprender el alcance y funcionamiento de estos conceptos se puede consultar el *Informe sobre financiación de los municipios de menos de 75 000 habitantes, excluidas capitales de provincia o de comunidad autónoma, correspondiente al ejercicio 2011*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2013, disponible en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/LiquidacionesDefinitivas/MEMORIA%20LIQ%202011%20Variables.pdf> (consultado en febrero de 2014).

12. En todo caso, de conformidad con el artículo 13.4, párrafo 2, letra d) de la LBRL, de la aplicación de estas reglas y de la prevista en la letra a) no podrá derivarse, para cada ejercicio, un importe total superior al que resulte de lo dispuesto en el artículo 123 del TRLHL.

ellos, podrá funcionar, directamente, tras la unión, como forma de organización desconcentrada<sup>13</sup>, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 bis de la LBRL<sup>14</sup>, si así se acordase en el convenio de fusión; como se señala en el preámbulo de la LRSAL, este hecho permitirá a los municipios agregados conservar su identidad territorial y su denominación tradicional, aunque pierdan su personalidad jurídica. Por último, en tercer lugar, según el artículo 13.6 *in fine* de la LBRL, la adopción de los acuerdos previstos en el artículo 47.2 de dicha norma<sup>15</sup>, siempre que traigan causa en una unión, se realizará por mayoría simple de los miembros de la corporación<sup>16</sup>.

A su vez, en el campo económico, el artículo 13.4, párrafo 2, letra g) de la LBRL establece que, durante al menos un plazo de cinco años tras la firma del convenio de fusión, término este que se podrá prorrogar por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los municipios resultantes de las agregaciones convencionales tendrán preferencia en la asignación de planes de cooperación local, subvenciones, convenios u otros instrumentos basados en la concurrencia.

Por último, en el ámbito de la financiación, el legislador ha incluido en la LBRL dos valiosas medidas, con el objetivo de incrementar los recursos a disposición de los ayuntamientos fruto de las fusiones alcanzadas me-

---

13. Esencialmente, en este caso, la ventaja va a radicar tanto en que no será necesario tramitar el procedimiento específico para la creación de los entes de ámbito territorial inferior al municipio, como en que no será preciso acreditar que la institución de dichos entes constituye la opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados.

14. Este precepto dispone:

"1. Las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local regularán los entes de ámbito territorial inferior al Municipio, que carecerán de personalidad jurídica, como forma de organización desconcentrada del mismo para la administración de núcleos de población separados, bajo su denominación tradicional de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos, o aquella que establezcan las leyes.

"2. La iniciativa corresponderá indistintamente a la población interesada o al Ayuntamiento correspondiente. Este último debe ser oído en todo caso.

"3. Solo podrán crearse este tipo de entes si resulta una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera".

15. Esta norma establece:

"Se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias:

"a) Creación y supresión de municipios y alteración de términos municipales.

"b) Creación, modificación y supresión de las entidades a que se refiere el artículo 45 de esta ley.

"c) Aprobación de la delimitación del término municipal.

"d) Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio.

"e) Adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo.

"f) Aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la corporación.

"g) Creación, modificación o disolución de mancomunidades u otras organizaciones asociativas, así como la adhesión a las mismas y la aprobación y modificación de sus estatutos.

"h) Transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente.

"i) Cesión por cualquier título del aprovechamiento de los bienes comunales.

"j) Concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto.

"k) Municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente.

"l) Aprobaciones de operaciones financieras o de crédito y concesiones de quitas o esperas, cuando su importe supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto, así como las operaciones de crédito previstas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales [*cf.* artículo 177.5 del TRLHL].

"ll) Los acuerdos que corresponda adoptar a la corporación en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística.

"m) Enajenación de bienes, cuando su cuantía exceda del 20 por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto.

"n) Alteración de la calificación jurídica de los bienes demaniales o comunales.

"ñ) Cesión gratuita de bienes a otras Administraciones o instituciones públicas.

"o) Las restantes determinadas por la ley".

16. A diferencia de lo que sucede con otras ventajas y garantías, al hallarse esta en el artículo 13.6 de la LBRL –y no en el artículo 13.4 de dicho texto legal–, no cabe duda de que la misma es aplicable no solo a las fusiones alcanzadas por convenio, sino también a los demás supuestos de unión, es decir, aquellos en los que se sigan los actuales procedimientos unilaterales autonómicos.

dian­te con­ve­nio. Por una parte, de con­for­midad con el artículo 13.4, párrafo 2, letra a) de la LBRL, se incre­men­tará en 0,10 puntos el coeficiente multiplicador que resul­te de apli­cación según el artículo 124.1 del TRLHL –este factor se emplea para ponderar el número de habitantes de derecho de cada municipio, a efectos de deter­mi­nar el 75 % de la cuantía de la participación en los tribu­tos del Estado que corresponderá al ayunta­miento resul­tante de la fusión–<sup>17</sup>. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 13.4, párrafo 2, letra e) de la LBRL, se sumarán los importes de las compensaciones que, por separado, correspondan a los municipios que se fusionen, y que se deriven de la reforma del impuesto sobre actividades económicas, efectuada por la dispo­si­ción adicional décima de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de Reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Regu­ladora de las Haciendas Locales, actualizadas en los mismos términos que los ingresos tribu­ta­rios del Estado en cada ejercicio respecto a 2004, así como la compensación adicional, regulada en la dispo­si­ción adicional segunda de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, actualizada en los mismos términos que los ingresos tributarios del Estado en cada ejercicio respec­to a 2006.

#### 2.1.2.2.2.6. LAS SERVIDUMBRES QUE COMPORTAN LOS PROCESOS DE UNIÓN

Según el artículo 13.5 de la LBRL, las diputaciones pro­vin­ciales o entidades equivalentes, en colaboración con la comunidad autónoma, coordinarán y supervisa­rán la integración de los servicios resultantes del pro­ceso de fusión. Es evidente que el hecho de atribuir tal papel de vigilancia y ordenación no solo a las Adminis-

traciones autonómicas, sino también a las diputacio­nes provinciales o entidades equivalentes, con el fin último de fortalecer su posición institucional, implicará una significativa sujeción de los nuevos municipios a las directrices que aquellas puedan emanar al respecto, y, en consecuencia, una correlativa pérdida de auto­nomía de los mismos<sup>18</sup>.

## 2.2. Sobre las entidades locales menores y su mapa

### 2.2.1. El cambio de la naturaleza jurídica de las entidades locales menores

#### 2.2.1.1. La nueva ordenación básica

La LRSAL, en su artículo primero.dos, modifica el apar­tado 2 del artículo 3 de la LBRL, eliminando las entida­des de ámbito territorial inferior al municipio, institui­das o reconocidas por las comunidades autónomas, del número de los organismos que tienen la considera­ción de entidades locales. A su vez, en este mismo campo, el artículo primero.catorce de la LRSAL deja sin contenido el artículo 45 de la LBRL, situado en el título IV, “Otras Entidades locales”, de la misma, aunque la reglamentación contenida en sus apartados 1 y 2, letra a), es recuperada por el artículo primero.siete de la LRSAL, que la convierte en un nuevo artículo 24 bis de la LBRL, insertándola en el capítulo II, “Organización”, del título II, “El Municipio”, de dicha Ley<sup>19</sup>. Sin duda, esta reubicación de la regulación de las entidades loca­les menores es plenamente acorde con la principal modificación que la LRSAL introduce en su régimen jurí­di-

17. En todo caso, en virtud de lo establecido en la letra d) del párrafo 2 del artículo 13.4 de la LBRL, de la aplicación de esta regla y de las previstas en las letras b) y c) no podrá derivarse, para cada ejercicio, un importe total superior al que resulte de lo dispuesto en el artículo 123 del TRLHL.

18. Al establecerse este mandato en el artículo 13.5 de la LBRL –y no en el artículo 13.4 de dicho texto legal–, no cabe duda de que el mismo es aplicable no solo en las fusiones alcanzadas por convenio, sino también en los demás supuestos de unión, es decir, aquellos en los que se sigan los actuales procedimientos unilaterales autonómicos.

19. A este respecto, en primer lugar se debe destacar que en la LRSAL no se reproduce la letra b) del apartado 2 del antiguo artículo 45 de la LBRL, que disponía:

“b) La Entidad habrá de contar con un órgano unipersonal ejecutivo de elección directa y un órgano colegiado de control, cuyo número de miembros no podrá ser inferior a dos ni superior al tercio del número de Concejales que integren el respectivo Ayuntamiento.

“La designación de los miembros del órgano colegiado se hará de conformidad con los resultados de las elecciones para el Ayuntamiento en la Sección o Secciones constitutivas de la circunscripción para la elección del órgano unipersonal.

“No obstante, podrá establecerse el régimen de Concejo Abierto para las Entidades en que concurren las características previstas en el número 1 del artículo 29”.

Esta decisión del legislador es francamente acertada por dos razones: por una parte, porque esta disciplina, en especial el último párrafo, no se ajustaría, en absoluto, a la nueva naturaleza meramente orgánica de los entes de ámbito territorial inferior

co, esto es, la determinación de que las mismas “carecerán de personalidad jurídica”<sup>20</sup>. Por último, a la antedicha disciplina, en el mencionado artículo 24 bis de la LBRL, se le añade un apartado final que, literalmente, establece: “3. Sólo podrán crearse este tipo de entes si resulta una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

### 2.2.1.2. El régimen transitorio

Como se ha explicado en el punto anterior, con carácter general, los entes de ámbito territorial inferior al municipio ya no tendrán personalidad jurídica propia, sino que serán meros órganos para la administración desconcentrada de núcleos de población separados dentro de los ayuntamientos, y, lógicamente, tampoco gozarán de la consideración de entidades locales.

Ahora bien, esta regla tiene dos excepciones. En primer lugar, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, existentes en el momento de la entrada en vigor de la antedicha Ley, mantendrán su personalidad jurídica y la condición de entidad local. En consecuencia, continuarán rigiéndose por la normativa, autonómica y estatal, que les venía siendo de aplicación<sup>21</sup>. En segundo lugar, de conformidad con la disposición transitoria quinta de la LRSAL,

titulada “Entidades de ámbito territorial inferior al Municipio en constitución”, los núcleos de población que, antes del 1 de enero de 2013, hubieran iniciado el procedimiento para su configuración como entidades de ámbito territorial inferior al municipio, una vez que finalice dicho proceso, se organizarán como tales, gozando de personalidad jurídica propia y ostentando la cualidad de entidades locales<sup>22</sup>.

### 2.2.2. El impulso de la disolución de las entidades locales menores preexistentes

La LRSAL, aunque no lo declara abiertamente, pretende la supresión del mayor número posible de las entidades de ámbito inferior al municipio que, tras su aprobación, conserven la personalidad jurídica y la condición de entidad local. Así, para lograr este objetivo, ha articulado dos mecanismos: uno de aplicación inmediata a las citadas entidades, y otro de aplicación indirecta a las mismas.

El primero se halla disciplinado en la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, la cual precisamente se intitula “Disolución de Entidades de ámbito territorial inferior al Municipio”. En el apartado 2 de esta norma se establece que, con fecha de 31 de diciembre de 2014, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio deberán presentar sus cuentas ante los organismos correspondientes del Estado y de la comunidad autónoma respectiva, para no incurrir en causa de disolución<sup>23</sup>. Consecuentemente, esta misma disposi-

---

al municipio, y, por otra parte, porque la regulación contenida en los párrafos 1 y 2 de esta letra b) del número 2 del artículo 45 de la LBRL no tenía carácter básico, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre.

En segundo lugar, se debe señalar que el legislador básico de régimen local, al componer el texto de la LRSAL, tampoco transcribe, en el artículo 24 bis de la LBRL, la letra c) del número 2 del artículo 45 de la LBRL, la cual establecía: “Los acuerdos sobre disposición de bienes, operaciones de crédito y expropiación forzosa deberán ser ratificados por el Ayuntamiento”.

Como en el caso anterior, la no recuperación de este precepto, que contenía un sistema de controles interadministrativos, resulta completamente correcta, puesto que tal decisión es coherente con la nueva naturaleza puramente orgánica, y no subjetiva, de los futuros entes de ámbito territorial inferior al municipio.

20. Sobre esta cuestión, el Consejo de Estado, en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, ha señalado: “El anteproyecto, sin embargo, priva de tal personalidad jurídica a las de nueva creación, produciéndose así una auténtica mutación de su naturaleza jurídica, toda vez que pierden su condición de sujetos de derechos y obligaciones con plena capacidad jurídica y de obrar para convertirse en una modalidad de gestión municipal desconcentrada”.

21. En especial, dentro de la legislación estatal, hay que destacar: el artículo 199 de la LOREG; los artículos 142 a 145 del ROF, y, en la medida en que puedan ser aplicables, los artículos 42 a 45 del TRRL.

22. La presente disposición termina señalando que estas entidades se regirán por lo establecido en la legislación autonómica correspondiente. No obstante, aun siendo cierta tal afirmación, dichas entidades, al igual que las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio que ya se hallaban constituidas en la fecha de promulgación de la LRSAL, han de cumplir también, entre otras normas estatales, como ya se ha indicado, por ejemplo, el citado artículo 199 de la LOREG.

23. En este punto, hay que tener en cuenta que el artículo primero treinta y cuatro de la LRSAL modifica la disposición adicional segunda de la LBRL, intitulada “Régimen foral vasco”, de modo que, ahora, el último párrafo del apartado 6 de la misma establece: “Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio comunicarán a las

ción, en su apartado 3, determina que la no presentación de dichas cuentas será causa de disolución de tales entidades.

Por su parte, el segundo instrumento se encuentra inserto en la regulación de los planes económico-financieros, contenida en el nuevo artículo 116 bis de la LBRL. De conformidad con el apartado 1 de este precepto, cuando una corporación local incumpla el objetivo de estabilidad presupuestaria, el objetivo de deuda pública o la regla de gasto, ha de formular un plan económico-financiero. Según el apartado 2, letra e) del antedicho artículo, el mencionado plan incluirá, como medida a adoptar por tal corporación, la supresión de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, hayan incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria o el objetivo de deuda pública, o cuyo período medio de pago a proveedores supere, en más de treinta días, el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

Si, como resultado de la actuación de cualquiera de estos dos mecanismos, ha de procederse a la disolución de entidades de ámbito inferior al municipio, esta ha de ser acordada por decreto del órgano de gobierno de la comunidad autónoma correspondiente, si bien, en los supuestos a los que se refiere la disposición transitoria cuarta, esta norma, expresamente, permite que, en dicho decreto, se determine el mantenimiento

de las mismas como forma de organización desconcentrada.

Por último, también en ambos casos, como explícitamente ordena la antedicha disposición transitoria cuarta, la disolución de las entidades de ámbito inferior al municipio conllevará tanto que el ayuntamiento del que dependa la entidad que se extinga haya de subrogarse en todos los derechos y obligaciones de la misma, como que, en particular, el personal que estuviera al servicio de tal entidad tenga que quedar incorporado al citado municipio.

### 3. Análisis crítico de la normativa comprendida en la LRSAL

#### 3.1. Sobre la planta municipal

##### 3.1.1. Desde la perspectiva de la distribución competencial

Según una reiterada y constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no cabe duda de que el Estado puede adoptar las medidas de fomento que estime oportunas con el fin de incentivar la fusión de municipios<sup>24</sup>. Ahora bien, de acuerdo con esta misma doctrina constitucional, corresponde a las Administraciones autonómicas la competencia para materializar las alte-

---

Instituciones Forales sus cuentas y serán estas Instituciones Forales quienes acuerden su disolución si así procede en aplicación de la mencionada disposición”.

24. En este sentido, en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, de 25 de abril, se puede leer:

“[...] b) El art. 13.3 LBRL dispone que ‘sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado, atendiendo a criterios geográficos, sociales, económicos y culturales, podrá establecer medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios con el fin de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos locales’.

“Razona el Letrado del Parlamento de Cataluña que este precepto vulnera la competencia exclusiva autonómica para alterar los términos municipales pues, aunque no discute que, dentro de sus competencias, el Estado pueda legítimamente establecer el objetivo de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos públicos, considera que no puede hacerlo mediante medidas de fomento encaminadas a propiciar la fusión municipal, por cuanto la alteración de términos municipales es una competencia autonómica exclusiva. Estos objetivos se pueden cumplir utilizando otras técnicas asociativas que requieran el acuerdo entre las entidades locales y la Generalidad de Cataluña [...]

“En nuestra Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 9, resolvimos la impugnación que de este mismo apartado del art. 13 LBRL plantearon el Parlamento y la Junta de Galicia, por entender que se había vulnerado la competencia exclusiva autonómica para la alteración de términos municipales, declarando la constitucionalidad del apartado, ahora nuevamente impugnado, al estimar que la actividad de fomento no debe asociarse necesariamente a la competencia ejecutiva, pues no siempre excluye la intervención del Legislador, y que ésta es legítima cuando el Estado dispone de la competencia para fijar los criterios básicos a los que debe sujetar la Comunidad Autónoma el ejercicio de sus competencias. Indicamos entonces que esta actividad de fomento no limita la competencia autonómica para la alteración de términos municipales que pueden acordar conforme a lo establecido en su legislación y con los únicos límites impuestos por los apartados primero y segundo del mismo artículo 13 LBRL, siendo así que esta actividad de fomento está dirigida no solo a los municipios sino también a las Comunidades Autónomas que son quienes tienen la competencia para materializar estas alteraciones territoriales. A pesar del tiempo transcurrido desde aquella Sentencia, no hay razones que nos lleven a modificar o matizar lo entonces afirmado [...]”.

raciones territoriales a las que, eventualmente, pueda dar lugar tal política de estímulo<sup>25</sup>. Así las cosas, la constitucionalidad del nuevo artículo 13.4 de la LBRL, como se explicará a continuación, va a depender de la interpretación que se haga del mismo. Si se entiende que esta norma estatal es directamente aplicable –o bien que las comunidades autónomas han de asumirla tal cual en su legislación–, de modo que los ayuntamientos, mediante la simple firma de un convenio interadministrativo, pueden unirse, alterando, en consecuencia, de forma inmediata y automática, los respectivos términos municipales, sin intervención alguna de la Administración autonómica, parece evidente que este precepto básico viola la distribución competencial que la Constitución y los estatutos de autonomía consagran en materia de régimen local. Por el contrario, si se considera que el artículo 13.4 de la LBRL simplemente impone a las comunidades autónomas la obligación de que, junto con los procedimientos unilaterales de fusión, que tradicionalmente han regulado, disciplinen un nuevo modelo simplificado y paccionado de proceso de unión, en el que, si lo entienden oportuno, pueden reservarse un papel de supervisión, no habría problema en admitir la conformidad de esta disposición estatal básica con nuestro orden constitucional de distribución de funciones en el campo de la Administración local<sup>26</sup>. Dicho control se podría concretar, por ejemplo, en la sujeción del convenio de fusión, suscrito provisionalmente por los municipios, a una

aprobación definitiva por el consejo de gobierno autonómico, en función de sus propios criterios de política territorial<sup>27</sup>.

### 3.1.2. Desde la perspectiva de la mejora de la regulación

#### 3.1.2.1. La ordenación de la creación y supresión de municipios

Respecto del primero de los dos requerimientos sustantivos, que la LRSAL añade a las exigencias contenidas en la LBRL, para que pueda procederse a la instauración de nuevos municipios –la existencia de un núcleo de población de al menos 5000 habitantes–, teóricamente, podría plantearse la cuestión de si tal previsión tiene carácter básico, y, por lo tanto, si el Estado actúa correctamente al establecer dicha condición, o si, por el contrario, la misma carece de tal naturaleza, debiendo ser, en consecuencia, no el Estado, sino las comunidades autónomas quienes han de reglar este extremo. A la luz de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se puede sostener la plena capacidad del legislador estatal para fijar tanto este como otros requisitos fundamentales –por ejemplo, de carácter territorial– que, en todo caso, han de cumplir los pueblos que aspiren a constituirse en ayuntamientos, pudiendo, no obstante, las comunidades autónomas endurecer tales estipulaciones<sup>28</sup>.

25. *Vid.* el fundamento jurídico noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre.

26. Papel de supervisión que, por otra parte, en este mismo tipo de procesos, les reconoce el propio artículo 13.5 de la LBRL.

27. Así, en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, de 25 de abril, se puede leer:

“En cuanto a la supresión de municipios y a la alteración de términos municipales, el Legislador básico se ha limitado a regular las bases del procedimiento y reservarse la posibilidad de establecer medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios, en aquellos casos en que la adecuada capacidad de gestión de los asuntos públicos requiera de mayores exigencias de población y territorio; pero sigue dejando en manos de las Comunidades Autónomas, como en el caso de los municipios de nueva creación, la regulación de la fusión de municipios en función del modelo municipal por el que hayan optado.

“Por ello, debemos rechazar la inconstitucionalidad del art. 13.3 LBRL y, en consecuencia, también de la disposición final primera en lo que a éste se refiere”.

28. En esta línea, en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, de 25 de abril, se afirma: “Por ello, sin perjuicio de la competencia exclusiva que el art. 148.1.3 CE atribuye a las Comunidades Autónomas para la alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio, forma parte de la competencia estatal la regulación del elemento territorial y su relación con el resto de los elementos que componen la estructura municipal para configurar un modelo municipal común, competencia básica que, por otra parte, no rechaza de plano el Parlamento autonómico en su demanda, al admitir expresamente la competencia del Estado para regular las bases del procedimiento de alteración de los términos municipales. Resulta de lo expuesto que corresponde al Estado optar, de entre los posibles, por un determinado modelo municipal. Así, el Estado podía haberse inclinado por un modelo minifundista, basado en la existencia de núcleos de población sin exigencia alguna de un mínimo territorial, o por un modelo basado en mayores exigencias de población y territorio, si es que lo hubiera considerado necesario para garantizar la viabilidad del ejercicio de las competencias que se atribuyen a los municipios y con ello su autonomía, o por una combinación de ambos en función de la realidad existente o, finalmente, por un modelo que dejase un amplio margen de decisión a las Comunidades Autónomas para configurar el elemento territorial de los municipios. Pues bien, esta última es la opción por la que se inclinó el Legislador estatal en 1985 y ha confirmado la Ley de medidas para la modernización del gobierno local”.

### **3.1.2.2. La disciplina de los convenios de fusión y de las medidas de fomento de las uniones de municipios<sup>29</sup>**

#### *3.1.2.2.1. Aspectos problemáticos relacionados con la autonomía local*

A la luz del principio de autonomía local, las reglas introducidas en la LBRL por la LRSAL adolecen al menos de dos desajustes.

Así, desde esta perspectiva, la primera tacha que se puede oponer a la nueva regulación básica local deriva del hecho de que, como se señala en el preámbulo de la misma, “los Municipios fusionados percibirán un aumento de la financiación en la medida en que los Municipios de menor población recibirán menos financiación”. Esta forma de incentivar las uniones municipales viola, claramente, la autonomía local de los ayuntamientos que no optan por agregarse, en su vertiente de garantía de la suficiencia financiera de los mismos. Así, dado que, desde hace décadas, se denuncia que la mayoría de los municipios españoles no cuentan con los recursos económicos necesarios para desarrollar las funciones que les son propias, no parece adecuada la opción de la LRSAL, consistente en reducir aún más los caudales de muchos de dichos ayuntamientos –de tal modo que estos vean dificultada, todavía en mayor medida, la complicada tarea de atender las necesidades de sus vecinos–, con la finalidad de dirigir los fondos resultantes de tal minoración a sufragar los procesos de fusión que, eventualmente, se puedan culminar. Aunque, sin duda, constituye una opción lícita el impulsar económicamente el desarrollo de una política de uniones municipales, es evidente que tal actividad de fomento, para ser, al mismo tiempo, fructífera y no lesiva para el mantenimiento de los servicios públicos locales en gran parte del país, requiere una aportación económica específica, que acreciente las cuantías que, en la actualidad, se destinan anualmente al sostenimiento de las entidades locales. En consecuencia, cuando se reformen las normas reguladoras del sistema de financiación de las Haciendas locales, momento que, según la LRSAL, no ha de demorarse mucho, sería conveniente que, a través de ellas, se modificase el sis-

tema de incentivos financieros a la fusión de municipios; en particular, que se procediese a cambiar la regla contenida en la letra d) del párrafo 2 del apartado 4 del artículo 13 de la LBRL.

En segundo lugar, desde este mismo punto de vista, cabe también criticar el hecho de que la LRSAL refuerce el papel de las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes, mediante la concesión a los mismos de facultades de coordinación y supervisión sobre los procesos de agregación de ayuntamientos, en especial, en el campo de la integración de los servicios resultantes de la unión. Y ello porque la asignación de tales funciones a los entes citados supone la introducción de un potencial límite para la capacidad de autoorganización de los municipios, y, por lo tanto, implica una degradación de su autonomía, sin que además, simultáneamente, se pueda identificar una utilidad cierta que justifique tal sacrificio. Por otro lado, además, se debe señalar que la atribución, de modo necesario, de estas potestades de vigilancia e inspección puede ser contraproducente, porque el perder, al menos en parte, el gobierno del proceso de combinación de sus servicios, puede desincentivar el que algunos ayuntamientos opten por iniciar el camino de la agregación. Así, en este punto, parece que hubiese bastado el conferir a las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes la función de apoyar, en los procesos de integración de sus servicios, a los municipios que se van a unir, eso sí, previa solicitud de los mismos.

#### *3.1.2.2.2. Aspectos problemáticos relacionados con la democracia local*

Desde la óptica de la democracia local, son tres las cuestiones, reguladas en el nuevo artículo 13 de la LBRL, que pueden suscitar algunos reparos.

En primer lugar, destaca la circunstancia de que, en el apartado 4 del citado precepto, no se regula, ni siquiera mínimamente, el procedimiento que se ha de seguir para la tramitación de los acuerdos de unión. En particular, dada la alta densidad normativa del antedicho artículo, es llamativo que no se establezca, de forma expresa, la necesidad de someter a información

29. Algunos de los problemas que aquí se plantean han sido puestos de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la LRSAL; *vid.* Enmiendas al Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (BOCG, núm. 58-2, de 30 de octubre de 2013).

pública los proyectos de convenios de fusión que se pretenden suscribir por los ayuntamientos interesados<sup>30</sup>. No obstante tal laguna, se puede entender que, a los procesos de agregación paccionada, les son aplicables las reglas propias de los procedimientos administrativos unilaterales de fusión vigentes en la actualidad, en la medida en que las mismas sean compatibles con la naturaleza convencional de estos últimos<sup>31</sup>. En este sentido, puesto que la legislación autonómica que regula los citados procedimientos prevé trámites de información pública<sup>32</sup>, y visto que no hay ninguna razón para considerar que el sometimiento a la misma de las propuestas de acuerdos de unión sea incompatible con la naturaleza pacticia de este peculiar tipo de expedientes de agregación, parece acertado defender que los proyectos de convenios de fusión han de someterse a tal trámite.

En segundo lugar, la naturaleza y la especial trascendencia de la aprobación de un convenio de fusión –dado que este implica, mediata o inmediatamente, la extinción de dos o más municipios, para dar vida a otro nuevo diferente– se compadecen mal con el hecho de que tal decisión se pueda adoptar por mayoría simple del pleno de cada uno de los ayuntamientos implicados. Esta opción legislativa es, además, incongruente con la ordenación del régimen de mayorías que se contiene en la LBRL. Así, tras la entrada en vigor de la LRSAL, se dará la paradoja de que la citada norma va a exigir mayoría absoluta para cuestiones, relativas al devenir de los municipios, de mucha menor importancia que la fusión de los mismos, como, por ejemplo, la

alteración de su nombre y de su capitalidad, o la adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo. Sería, por tanto, deseable que el legislador básico, sin dilaciones, reformase en este aspecto la LBRL, requiriendo una mayoría reforzada para la toma de este tipo de acuerdos.

En tercer lugar, la regla según la cual el órgano de gobierno del ayuntamiento resultante de la integración, de acuerdo con lo previsto en la LOREG, estará compuesto, de forma transitoria, por la suma de los concejales de los municipios fusionados, planteará, muy probablemente, graves dudas en su aplicación práctica, las cuales, con seguridad, perturbarán el funcionamiento de los nuevos ayuntamientos. Así, hay que señalar que, en no pocas ocasiones, no parecerá posible cohonestar el modelo diseñado por la LRSAL con la asignación de concejales por tramos de población, que realiza el artículo 179.1 de la LOREG<sup>33</sup>. En concreto, puede acontecer que, si se fusionan dos municipios de similares dimensiones poblacionales, el número de concejales del órgano de gobierno transitorio supere el permitido por la LOREG. En este sentido, cabe señalar, por ejemplo, que, si se unen dos ayuntamientos de 1500 habitantes, contando cada uno de ellos con 9 concejales, en aplicación de la regulación contenida en la LRSAL, habría de constituirse un órgano de gobierno integrado por 18 miembros, frente a los 11 que tal órgano debería tener según el citado artículo de la LOREG, al ser el nuevo municipio un ente con 3000 habitantes. Así, en este ámbito, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hubiese sido más

30. Esta desafortunada omisión podría ser interpretada como un intento de sustraer el conocimiento del expediente de agregación a los vecinos, debido a la fuerte resistencia que las comunidades locales presentan ante este tipo de iniciativas. *Vid.* ALMEIDA CERREDA, Marcos, "La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local", en DIEZ SÁNCHEZ, Juan José (coord.), *La planta del Gobierno local*, Fundación Democracia y Gobierno Local-AEPDA, Madrid, 2013, pp. 78 y ss.

31. En todo caso, sería conveniente que las normas de las comunidades autónomas que desarrollen una disciplina específica para este peculiar procedimiento de fusión incluyan dicho trámite con carácter obligatorio.

32. *Vid.* SANTIAGO IGLESIAS, Diana, "El debate sobre el redimensionamiento del mapa municipal español", *Juris Tantum*, núm. 24, en prensa.

En este sentido, hay que destacar, también, que, por ejemplo, el artículo 9.2 del TRRL, precepto sin carácter básico, establece: "En los supuestos de fusión o de incorporación voluntaria de Municipios limítrofes, el procedimiento se promoverá por acuerdo de los respectivos Ayuntamientos, adoptado con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. Los acuerdos se someterán a información pública, y las alegaciones y reclamaciones que puedan formularse serán resueltas por los mismos Ayuntamientos con idéntica mayoría".

33. De acuerdo con el apartado 1 de este artículo: "Cada término municipal constituye una circunscripción en la que se elige el número de concejales que resulte de la aplicación de la siguiente escala: hasta 100 residentes, 3; de 101 a 250, 5; de 251 a 1.000, 7; de 1.001 a 2.000, 9; de 2.001 a 5.000, 11; de 5.001 a 10.000, 13; de 10.001 a 20.000, 17; de 20.001 a 50.000, 21; de 50.001 a 100.000, 25; y, de 100.001 en adelante, un Concejil más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea un número par".

adecuado optar por mantener el sistema contenido en el RPDT<sup>34</sup>. De conformidad con el artículo 16 de esta norma, en estos supuestos, cesan todos los alcaldes y concejales, y se debe nombrar, por el órgano competente, una comisión gestora, integrada por un número de vocales igual al número de concejales que correspondan, de acuerdo con la población total resultante del nuevo ayuntamiento, designándose como vocales a los concejales cesados que hubiesen obtenido mayores cocientes en las elecciones municipales<sup>35</sup>.

### 3.1.2.2.3. Aspectos problemáticos relacionados con la buena gestión local

Desde la perspectiva de la búsqueda de la mejor administración posible de los intereses locales –objetivo que implica que se trate de alcanzar una gestión municipal lo más eficaz y transparente posible, tanto por vía normativa como por vía ejecutiva–, es inexcusable destacar que existen dos previsiones, que la LRSAL incorpora al texto del artículo 13 de la LBRL, que, lejos de propiciar tal fin, dificultan seriamente su consecución.

Así, por un lado, se encuentra la dispensa, para los ayuntamientos resultantes de las fusiones, de la obligación de prestar los nuevos servicios mínimos que, de acuerdo con el artículo 26 de la LBRL, les correspondería ofertar por razón de su aumento poblacional. A este respecto, se debe señalar que, en la medida en que el principal objetivo de las uniones de municipios es, según los propios impulsores de la reforma local, el que los nuevos entes municipales puedan prestar más y mejores servicios a sus vecinos, desde el punto de vista de estos ciudadanos, con total razón, resulta absolutamente incomprensible y carente de toda justificación el hecho de que el legislador exima, de forma general e indefinida, a los ayuntamientos fruto de las agregaciones del deber de proporcionar los servicios

que, de conformidad con la LBRL, han de prestar los demás de sus mismas dimensiones. Sí sería lógico, no obstante, el que en la citada Ley se estableciese una dispensa, de naturaleza temporal, de dicho deber. Pues es razonable y se halla plenamente justificado, tanto por razones organizativas como por motivos financieros, el conceder al ente recién instituido un período prudencial de tiempo para que pueda proceder a cumplir con sus nuevas obligaciones<sup>36</sup>. Por consiguiente, sería apropiado que, aprovechando la reforma de las normas de financiación de las Haciendas locales, que, como se ha señalado, parece anticipar la LRSAL, se procediese a establecer un límite máximo para la antedicha exención.

Por otro lado, se abre la posibilidad de que, por acuerdo de los municipios que van a suscribir un convenio de fusión, se integren en un fondo, sin personalidad jurídica y con contabilidad separada, adscrito al nuevo ayuntamiento, las obligaciones, bienes y derechos patrimoniales que se consideren liquidables, en el caso de que uno de ellos se halle en situación de déficit. La lectura atenta y analítica del párrafo del artículo 13.4 de la LBRL donde se contiene esta autorización legislativa, evidencia la insuficiencia de la regulación de este instrumento de reestructuración económica contenida en el mismo. En consecuencia, por ostensibles razones de seguridad jurídica, es necesario, en primer lugar, que la ordenación de este mecanismo se realice con un mayor grado de detalle –quizás, esta labor pueda ser afrontada por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a la hora de dictar las normas a las que se ha de ajustar la contabilidad de este fondo–, y, en segundo lugar, que, en especial, en dicha disciplina, quede meridianamente claro que el recurso a esta herramienta en ningún caso va a implicar un perjuicio económico para los acreedores municipales; esto es necesario, puesto que el inciso supuestamente incluido con este fin en la LBRL no alcanza a infundir la confianza esperada.

34. Esta problemática hace evidente el hecho de que la motivación última que justifica esta decisión legislativa es de naturaleza eminentemente política: evitar que los concejales electos puedan frenar las fusiones, ante la perspectiva de perder su puesto antes de tiempo.

35. Además, esta regla, introducida por la LRSAL, también provoca reservas desde el punto de vista de la representatividad de los miembros del órgano de gobierno unificado, ya que cabe que la misma dé lugar a fuertes desequilibrios. Esto sucederá, en especial, cuando se unan dos ayuntamientos de diferentes dimensiones poblacionales. Así, si se fusiona un municipio de 275 habitantes, con 7 concejales, con otro de 1250 habitantes, con 9 concejales, el resultado será un ayuntamiento con un órgano de gobierno de 16 miembros, donde unos concejales representarán a 39 vecinos y otros a 166.

36. Es posible que disposiciones como la presente sean el resultado práctico de la trasposición legislativa, quizás involuntaria e irreflexiva, de los postulados de una corriente de pensamiento muy difundida, en la actualidad, según la cual la reformulación del mapa municipal –que se tacha de irracional–, mediante la eliminación de los pequeños municipios, constituye un fin en sí misma, y no necesariamente un instrumento para ofertar más y mejores servicios a los vecinos.

### 3.1.2.3. La reglamentación de las fusiones derivadas de la obligación de formular un plan económico-financiero

Como se ha señalado, la LRSAL pretende abocar a recurrir a la agrupación a aquellos municipios que se vean obligados a proponer un plan económico-financiero por incumplir el objetivo de estabilidad presupuestaria, el objetivo de deuda pública o la regla de gasto. Consecuentemente, el nuevo artículo 116 bis.2.f) de la LBRL establece que el mencionado plan ha de incluir, de forma obligatoria, una propuesta de unión de tales ayuntamientos con otro colindante de la misma provincia. Ahora bien, este sistema de acicate indirecto y coactivo de las agregaciones municipales presenta problemas, tanto en el plano fáctico como en el jurídico. En el primero de ellos, dichas complicaciones se plantean, esencialmente, desde el punto de vista de la efectividad de tal exigencia, pues el hecho de imponer al municipio que ha de elaborar el plan económico-financiero la carga de que incluya una propuesta de agregación con otro ayuntamiento, no garantiza, en absoluto, que dicho municipio vaya a encontrar a otro ente que quiera unirse con él, de modo que sea posible activar el procedimiento de fusión voluntaria previsto en el artículo 13.4 de la LBRL. Al revés, cabe suponer que, si un ayuntamiento tiene problemas económicos que le llevan a formular un plan económico-financiero, no es muy probable que haya muchos otros que deseen asociarse con él para compartir sus dificultades. Entonces, surgen las dudas: ¿puede un municipio, en función de parámetros objetivos (proxi-

midad, integración de poblaciones y servicios, etc.), seleccionar a otro ayuntamiento vecino y formular la correspondiente propuesta de unión entre ambos, aunque no cuente con la anuencia de este último?; en este caso, ¿ha de tramitarse por la Administración autonómica competente tal expediente de unión? Por el contrario, si el municipio que ha de formular el plan económico-financiero se encuentra con el rechazo formal de los posibles ayuntamientos candidatos a una fusión con él, y no opta por realizar una propuesta unilateral, ¿ve precluida la posibilidad de aprobar su plan económico-financiero? Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, son tres los reproches que se pueden efectuar a la antedicha previsión normativa. En primer lugar, dado que esta disposición implica la extinción del municipio de que se trate, es evidente que limita, de forma directa, la autonomía local<sup>37</sup>, si bien, en nuestro sistema, por este solo motivo no es posible tacharla de inconstitucional<sup>38</sup>. En segundo lugar, puesto que los planes económico-financieros constituyen un instrumento para lograr la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución, su régimen y contenido han de regularse, tal y como exige el citado precepto constitucional, a través de una Ley orgánica –por ello, con carácter general, los mismos se recogen en el artículo 21 de la LOEPSF–; así, no parece correcto el que la LBRL, en cuanto Ley ordinaria, incluya contenidos obligatorios de los citados planes<sup>39</sup>. Finalmente, en tercer lugar, desde el punto de vista de la distribución competencial, resulta discutible que el Estado pretenda, aunque sea de esta forma indirecta, alterar puntualmente (no

37. Aunque la doctrina mayoritaria, sobre la base del fundamento jurídico decimotercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre, afirma que no existe ningún límite constitucional a la supresión de ayuntamientos, ya que el principio de autonomía local no implica, en modo alguno, un derecho de los municipios existentes a su pervivencia (vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981, p. 62; FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, CEPC, Madrid, 1990, p. 265, y EMBID IRUJO, Antonio, "Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de la autonomía municipal", *REDA*, núm. 30, pp. 451 y ss.), cabe entender que la jurisprudencia constitucional, fijada en la citada Sentencia, no afirma que la garantía institucional de la autonomía local no sea un impedimento para la eliminación de municipios, sino que tan solo indica que no constituye un obstáculo "insalvable". En consecuencia, se puede defender que existe un derecho –*rectius*, un interés legítimo– de los ayuntamientos a su subsistencia (cfr. CASTELLS ARTECHE, José Manuel, "La nueva problemática de las alteraciones territoriales municipales", *RAP*, núm. 100-102, p. 2178).

38. Y ello es así porque, como apunta Manuel REBOLLO PUIG, tan solo tendría visos de inconstitucionalidad una norma que condujese a la supresión de municipios dotados, indudablemente, de capacidad suficiente para cumplir con la satisfacción de las necesidades vecinales ("La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de Municipios", en COSCULLUELA MONTANER, Luis y MEDINA ALCOZ, Luis (dirs.), *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, Civitas, Madrid, 2012, p. 211).

39. En apoyo de esta argumentación, hay que destacar que el artículo 21.3 de la citada Ley orgánica solo contempla, en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión Europea, el siguiente supuesto de ampliación del contenido de los planes: "En caso de estar incursos en Procedimiento de Déficit Excesivo de la Unión Europea o de otros mecanismos de supervisión europeos, el plan deberá incluir cualquier otra información adicional exigida".

mediante la fijación de criterios generales –por ejemplo, un ámbito territorial, una población, o, incluso, unos recursos propios mínimos–) el mapa municipal de las comunidades autónomas, cuando, como se ha explicado, es a estas a quienes corresponde adoptar las decisiones pertinentes en este ámbito. A la vista de todos estos reparos, tan solo se puede concluir que el Estado ha de optar o bien por eliminar este precepto o bien por configurar como orientativo y no imperativo el contenido que, en el mismo, se establece para los planes económico-financieros<sup>40</sup>.

### **3.1.2.4. La indeterminación del ámbito de las disposiciones tendentes a fomentar las uniones voluntarias de municipios**

Dado que las normas destinadas a incentivar las agregaciones voluntarias de ayuntamientos se encuentran disciplinadas en el seno del artículo 13.4 de la LBRL, donde se regula el nuevo sistema de fusión convencional, se plantea el dilema de si las mismas se pueden aplicar a todo tipo de procesos de unión de municipios, siempre que estos tengan naturaleza voluntaria, con independencia de que se siga el innovador cauce previsto en el artículo citado o las sendas establecidas en las correspondientes reglas autonómicas, o si, por el contrario, tales medidas de fomento se podrán otorgar, exclusivamente, a los ayuntamientos que recurran a la antedicha vía pacticia. En principio, partiendo de un análisis literal y sistemático del texto vigente de la LBRL, parece que, solo si se opta por el modelo convencional, se podrán obtener los beneficios diseñados por la LRSAL. Ahora bien, empleando una más razonable interpretación teleológica de dicha norma –uno de cuyos principios inspiradores es la racionalización de la planta municipal–, cabe postular que los mismos se han de extender a cualquier tipo de proceso de fusión voluntaria. Para respaldar esta exégesis, se puede citar el propio preámbulo de la LRSAL, en el que, sin hacer distinciones, se afirma: “[...] por primera vez se introducen medidas concretas para fomentar la fusión voluntaria de Municipios de forma que se potencie a los Mu-

nicipios que se fusionan ya que contribuyen a racionalizar sus estructuras y superar la atomización del mapa municipal”. En cualquier caso, a la vista de lo expuesto, hay que señalar que, también en esta materia, sería deseable, como en supuestos anteriores, una intervención normativa que aclarase, de modo definitivo, esta cuestión, en aras a alcanzar un mínimo grado de seguridad jurídica.

## **3.2. Sobre las entidades locales menores y su mapa**

### **3.2.1. Desde la perspectiva de la distribución competencial**

La evaluación de la modificación de la regulación de las entidades locales menores y de la articulación de su planta, que efectúa la LRSAL, desde la óptica del reparto constitucional de funciones entre el Estado y las comunidades autónomas, exige el estudio de dos cuestiones: por una parte, es necesario determinar si el legislador estatal tiene capacidad suficiente para degradar a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio de la categoría de personas jurídicas a la de meros organismos intradministrativos sin personalidad; y, por otra parte, hay que establecer si dicho legislador está facultado para imponer, directamente, la extinción de ciertas entidades de ámbito territorial inferior al municipio.

Respecto del primer problema, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>41</sup>, como regla general, cabe afirmar que el Estado, empleando su competencia básica ex artículo 149.1.18 de la CE, puede determinar la naturaleza jurídica de estas entidades, de modo que, si lo estima oportuno, se halla en condiciones de configurarlas como organismos sin personalidad, dado que, al hacerlo, se limita a fijar un elemento esencial de las mismas, dejando en manos de las comunidades autónomas el desarrollo de todo su régimen jurídico: organización, funcionamiento y funciones<sup>42</sup>. No obstante lo dicho, teniendo en cuenta que

40. De nuevo, aquí, para introducir en la LBRL las modificaciones pertinentes, se podría recurrir a las normas reguladoras de la financiación de las Haciendas locales, cuya aprobación augura la LRSAL.

41. *Vid.* el fundamento jurídico decimoquinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre.

42. *Vid.* también, en este sentido, VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, pp. 112 y 113.

son constitucionalmente admisibles las excepciones a las normas básicas de régimen local, emanadas ex artículo 148.1.18 de la CE, siempre que se refieran a “aspectos concretos”, y que dichas singularidades resulten “expresa e inequívocamente de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de una determinada Comunidad, como una característica específica de la misma”<sup>43</sup>, sería posible que un estatuto, en cuanto norma estatal y norma institucional básica de cada comunidad autónoma, apoyándose en una característica específica de una determinada autonomía, dispusiese que, en esa comunidad, algunas de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio hubieran de tener personalidad jurídica, y, por lo tanto, cabría que las mismas, pese a la normativa básica estatal, introducida en la LBRL por la LRSAL, se constituyesen como tales, en el marco de la legislación autonómica que les fuese aplicable. En la actualidad, este podría ser, por ejemplo, el

caso de Galicia, cuyo Estatuto de Autonomía, sobre la base de la distribución de la población gallega y de sus formas tradicionales de convivencia y de asentamiento, en su artículo 40, dispone que por ley se podrá reconocer personalidad jurídica a la parroquia rural<sup>44</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión –la posibilidad de que el Estado, en determinadas circunstancias, exija a las Administraciones autonómicas la extinción de ciertas entidades de ámbito territorial inferior al municipio, existentes en su demarcación–, a la vista del fuerte grado de “interiorización autonómica” que el Tribunal Constitucional ha reconocido que concurre en las mismas<sup>45</sup>, tan solo se puede concluir que el legislador estatal carece de competencia para imponer a las comunidades autónomas cuándo han de proceder a su disolución<sup>46</sup>. En consecuencia, solo las Administraciones autonómicas, de acuerdo con sus propios y peculiares criterios de política territorial, pueden fijar cuán-

43. *Vid.* el fundamento jurídico noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, de 27 de febrero. Además, el propio Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia 109/1998, de 21 de mayo, señala, expresamente, que no empece, en modo alguno, a la noción de bases el hecho de que, junto al régimen básico aplicable a la generalidad de las comunidades autónomas, coexistan situaciones particulares, aunque estas excepciones precisan, ineludiblemente, de un específico anclaje estatutario.

44. Este precepto, es necesario ponerlo en relación con los artículos 27 y 2 del mismo Estatuto de Autonomía, que establecen respectivamente:

“Artículo 27. En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: [...] 2. Organización y régimen jurídico de las comarcas y parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia, alteraciones de términos municipales comprendidos dentro de su territorio y, en general, las funciones que sobre el Régimen Local correspondan a la Comunidad Autónoma al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y su desarrollo”.

“Artículo 2.

“1. El territorio de Galicia es el comprendido en las actuales provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra.

“2. La organización territorial tendrá en cuenta la distribución de la población gallega y sus formas tradicionales de convivencia y asentamiento.

“3. Una ley del Parlamento regulará la organización territorial propia de Galicia, de acuerdo con el presente Estatuto”.

45. *Vid.* el fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre, y el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre.

46. Sobre este asunto, el Consejo de Estado, en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, ha manifestado:

“Todos los Estatutos de Autonomía o, en su caso, las leyes autonómicas sobre régimen local aprobadas en desarrollo de sus previsiones, atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia para crear este tipo de demarcaciones supra e inframunicipales. En relación con ello, el Tribunal Constitucional ha declarado que ‘esta competencia autonómica no excluye, ciertamente, la competencia estatal para dictar las normas básicas sobre la materia, pero sí la posibilidad de que el Estado cree o mantenga en existencia, por decisión propia, unas entidades locales de segundo grado que, como tales, solo los órganos de las correspondientes Comunidades Autónomas [...] son competentes para crear o suprimir’ (STC 179/1985).

“En esta misma línea, refiriéndose con carácter general a todas las entidades locales no necesarias -y, por tanto, también a las llamadas ‘entidades locales menores’-, la STC 214/1989 -que declaró inconstitucional un precepto básico en el que se reconocía al Estado la facultad de atribuir competencias a las entidades enumeradas en el artículo 3.2 de la LBRL- dejó sentado que tales entidades ‘entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia. Se trata, en consecuencia, de unas Entidades con un fuerte grado de interiorización autonómica por lo que, en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen. Corresponde, pues, en exclusiva a las Comunidades Autónomas determinar y fijar las competencias de las Entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales’.

“A la luz de la jurisprudencia constitucional extractada, no ofrece dudas que la regulación de los requisitos relativos a la creación y extinción de estas entidades -y aun la correspondiente a la atribución de competencias- escapa al ámbito en que debe desenvolverse la legislación básica del Estado, lo que obliga a reconsiderar la regulación proyectada en aquellos aspectos cuya determinación por el Legislador estatal pueda suponer una intromisión en la esfera competencial autonómica no admi-

do instituir las y cuándo suprimirlas. Así las cosas, ante la compleja situación que planteará, en este punto, la aplicación de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, VELASCO CABALLERO propone que se entienda que el contenido del apartado 3 de dicha disposición constituye una mera posibilidad, que el legislador básico estatal indica al legislador autonómico de desarrollo. Pese a que con esta interpretación, sin duda, la norma estatal resultaría plenamente constitucional, dado el inequívoco tenor literal de la misma, no parece muy probable que los diferentes operadores jurídicos asuman que tal es la naturaleza y finalidad de la citada disposición transitoria<sup>47</sup>.

### 3.2.2. Desde la perspectiva de la mejora de la regulación

#### 3.2.2.1. De los nuevos entes de ámbito territorial inferior al municipio

##### 3.2.2.1.1. Una posible justificación para la aprobación de una regulación específica para los nuevos entes de ámbito territorial inferior al municipio

Desde antes de la reforma de la LBRL que opera la LRSAL, en el artículo 24 de dicha norma<sup>48</sup>, se contenía una habilitación a los ayuntamientos para que estos, con el fin de mejorar la gestión de los asuntos locales y facilitar la participación ciudadana en la misma, pudiesen crear órganos territoriales de gestión desconcentrada, con la organización, funciones y competencias que, libremente, decidiesen conferirles los propios municipios<sup>49</sup>.

Así las cosas, cabe plantearse la pregunta de por qué, cuando el legislador básico, al pergeñar la LRSAL, decide privar de personalidad jurídica a las entidades locales menores que se creen en el futuro, dando lugar al surgimiento de los entes territoriales de ámbito inferior al municipio, no opta simplemente por aplicarles la antedicha regulación, sino que, por el contrario, introduce un precepto *ad hoc* para disciplinarlos. La razón de esta elección podría ser que, con la misma, el legislador estatal pretende dar vida y promover la difusión de un nuevo subtipo de organismo inframunicipal, situado a medio camino entre los tradicionales órganos de gestión territorial desconcentrada y las antiguas entidades locales menores. Así, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en la LRSAL, quizás dichos organismos deberían caracterizarse –además de por el hecho de fundarse, necesariamente, en un núcleo de población separado–, en primer lugar, por tener una cierta autonomía respecto del municipio en el que se incardinan, la cual no poseen los órganos de gestión territorial desconcentrada –de ahí que, de modo discutible, en su establecimiento, se prevea la intervención de la comunidad autónoma y no se deje esta, de forma exclusiva, en manos de los propios ayuntamientos–, y, en segundo lugar, por gozar de unas competencias de mayor alcance y relevancia que las que tienen atribuidas aquellos órganos, como podría ser, por ejemplo, la prestación de servicios obligatorios –así, se explicaría que, para su fundación, se pondere la eficiencia de estos entes, como fórmula de administración desconcentrada, requisito que no se tiene en cuenta para la institución de los antedichos órganos de gestión–.

---

sible desde el punto de vista del esquema constitucional de distribución de competencias; en particular, la supresión de estas entidades como consecuencia de la disolución imperativa en los supuestos previstos en el anteproyecto”.

47. En concreto, este autor afirma: “Se puede interpretar que la Disposición transitoria 4.<sup>ª</sup>3 LRSAL simplemente prevé la *posibilidad* de que el Gobierno de la comunidad autónoma disuelva las entidades menores incumplidoras. Considerando esta facultad como una simple posibilidad –y no como un deber del Gobierno autonómico– se puede también sostener que esta Disposición transitoria 4.<sup>ª</sup>3 LRSAL no afecta de manera cualificada a la amplia competencia autonómica sobre entidades locales inferiores al municipio. Pues, de un lado, la decisión última sobre la disolución corresponde al Gobierno autonómico, conforme a sus propios criterios de política territorial y local. Y, de otro lado, la ley autonómica aún podrá concretar el supuesto de incumplimiento, definir otros supuestos de disolución o no disolución de las entidades locales menores, e incluso podrá establecer el procedimiento administrativo para la disolución. En estos términos, la Disposición transitoria 4.<sup>ª</sup> 2 y 3 LRSAL se inscribe en la competencia básica estatal sobre régimen local (artículo 149.1.18 CE) sin que, simultáneamente, contenga una afección relevante a las competencias autonómicas, incluso exclusivas, sobre régimen local u organización territorial” (“Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, cit., p. 111).

48. La regulación contenida en esta norma se completaba con lo dispuesto en los artículos 128 y 129 del ROF.

49. Así lo recuerda Carmen LUCAS LUCAS, en “El problema de la planta local. Las entidades inframunicipales y supramunicipales”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, p. 184.

### 3.2.2.1.2. *La indeterminación de los requisitos para la creación de entes de ámbito territorial inferior al municipio*

El apartado 3 del artículo 24 bis de la LBRL, como se ha señalado, establece que solo podrán fundarse entes de ámbito territorial inferior al municipio, si su constitución resulta la opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados, de acuerdo con los principios previstos en la LOEPSF<sup>50</sup>.

Dada la excesiva ambigüedad del precepto citado, como ha destacado el propio Consejo de Estado, sería conveniente que se precisase, en mayor medida, dicha condición<sup>51</sup>. Teniendo en cuenta la materia sobre la que incide el artículo indicado, parece que, en principio, tal tarea ha de ser acometida por el Estado, quien debería fijar al menos unos criterios mínimos para poder entender cuándo se cumple tal exigencia; ahora bien, en defecto de tal disciplina estatal, la normativa autonómica de desarrollo en materia de régimen local tendrá que hacer frente a esta responsabilidad.

### 3.2.2.1.3. *Las inconcreciones del procedimiento de institución de los entes de ámbito territorial inferior al municipio*

La iniciativa para la creación de los entes de ámbito territorial inferior al municipio, de conformidad con el apartado 2 del artículo 24 bis de la LBRL, pertenece, indistintamente, a la población interesada o al ayuntamiento correspondiente, el cual, en todo caso, ha de ser oído. Como se puede observar, este precepto no precisa cuál es el órgano competente para proceder a la constitución de dichos entes, aunque el hecho de que señale que el municipio debe de ser escuchado apunta, claramente, a que tal competencia corresponde al consejo de gobierno de la comunidad autónoma. En apoyo de esta interpretación, cabe invocar el apar-

tado 3 de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, donde se establece que la disolución de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que no presenten sus cuentas será acordada por decreto del órgano de gobierno de la comunidad autónoma respectiva, en el que se podrá determinar el mantenimiento de las mismas como forma de organización desconcentrada. Lógicamente, esta disposición confiere al consejo de gobierno la facultad de resolver sobre la continuidad, como órganos desconcentrados, de las entidades locales menores que se extingan, en la medida en que el legislador básico entiende que concierne a dicho órgano decidir la creación de los entes de ámbito territorial inferior al municipio. No obstante lo dicho, desde el punto de vista de la autonomía municipal, resulta criticable el que la competencia para la institución de estos entes de gestión territorial desconcentrada recaiga en la Administración autonómica. Así, en la medida en que ya no son personas jurídicas, ni entidades locales independientes –circunstancia que, en el pasado, justificaba palmariamente la intervención de la Administración autonómica en su establecimiento–, sino que, ahora, constituyen meros órganos internos municipales, su instauración debería considerarse una cuestión de autoorganización municipal, no sujeta, en consecuencia, a ningún tipo de aprobación por la comunidad autónoma.

### 3.2.2.2. *De la disolución de las entidades locales menores preexistentes*

#### 3.2.2.2.1. *El carácter desproporcionado de la medida de supresión de las entidades locales menores preexistentes*

La incorporación del supuesto de incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas, al elenco de causas de extinción de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio que, en la actualidad, se contienen en numerosas normas autonómicas<sup>52</sup>, es

50. De entre los principios recogidos en el capítulo II de la LOEPSF, parece que podrán tener una especial relevancia en este ámbito: el principio de estabilidad presupuestaria (artículo 3), el principio de sostenibilidad financiera (artículo 4), y el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (artículo 7).

51. Sobre este particular, el Consejo de Estado, en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, ha informado: “Por otro lado, en relación con la exigencia de que su creación sea la opción más adecuada en términos de eficiencia (apartado 3), ha de observarse que el anteproyecto no determina el modo en que haya de verificarse la condición, pues únicamente invoca la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en la que no se incluye ningún requisito a estos efectos. Debería, pues, aclararse en el anteproyecto a quién corresponde tal constatación y establecerse las pautas que deban seguirse”.

una decisión manifiestamente desproporcionada del legislador estatal<sup>53</sup>. No parece que un descuido esporádico y coyuntural de una obligación formal justifique, adecuada y suficientemente, la adopción de una medida de naturaleza estructural y de carácter permanente. Además, por otro lado, hay que señalar que, para luchar contra este tipo de faltas administrativas, existen ya, en nuestro ordenamiento, suficientes medios de coacción interadministrativa, mucho menos radicales y más efectivos<sup>54</sup>. Por ello, para remediar las posibles inobservancias formales de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio, se debería recurrir a tales mecanismos, modulándolos, si fuese necesario, para adecuarlos a las particulares circunstancias de estas entidades.

Del mismo modo, tampoco resulta razonable el que se obligue a los ayuntamientos, que han de formular un plan económico-financiero, a promover la extinción de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio existentes en el mismo que, en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, hayan incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, el objetivo de deuda pública, o cuyo período medio de pago a proveedores supere, en más de treinta días, el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Por el contrario, lo sensato, en estos supuestos, sería que dichas entidades tuviesen que proponer las medidas necesarias para

corregir la situación problemática detectada, las cuales deberían de integrarse en el antedicho plan.

En consecuencia, parece oportuno que el legislador estatal elimine de la regulación contenida en la LBRL ambas previsiones, las cuales, además, muy probablemente, como se ha apuntado, pueden ser tachadas de inconstitucionales.

### 3.2.2.2. *Las carencias del procedimiento de extinción de las entidades locales menores preexistentes*

En la disciplina del proceso de supresión de las entidades locales menores incluida en la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, en ningún momento se prevén ni la audiencia de la propia entidad local menor concernida ni la del municipio en el que se halla enclavada<sup>55</sup>. La primera omisión constituye un error manifiesto, en cuanto contradice uno de los más elementales principios que han de inspirar todos los procedimientos administrativos –el de la audiencia a los interesados–, y la segunda preterición supone, además, una clara violación de la garantía institucional de la autonomía local, puesto que no permite a los ayuntamientos afectados participar, en modo alguno, en la adopción de una decisión que incide, directamente, en su círculo de intereses.

52. En este sentido, se puede citar, a modo de ejemplo, el artículo 156 de la LALGA, que dispone: “Procederá la disolución de una Entidad Local Menor cuando se aprecie la insuficiencia de sus recursos o la incapacidad para el ejercicio de sus competencias”. Previsión esta que es casi idéntica a la recogida en la normativa supletoria estatal, en concreto en el artículo 45 del TRRL, que establece: “Para que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma acuerde la supresión de Entidades Locales de ámbito territorial inferior al municipal, será necesario instruir el oportuno expediente en el que se demuestre la insuficiencia de recursos para sostener los servicios mínimos que le estén atribuidos, o se aprecien notorios motivos de necesidad económica o administrativa”.

53. *Vid.*, sobre esta cuestión, la conferencia de FRANCISCO VELASCO CABALLERO en la *Jornada sobre el Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, organizada por el IDL-UAM y el Ayuntamiento de Fuenlabrada (<http://www.idluam.org/cursos-y-seminarios/2013/6323-jornada-sobre-el-proyecto-de-ley-de-racionalizacion-y-sostenibilidad-de-la-administracion-local12-de-diciembre-de-2013>, consultada en febrero de 2014).

54. Así, por ejemplo, en el artículo 19, “Incumplimiento de la obligación de remisión de información”, de la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se ordena que:

“Sin perjuicio de la posible responsabilidad personal que corresponda, el incumplimiento de las obligaciones de remisión de información recogidas en esta Orden, tanto en lo referido a los plazos establecidos, el correcto contenido e idoneidad de los datos requeridos o el modo de envío, dará lugar a un requerimiento de cumplimiento.

“El requerimiento de cumplimiento indicará el plazo, no superior a quince días naturales, para atender la obligación incumplida con apercibimiento de que transcurrido el mencionado plazo se procederá a dar publicidad al incumplimiento y a la adopción de las medidas automáticas de corrección previstas en el artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.6 de la mencionada Ley”.

55. *Vid.* también, en este sentido, sobre la audiencia a los municipios, VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, cit., pp. 111 y 112.

Ahora bien, cabe subsanar las carencias indicadas, entendiendo que las comunidades autónomas han de proceder a la citada extinción, siguiendo el procedimiento ordinario de supresión de estas entidades, que se contiene bien en su propia legislación<sup>56</sup> o bien en la reglamentación estatal supletoria<sup>57</sup>, ya que, en ambos conjuntos normativos, tales audiencias sí se hallan previstas y adecuadamente reguladas. ■

---

56. *Vid.*, por ejemplo, los artículos 159 a 162 de la LALGA.

57. *Vid.* artículos 44 y 45 del TRRL.

---

# Mercado interior europeo y Gobiernos locales en Francia

Gilles J. Guglielmi<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho Público de la Université Panthéon-Assas (París, Francia)

- 1. Consideraciones generales sobre los Gobiernos locales en Francia**
  - 1.1. Las competencias de las colectividades territoriales francesas
  - 1.2. La tradición de intervención económica de las colectividades territoriales francesas
- 2. La Directiva de Servicios**
  - 2.1. La Directiva de Servicios y su transposición en Francia
  - 2.2. La aplicación de la Directiva de Servicios por parte de las colectividades territoriales
  - 2.3. La Directiva de Servicios y la regulación local de las actividades económicas
  - 2.4. Regímenes de control previo por parte de las colectividades territoriales
- 3. Medidas organizativas o procedimentales para asegurar la libre concurrencia en la adjudicación de contratos**
- 4. Ayudas y subvenciones públicas municipales**
- 5. Actividad económica y servicios públicos municipales**

## Resumen

Este artículo analiza el impacto que ha tenido la normativa europea de mercado interior sobre las entidades locales en Francia. Tras un breve repaso de algunos aspectos básicos del régimen jurídico de las entidades locales en Francia, el artículo se centra en cuatro cuestiones distintas: la Directiva de Servicios, las normas sobre contratación pública, el régimen de las ayudas y subvenciones públicas, y el régimen de la actividad económica y servicios públicos locales.

Palabras clave: *Gobiernos locales; Francia; Directiva de Servicios; contratación pública; regulación económica.*

## *The European internal market and local governments in France*

### **Abstract**

*This article analyses the impact of European Union Law on the internal market regarding local governments in France. First, the article addresses some of the basic issues of the legal framework of local governments in France. After that, it focuses its attention on four different questions: the Service Directive, public procurement law, the framework of public aids and subsidies and the framework of the economic activities and public local services.*

Keywords: *local governments; France; Service Directive; public procurement law; economic regulation.*

---

*Artículo recibido el 05/05/2014; aceptado el 15/05/2014.*

1. Traducción de Maria Valeria Di Battista, revisada por el autor. El contenido del texto fue expuesto el 28 de febrero de 2014 en el Seminario "Gobiernos locales y mercado interior", organizado por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid y el Instituto de Formación y Estudios del Gobierno Local de Madrid (Ayuntamiento de Madrid) en el marco del proyecto de investigación DER2012-34855 ("El desarrollo del mercado interior a través de los Gobiernos locales"), del que es investigador principal Francisco Velasco Caballero.

## 1. Consideraciones generales sobre los Gobiernos locales en Francia

Para entender el impacto de la normativa europea de mercado interior sobre la actividad reguladora de las entidades locales, es necesario recordar con carácter previo cuáles son sus competencias y su grado de autonomía. Y para ello es necesario precisar algunas características esenciales de la organización jurídica del territorio y de la estructura de reparto competencial en Francia.

### 1.1. Las competencias de las colectividades territoriales francesas

Francia es un Estado unitario descentralizado. El artículo 1 de la Constitución, modificado a tal efecto en 2003, está redactado así: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. [...] Su organización está descentralizada”. Asimismo, el artículo 72 precisa: “Las colectividades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones, las colectividades con estatuto especial y las colectividades de ultramar regidas por el artículo 74. Cualquier otra colectividad territorial está creada por la ley [...]. En las condiciones previstas por la ley, estas colectividades se administran libremente a través de consejos electos y disponen de un poder reglamentario para el ejercicio de sus competencias”. Por cierto, la complejidad y la sofisticación de este sistema de repartición de competencias han alcanzado en la actualidad un pico con la creación de “metrópolis” o áreas metropolitanas mediante la Ley núm. 2014-58, de 27 de enero de 2014, de modernización de la acción pública territorial y de afirmación de las áreas metropolitanas<sup>2</sup>.

Pero sigue estando claro que las colectividades territoriales quedan totalmente en manos del legislador nacional. No se les delega ninguna parcela de la función legislativa. Tienen la obligación de aplicar la legislación nacional sin modificarla (salvo en el caso, poco frecuente, del fenómeno conocido como “experimentación”). Mediante la comunicación obligatoria por parte de las colectividades territoriales de todos los actos importantes que adoptan, un representante del Estado vela por que se controle el respeto de la legislación nacional.

En cuanto al poder reglamentario local, este no se ejerce para la aplicación de las leyes nacionales, puesto que estas son completadas por decretos de aplicación adoptados por el Gobierno. Solo concierne a lo que es necesario para la organización y el funcionamiento de los servicios administrativos de las colectividades mismas o de sus solas intervenciones que no estarían regidas por una ley nacional.

Este marco parece extremadamente coercitivo y contrasta con la realidad, en la que se observa mucha presencia de las instituciones locales en la vida económica cotidiana. Cabe preguntarse cuál es la causa de este desajuste entre el marco normativo (que asegura una gran presencia al Estado a expensas de las colectividades territoriales) y la experiencia histórica contrastada (en la que las colectividades territoriales desempeñan un papel muy activo en la economía).

### 1.2. La tradición de intervención económica de las colectividades territoriales francesas

A fines del siglo XIX y principios del XX se produjo un gran auge del intervencionismo de las colectividades locales, principalmente por parte de los municipios

2. La Ley confirma la cláusula general de competencia para las regiones y los departamentos. Clarifica las condiciones de ejercicio de ciertas competencias de las colectividades territoriales, al instaurar jefes de fila:

- a) la región para el desarrollo económico, las ayudas a las empresas y los transportes (el Senado ha agregado la biodiversidad, la transición energética y la Agenda 21);
- b) el departamento para la acción social, las políticas de coordinación de servicios digitales y la solidaridad territorial;
- c) los municipios para la movilidad durable y la calidad del aire.

El turismo sigue siendo una competencia compartida entre los municipios, los departamentos y las regiones.

El texto instituye a nivel regional una conferencia territorial de la acción pública que establecerá un pacto de gobernanza territorial. Estará encabezada por el presidente del *Conseil régional*, y reunirá a los representantes del conjunto de los poderes ejecutivos locales -regiones, departamentos, *métropoles*, aglomeraciones-, así como delegados de alcaldes y de comunidades de municipios, y un representante del Estado (el prefecto).

Por otra parte, la Ley crea un nuevo estatuto para las *métropoles* con el fin de permitir que las aglomeraciones de más de 400 000 habitantes ejerzan plenamente su papel en materia de desarrollo económico, de innovación, de transición energética y de política de la ciudad. Las *métropoles* de París, Lyon y Marsella tendrán un estatuto particular.

que, ante los primeros efectos del éxodo rural generado por el desarrollo de los centros industriales, hacían frente al surgimiento de necesidades en servicios públicos.

Utilizando los poderes atribuidos por la Ley municipal de 1884<sup>3</sup>, los municipios organizaron numerosos servicios que proveían bienes y prestaciones con miras no solo de proceder a los ajustes entre progreso técnico y mejora de las formas de vida social, sino también para luchar contra los abusos del sector privado y responder a demandas crecientes de los habitantes: distribución de electricidad y gas, organización de los transportes urbanos e interurbanos, saneamiento y distribución del agua, pero también construcción de baños públicos, puesta a disposición de lugares de aprovisionamiento, instalación de consultorios médicos, etc.

El fundamento de esta intervención es lo que los juristas franceses de derecho público llaman hoy “cláusula general de competencia”<sup>4</sup>. La cláusula general de competencia planteada por la ley significa que las colectividades territoriales disponen, en el respeto del marco legislativo nacional, de una capacidad de intervención general, sin que sea necesario proceder a una enumeración de sus atribuciones. Supone, más concretamente, que el órgano deliberante de la colectividad “regula mediante sus deliberaciones los casos” de esta. La jurisprudencia administrativa ha ido trazando los contornos bastante amplios de los motivos que justifican esta intervención: se trata de la noción de interés público local<sup>5</sup>.

Así, desde principios del siglo XX el juez administrativo admitió la legalidad de la creación de servicios públicos de prestación cuando circunstancias “excepcionales” de tiempos y lugares lo justificaban (CE, 1901, Casanova). Luego, en el momento de la crisis de 1929, el juez administrativo admitió que esas intervenciones fueran legales en su principio cuando circunstancias “particulares” de tiempos y de lugares lo justificaran (CE, 1930, Cámara Sindical de Comercio Minorista de Nevers).

Sin embargo, esta intervención solo podía constituir una excepción al principio según el cual las empresas de bienes y servicios quedan reservadas en general a la iniciativa privada, y, para intervenir, los municipios deben encontrarse ante un “incumplimiento o una insuficiencia manifiesta de la iniciativa privada” (CE, 18 de enero de 1935, Chouard, y CE, 22 de noviembre de 1935, Didier).

En la actualidad, los principios que rigen la intervención económica de las colectividades territoriales siguen estando fijados por la jurisprudencia. Desde el año 2006 resultan de un fallo de la Orden de abogados del Colegio de París<sup>6</sup>. Si las personas públicas entienden, independientemente de las actividades necesarias para la realización de las misiones de servicio público con las que están investidas, “tener a cargo una actividad económica, estas pueden hacerlo legalmente solo en el respeto tanto de la actividad de comercio e industria como del derecho de la competencia; que en este sentido, para intervenir en un mercado, estas no solo deben actuar en el límite de sus competencias, sino asimismo justificar un interés público, el cual puede resultar especialmente de la carencia de iniciativa privada; que una vez admitida en su principio, tal intervención solo debe realizarse siguiendo modalidades tales que, en razón de la situación particular en la cual se encontraría esta persona pública respecto de los demás operadores que actúan en el mismo mercado, ella no falsearía el libre juego de la competencia sobre este”<sup>7</sup>.

La intervención económica de las colectividades territoriales depende entonces de dos esferas distintas: una depende del ejercicio de actividades que están previstas por las leyes nacionales, ya sea de actividades generales que conciernen a las competencias de las colectividades, ya sea de actividades sectoriales que corresponden a políticas económicas públicas. La otra depende del poder de iniciativa de las colectividades territoriales, reconocido por la cláusula general de competencia completada por la jurisprudencia sobre el

3. Incluso si estos poderes se ejercían en esa época bajo tutela del prefecto, representante del Estado, quien mediante su aceptación daba fuerza ejecutoria a los actos de las colectividades territoriales.

4. Enunciada por la Ley municipal de 1884 para los municipios, fue extendida por las grandes leyes de descentralización de 1982 y 1983 a las demás colectividades territoriales (hoy artículos L.2121-29 CGCT para los municipios, L.3211-1 para los departamentos, y L.4221-1 para las regiones).

5. En último lugar, CE, 10 de julio de 2009, *Département de l’Aisne*, CE, 3 de marzo de 2010, *Département de la Corrèze*, RFDA 2010, núm. 1, *note Clamour*.

6. CE ord. ref., 31 de mayo de 2006, req. 275531; RFDA 2006, p. 1048, concl. Casas (a propósito del Decreto de 19 de octubre de 2004 que lleva a la creación de la misión de apoyo a la realización de los contratos de partenariado).

7. Para una aplicación, *cfr.*: CE, 5 de julio de 2010, Sindicato Nacional de Agencias de Viajes.

interés público. Ambas esferas se completan y en ocasiones el respeto de las restricciones de competencias en presencia de un objeto económico importante empuja al legislador nacional a intervenir. Por ejemplo, cuando comenzaron a desarrollarse las redes de comunicación electrónica de banda ancha hacia el año 2000, la intervención de las colectividades territoriales en materia de inversión y de explotación de redes abiertas al público no había sido convalidada por la jurisprudencia. El legislador nacional fue creando la base de estas intervenciones: la inversión es posible, pero la explotación está condicionada por la insuficiente iniciativa privada, constatada por un llamado a licitación infructuoso (Ley para la confianza en la economía digital, núm. 2004-575, de 21 de junio de 2004, artículo L. 1425-1 CGCT).

## 2. La Directiva de Servicios

### 2.1. La Directiva de Servicios y su transposición en Francia

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, denominada "Directiva de Servicios", plantea reglas que facilitan el establecimiento y la libre circulación de los prestatarios pertenecientes a la Unión Europea (UE) o al Espacio Económico Europeo (EEE).

Esta Directiva distingue las reglas aplicables al establecimiento en un Estado miembro de la UE o del EEE de aquellas relativas a la prestación de servicios transfronterizos. La noción de "establecimiento" implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por parte del prestatario, por una duración indeterminada, y por medio de una infraestructura estable, a partir de la cual el suministro de servicios queda realmente asegurado. La "libre prestación de servicios" permite que un operador económico perteneciente a la UE o al EEE ofrezca sus servicios de manera temporal en otro Estado miembro, sin tener que establecerse en él. Se caracteriza por tanto por suponer una participación en la vida económica del Estado miembro de acogida que no es continua ni estable. La jurisprudencia europea ha confirmado esta distinción, al diferenciar las reglas

aplicables al establecimiento de aquellas que lo son a la prestación transfronteriza de servicios.

La Directiva crea un marco jurídico para garantizar el ejercicio de la libre prestación de servicios. Por una parte, permite que los empresarios establecidos en la UE o en el EEE se beneficien plenamente de esta ventaja, de la misma manera que cualquier otro empresario perteneciente a la UE o al EEE. Por otra parte, prohíbe que se imponga a los empresarios ya establecidos en un Estado miembro un requisito de autorización para ejercer temporalmente la misma actividad en otro Estado miembro. Por último, la Directiva no cuestiona el hecho de que un empresario establecido en otro Estado miembro, que ejerce regularmente y con carácter principal una profesión reglamentada en Francia, sea considerado como establecido en Francia y sometido a la obligación de obtener una autorización para poder ejercer, siempre que existan razones imperiosas de interés general que justifiquen la reglamentación de la profesión.

La Directiva de Servicios ha sido transpuesta en Francia mediante distintas leyes, como la núm. 2011-302, de 22 de marzo de 2011, que incluye diversas disposiciones de adaptación de la legislación al derecho de la Unión Europea en materia de salud, de trabajo y de comunicaciones electrónicas. El legislador ha respetado los principios planteados por la Directiva. En cuanto concierne al régimen aplicable a los empresarios establecidos en el EEE, las disposiciones de la Ley de 22 de marzo de 2011 no crean una situación desfavorable para los empresarios establecidos en Francia y no crean discriminación inversa, puesto que la dispensa de licencia y la declaración solo conciernen a empresarios ya establecidos en su respectivo Estado. Por ejemplo, los empresarios de espectáculos pertenecientes a la UE o al EEE que desean establecerse en Francia tienen la obligación de obtener ya sea una licencia, ya sea el reconocimiento del título en el que pretendan ampararse.

### 2.2. La aplicación de la Directiva de Servicios por parte de las colectividades territoriales

Al esquema de preguntas planteadas por la Comisión a los Estados miembros para evaluar la transposición de la Directiva<sup>8</sup>, Francia respondió así:

8. *Rapport de synthèse sur la transposition (France)*, 20 de enero de 2010.

Pregunta 3: “¿Existen exigencias impuestas a nivel local (regional, departamental)?”

Respuesta: “En Francia, la elaboración y la adopción de las reglamentaciones que entran en el campo de la Directiva de Servicios están centralizadas a nivel nacional, ya que las colectividades territoriales no detentan esta competencia”.

He aquí algo que posee el mérito de ser claro. No obstante, si bien es evidente que las colectividades territoriales no pueden tener ningún papel en la transposición de la Directiva de Servicios (que pertenece enteramente al Estado), no por ello se puede invocar cualquier directiva europea contra las autoridades descentralizadas<sup>9</sup>. Es innegable que las colectividades territoriales se encuentran sobre el efecto vertical ascendente de las directivas, incluso si es el Estado el que debe transponer. En consecuencia, las colectividades territoriales tienen como obligación no ordenar reglas contrarias a los objetivos de la directiva.

Por otra parte, en el ejercicio de sus competencias, las autoridades descentralizadas muchas veces se hallan vinculadas entre sí. En efecto, en la esfera económica más usual, las competencias de intervención a menudo están repartidas entre los diferentes niveles de Administración local (comuna, establecimientos públicos de cooperación, departamento, región). A más reparto, más controles recíprocos por parte de actores diferentes para respetar el conjunto de las normas de referencia de la legalidad.

A título de ejemplo, el otorgamiento de ayudas públicas por parte de una comuna está condicionado por la inserción en un plan de ayudas y por reglas fijadas por la región. La maestría de obras de los proyectos de planificación y urbanismo, a menudo es brindada para los municipios de menos de mil habitantes por los servicios departamentales de equipamiento o por una agencia departamental. La planificación, el mantenimiento y la gestión de las grandes infraestructuras de transporte (aeropuertos, puertos marítimos) pueden ser requeridos por ciertas colectividades a título principal, pero con la cooperación de las demás en porcentajes diferentes según el origen del pedido. Por último,

ciertas competencias locales propias y reales se encuentran incluidas, sin embargo, en políticas nacionales que las orientan (seguridad social, exclusiones sociales, ingreso social de actividad, “ordenamiento del territorio” nacional).

### 2.3. La Directiva de Servicios y la regulación local de las actividades económicas

1.º) Los procedimientos de autorización, de aprobación o de habilitación que pueden abarcar actividades económicas de impacto a veces local han sido revisados, en principio, por la “Ley de modernización de la economía” núm. 2008-776, de 4 de agosto de 2008.

Esta Ley incluye ante todo varias disposiciones<sup>10</sup> sobre la apertura de la detención de capital para las SEL –sociedades de ejercicio liberal–, sociedades de las profesiones liberales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario o cuyo título está protegido, y sociedades de participaciones financieras de profesiones liberales. Se trata de las “profesiones reglamentadas” francesas: arquitectos, auditores, censores de cuentas, abogados, profesiones médicas y sanitarias, peritos topógrafos, peritos inmobiliarios, agrícolas y forestales. La parte de los capitales de una SEL que puede ser detenida por terceros no pertenecientes a estas profesiones fue entonces aumentada al 49 por ciento.

Por otra parte, esta Ley procede a una reforma de las reglas del urbanismo comercial, es decir, del marco jurídico que regula la apertura y extensión de las grandes superficies de distribución alimentaria (hipermercados y supermercados)<sup>11</sup>.

Por último, la Ley de 4 de agosto de 2008 suprime la autorización de apertura antiguamente impuesta a los establecimientos hoteleros.

2.º) Los procedimientos de autorización, de sello o de habilitación que pueden afectar a actividades económicas de impacto a veces local luego fueron modificados para la venta de viajes y el turismo.

La Ley núm. 2009-888, de 22 de julio de 2009, de desarrollo y modernización de servicios turísticos, con-

9. CJCE, 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo c/ Comune di Milano*, para una comuna.

10. Artículo 60 de la Ley núm. 2008-776, de 4 de agosto de 2008, de Modernización de la Economía, que modifica lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley núm. 90-1258, de 31 de diciembre de 1990.

11. Sobre la historia y el principio del urbanismo comercial en Francia, *cfr.* MONNET, J., “L’urbanisme commercial français de 1969 à 2009: Quels changements avant et après la Directive européenne ‘Services’?”, ponencia en las Jornadas Internacionales de Estudio y Análisis *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo* (Valladolid, 14-15 de octubre de 2008), por invitación del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.

lleva especialmente una reforma de la actividad de venta de viajes, así como de la actividad de clasificación de los alojamientos turísticos. Su objetivo es modernizar y simplificar el sector, y adecuarlo a la Directiva de Servicios.

Esta Ley adapta la reglamentación aplicable a los profesionales del turismo, suprimiendo los cuatro regímenes de autorización que existían antes (licencia, habilitación, sello y autorización), pero manteniendo las garantías necesarias para los consumidores. Además, los agentes de viajes ya no están obligados a ejercer su actividad de manera exclusiva.

Sus decretos de aplicación<sup>12</sup> tienen asimismo un efecto simplificador sobre las profesiones de agente de viajes, de guía-intérprete y de *conférencier* (guía especializado, generalmente diplomado en historia y artes). La práctica demuestra que no por ello se facilita el acceso a estas profesiones, puesto que se ha detectado la exigencia de una formación profesional específica para ejercerlas<sup>13</sup>.

3.º) Los procedimientos de autorización, de sello o de habilitación que pueden aplicarse a actividades económicas de impacto a veces local finalmente fueron modificados en la esfera médico-social.

Podría sorprender el ver que la Ley núm. 2009-879, de 21 de julio de 2009, sobre la reforma hospitalaria y relativa a los pacientes, la salud y los territorios (HPST), figure a título de las puestas en aplicación de la Directiva "Servicios", lo cual no sucede oficialmente, pues gran parte de los establecimientos y servicios sociales y médico-sociales están excluidos del campo de aplicación de la Directiva<sup>14</sup>. Asimismo, se podría pensar que atañe a un servicio público nacional (el único servicio público nacional de medicina de Francia: el servicio público hospitalario) y no a cuestiones locales: en realidad, es aquí donde se sitúa el único debate público real que atañe a las intervenciones de las colectividades territoriales.

Entre los servicios del campo social y médico-social, el Gobierno francés ha considerado que solamente po-

dían depender del campo de aplicación de la Directiva los que acogen a niños pequeños<sup>15</sup> (guarderías) y los "servicios a la persona"<sup>16</sup> (ayuda a domicilio para los enfermos inmovilizados, las personas discapacitadas o ancianas). Se ha considerado que, para los establecimientos que acogen a los niños pequeños, el sello "Protección Materna e Infantil" (PMI) era en realidad una autorización, y que para los servicios de ayuda a domicilio el mandato no estaba constituido.

Pues resulta que, por una parte, las guarderías son, desde hace mucho tiempo, servicios prestados por los municipios. Por lo tanto, calificarlas de servicios públicos es totalmente posible. Ciertas corrientes de un partido político habían convertido este punto en un elemento de plataforma electoral en 2006 y luego en 2011, para que toda actividad de guardería en Francia fuera prestada bajo un régimen de servicio público definido por una ley nacional. Por otra parte, los municipios son muy activos en el área de los "servicios a la persona", que permiten también la reinserción de aquellas personas privadas de empleo, y, cualquiera que sea el prestatario efectivo, la iniciativa de formalizar el mandato correspondiente a un interés público local solo pertenecería a las autoridades municipales. Esto generó duras críticas, tanto de los sindicatos como de las asociaciones que representan a las colectividades territoriales.

Este debate, junto con el del "fontanero polaco", fue prácticamente el único que cuestionó las consecuencias de la Directiva de Servicios, y en todo caso es el único que atañe al derecho público y las políticas públicas en un ámbito esencial de la solidaridad: la ayuda y la acción social. A partir de este debate se acrecentó mucho el grado de formalización de la confrontación entre el derecho público francés y la noción europea de Servicios Sociales de Interés General (SSIG).

La Ley de 21 de julio de 2009, denominada HPST, también introdujo una diferencia en el procedimiento de autorización, dependiendo de si los proyectos de

12. Decreto núm. 2009-1259, de 19 de octubre de 2009, tomado para la aplicación del artículo L. 411-11 del Código del Turismo, Decreto núm. 2009-1650 y Decreto núm. 2009-1652, de 23 de diciembre de 2009.

13. Sobre el fundamento de otra norma europea: Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de las calificaciones profesionales.

14. La mayoría de los servicios sociales y médico-sociales cumplen con los dos criterios acumulativos de exclusión del campo de aplicación material de la Directiva, figurando en el artículo 2-2j: "1. El público al que atañen estos servicios es un público que se encuentra, de manera permanente o temporaria, en una situación de indigencia. 2. Estos servicios reciben un mandato de los poderes públicos para ejercer su misión".

15. Artículos L. 214-1 del Código de Acción Social y de las Familias, y L. 2324-1 del Código de Salud Pública.

16. Artículo L. 313-1 del Código de Acción Social y de las Familias.

creación requieren fondos públicos o no. Para los establecimientos y servicios que los requieren, la autorización se otorga previo dictamen de una comisión de selección de los proyectos. Este procedimiento tiene como objetivo hacer que las autoridades administrativas designen a un prestatario que garantice una misión de interés general reconocida, y que responda a una necesidad de interés general identificada. Se trata entonces de un mandato. Para los establecimientos y servicios que no requieren fondos públicos, las condiciones de autorización se han aliviado: para ser autorizados, deben responder a las reglas de organización y de funcionamiento y al dispositivo de evaluación de salud. Se trata entonces de criterios de calidad necesarios y proporcionados respecto de la salud pública.

#### **2.4. Regímenes de control previo por parte de las colectividades territoriales**

Queda claro que Francia ha hecho un esfuerzo palpable para aligerar los regímenes de autorización, que podían parecer, ya sea desproporcionados, ya sea discriminatorios. Es imposible citarlos todos, pero podemos mencionar, para ilustrar un inventario muy amplio:

La licencia de empresario de espectáculos (impuesta a los prestatarios establecidos legalmente en un país de la UE o del EEE por la duración de las representaciones) es reemplazada por una declaración ante las autoridades competentes.

Asimismo, a título de las modificaciones del Código Rural, se han suprimido varias formalidades de sello para reemplazarlas por una declaración: para la actividad de peluquería canina y felina, las actividades de reproducción animal, la agricultura razonada, los recolectores de cereales, etc.

Cuestión históricamente importante para los municipios: la supervisión de las actividades funerarias da lugar al mismo tipo de simplificación; el sello de las instalaciones técnicas funerarias previsto por el Código General de las Colectividades Territoriales se transforma en dispositivo de acreditación. La clarificación de las condiciones de acceso al ejercicio de estas actividades queda asegurada, incluso si el número de establecimientos capaces de efectuar tales controles es muy limitado.

En cambio, apenas puede entrar en juego una reglamentación nacional, incluso si concierne a las co-

lectividades territoriales, como ciertas policías administrativas especiales de la actividad económica, o una cuestión de orden público o de utilización del dominio público; los regímenes de autorización existentes y que dependen de la acción local del Estado relevada por las colectividades no se cuestionan de ninguna manera.

Se trata de todo lo que se aplica al urbanismo, el medio ambiente, la seguridad, la salubridad, etc.

Las actividades más simples que pueden interesar a los municipios, como los espectáculos callejeros, las demostraciones deportivas en la vía pública, están sometidas a regímenes de autorización, simplemente porque el prefecto representante del Estado suele detentar la posibilidad de agregar medidas extra de seguridad (recorridos, horarios, instalaciones, perímetros) que no tienen nada que ver con la instalación misma, y que siempre deben primar sobre las modalidades económicas de prestación.

A partir de entonces, si bien puede suceder que, en estos regímenes de autorización y de supervisión, ciertas funciones de control, preventivo o no, sean delegadas a actores privados (peritos, metrólogos, etc.), se trata de una decisión a nivel nacional y no local.

### **3. Medidas organizativas o procedimentales para asegurar la libre concurrencia en la adjudicación de contratos**

La respuesta a esta pregunta es bastante simple si miramos la historia del "derecho de los mercados públicos" en Francia, y las decisiones del Gobierno francés en materia de transposición del derecho europeo de los contratos públicos.

En Francia, el derecho de los mercados públicos aparece en las ordenanzas reales de la Monarquía de Julio (a partir de 1830) por razones que se explican por la preservación de los denarios públicos. A partir de entonces, no sorprende que la materia sea objeto de gran atención por parte del Estado francés y, más precisamente, del Ministerio de Economía y Finanzas, que, en concreto, es el redactor de estos textos. Consciente del peso económico de los mercados públicos, desde mediados de los sesenta el Gobierno francés se dota de un Código de Mercados Públicos que, por otra parte, diferenciaba los del Estado (Decreto de 17 de junio de 1964) y los de las colectividades territoriales (Decreto de 28 de noviembre de 1966).

Es preciso saber –y pocas veces se destaca– que la competencia para fijar las reglas en materia de mercados del Estado pertenece al poder reglamentario<sup>17</sup>, es decir, al primer ministro, mientras que el encuadre de las reglas en materia de mercados de las colectividades territoriales solo puede pertenecer al legislador en razón del principio constitucional de libre administración de las colectividades territoriales<sup>18</sup>. Sin embargo, esta última competencia legislativa resulta totalmente vaciada de su efecto, pues el juez administrativo, como consecuencia de una interpretación compleja, ha considerado que dos antiguas leyes (Decreto-ley de 12 de noviembre de 1938 y Ley de 7 de agosto de 1957, el primero relativo a los mercados de las colectividades locales y de los establecimientos públicos, y la segunda a los mercados de obras en general) han dado competencia al Gobierno para extender a las colectividades territoriales, mediante decreto del Consejo de Estado, las reglas aplicables a los mercados públicos del Estado.

A título de esta competencia y de aquella, general, de transposición de los textos europeos, especialmente de la Directiva “Recurso” de 1989, el Gobierno francés decidió elegir una arquitectura de recurso puramente contenciosa, entregada a los jueces judicial y administrativo –que en Francia solo pueden ser nacionales– en materia de impugnación precontractual y contractual de los contratos públicos. En consecuencia, las colectividades territoriales no disponen de ningún margen de iniciativa en este ámbito.

Como todo el marco jurídico de los recursos se fija a nivel nacional, a las colectividades territoriales que quieran evitarlo solo les queda el uso de medios alternativos de resolución de litigios de que dispondría cualquier otro actor del sistema jurídico: Estado, establecimientos públicos, distintos poderes adjudicadores.

Los órganos internos de consulta en el procedimiento de mercados públicos quedan estrictamente definidos

por los textos, y la oposición política debe estar representada en ellos. La decisión siempre queda en manos de la asamblea deliberante de la colectividad territorial, y siempre se da delegación al ejecutivo para firmar.

Para concluir, y de manera general, las colectividades territoriales francesas han “jugado el juego” de la aplicación de un derecho de los mercados públicos que se ha vuelto muy complejo<sup>19</sup> por la articulación de reglas nacionales y reglas europeas transpuestas, a veces con retraso e impaciencia, por el Gobierno y hasta mediados del año 2000. Se han creado servicios administrativos que cuentan con mucho personal para tratar de realizar las contrataciones en buenas condiciones de seguridad jurídica. Por otra parte, la verdadera preocupación de las colectividades territoriales no es contribuir al mercado único europeo, sino responder a las necesidades de la colectividad, en lo posible incitando a las pequeñas y medianas empresas locales a ser candidatas, siempre evitando la nulidad del contrato.

#### 4. Ayudas y subvenciones públicas municipales

En el sentido estricto del vocabulario jurídico, las subvenciones municipales se diferencian de las ayudas. Las ayudas designan toda forma de ventajas concedidas a agentes económicos [toma de participación, garantías de empréstitos, toma de una parte del funcionamiento de un servicio sobre medios públicos –fondos o personal–, compra de una parte de la producción, garantía de ingresos, compensación de actividades competitivas puras mediante actividades que dependen de servicios de interés económico general (SIEG), etc.]. Estas serán tratadas a título de la gestión de servicios públicos. Pues, en principio, el Código General de las Colectividades Territoriales<sup>20</sup> prohíbe que las personas públicas

17. CC. núm. 460-DC, 22 de agosto de 2002, Ley de Programación para la Seguridad Interna; CE Ass., 5 de marzo de 2003, Orden de Abogados en la Corte de Apelación de París, AJDA 2003, p. 718, crón. BJDCP 2003, núm. 28, p. 109, concl. Piveteau.

18. Constitución de 1958, artículo 72; CE sect. 14 de mayo de 1971, *Fasquelle*, Rec. p. 360; CC núm. 89-L, 2 de junio de 1976, Rec. p. 72.

19. Un cálculo frecuente de los juristas de terreno considera que un mercado público de cada dos puede ser anulado por el juez contencioso-administrativo.

20. *Cfr.* por ejemplo CGCT, artículo R 2221-94. Incluso en las *régies* (modalidades de gestión local) con autonomía financiera, es decir, cuando las colectividades territoriales garantizan ellas mismas la prestación por sus propios medios, un déficit de explotación debe ser cubierto mediante agregado a las cargas de explotación del ejercicio. Esto parece excluir toda cobertura del déficit por una subvención interna, cualquiera que sea su proveniencia. Además, el órgano deliberante de la colectividad territorial debe, en caso de déficit, tomar medidas de desarrollo, ya sea modificando las tarifas, ya sea reorganizando los servicios buscando economizar.

locales subvencionen un servicio público industrial o comercial, así como que asuman una parte de sus gastos<sup>21</sup>.

Las subvenciones municipales, departamentales o regionales son desembolsos de sumas de dinero, directos y unilaterales, efectuados por las personas públicas locales. Estas subvenciones se atribuyen en su cuasi totalidad a asociaciones sin fines de lucro regidas por la Ley de 1901, que son muy numerosas y muy importantes para la vida local francesa. El Gobierno intenta orientar el sector asociativo mediante circulares o esquemas-tipo contractuales. Al respecto se puede ver la Carta de Compromisos Recíprocos entre el Estado, el Movimiento Asociativo y las Colectividades Territoriales, firmada el 17 de febrero de 2014<sup>22</sup>.

Cada vez más a menudo, estas posibilidades de subvenciones están aseguradas por ley nacional. Es el caso, por ejemplo, en el ámbito deportivo. Así, el Código Deportivo prevé, en su artículo L.113-2, párrafo 1: "Para misiones de interés general, las asociaciones deportivas o las sociedades deportivas pueden recibir subvenciones públicas. Estas subvenciones son objeto de convenios entre, por una parte, las colectividades territoriales y sus agrupamientos, así como los establecimientos públicos de cooperación intercomunal y, por otra parte, las asociaciones deportivas o las sociedades que ellas constituyen".

Por otra parte, si una actividad recibe la calificación de servicio público con carácter administrativo, esta escapa *a priori* a las reglas del derecho de la Unión Euro-

pea. El juez administrativo lo ha recordado de manera fulgurante a propósito de un festival municipal de índole cultural (música y danza). La asociación del festival que había sido habilitada para administrar el servicio público por cuatro colectividades públicas (acción concertada) "no podría ser considerada, teniendo en cuenta su objeto estatutario y el control que ejercen sobre ella tales colectividades, como un operador al que solo se podría apelar en el marco de un contrato de delegación de servicio público o de un mercado público de servicio" (CE sect., 6 de abril de 2007, req. 284736, Comuna de Aix-en-Provence). Esta formulación alambicada *a contrario* significa que el servicio no es de índole económica y, por lo tanto, no podría influir en el mercado interior. En consecuencia, en Francia el funcionamiento de los festivales "públicos" puede ser ampliamente subvencionado sobre el presupuesto de las personas públicas.

En realidad, es mediante las subvenciones y los convenios que el juez administrativo reconoce las actividades que, por otra parte, podrían ser comerciales, pero que la intervención pública, para conservar el entramado social y reforzar la cohesión social, transforma en actividades de servicio público<sup>23</sup>. Este proceso generalmente se justifica en caso de insuficiente iniciativa privada, por ejemplo en materia de actividades culturales o de organización de espectáculos<sup>24</sup>.

El régimen general de las subvenciones concedidas por personas públicas ha sido fijado por el artículo 10 de la Ley núm. 2000-321, de 12 de abril de 2000: "La au-

21. Solo se exceptúan ciertos tipos de servicio, y en casos limitativamente enumerados por los municipios. Por ejemplo, cuando las exigencias del servicio público llevan a la comunidad a imponer limitaciones particulares de funcionamiento, o cuando el funcionamiento del servicio público exige la realización de inversiones que no pueden ser financiadas sin aumentar excesivamente las tarifas. Si bien el servicio funciona gracias a subvenciones de una persona pública, su carácter administrativo es patente, pues semejante modo de funcionamiento es exclusivo del carácter industrial y comercial, es decir, manifiestamente de una empresa privada (TC, 12 de enero de 1987, *Comp. des Eaux et de l'Ozone*, Rec. p. 442, RFDA, 1987, p. 284, concl. Massot).

22. [http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/dossier\\_de\\_presses/charte\\_dengagements\\_reciproques.pdf](http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/dossier_de_presses/charte_dengagements_reciproques.pdf)

23. Por ejemplo, el artículo 55 de la Ley núm. 85-30, de 9 de enero de 1985, relativa al desarrollo y a la protección de la montaña (modificada por la Ley núm. 2005-157, de 23 de febrero de 2005, prec.), afirma que "la existencia en zona de montaña de un equipamiento comercial, de un artesanado de servicios y de una asistencia médica que respondan a las necesidades habituales de la población y contribuyan al mantenimiento de la vida local es de interés general". En consecuencia, "el Estado, las colectividades territoriales y los establecimientos públicos, en el límite de sus competencias respectivas, toman en consideración la realización de este objetivo en el marco de acciones que emprenden en materia de desarrollo económico y social. En caso de carencia o insuficiencia manifiestas de la iniciativa privada, esto puede manifestarse para el mantenimiento, en el conjunto del territorio de montaña, de una red comercial de proximidad compatible con la transformación del aparato comercial de la nación; la mejora de las condiciones de ejercicio de las actividades comerciales y artesanales de servicio en medio rural de montaña, favoreciendo la evolución de la modernización".

24. CE sect., 6 de abril de 2007, req. 284736, Comuna d'Aix-en-Provence. Ver también Circular Ministerio Cultura y Comunicación de 24 de octubre de 2003 relativa al dispositivo de apoyo a los comercios de bienes culturales: "la existencia de comercios culturales de proximidad es un elemento indispensable para permitir el acceso de todo tipo de público a una oferta diversificada de bienes y servicios culturales. Esta contribuye al ordenamiento y la vitalidad de los territorios".

toridad administrativa que atribuye una subvención debe, cuando esta subvención sobrepasa un umbral definido por decreto (23 000 €, Decreto núm. 2001-495, de 6 de junio de 2001), concertar un convenio con el organismo de derecho privado que se acoge a este beneficio, definiendo el objeto, el monto y las condiciones de utilización de la subvención atribuida. Esta disposición no se aplica a los organismos que gozan de subvenciones para la construcción, la adquisición y la mejora de las viviendas locativas sociales previstas en el libro III del Código de la Construcción y el Hábitat”.

Desde la promulgación de esta Ley, cada colectividad territorial debe instituir un expediente de pedido de subvención que se impone a toda asociación requerente. Aquí también el Estado intenta homogeneizar las prácticas sin poder coartarlas. La Circular del primer ministro de 24 de diciembre de 2002 contiene, en anexo, un “expediente común de subvención”. En su Circular de 16 de enero de 2007 relativa a las subvenciones estatales a las asociaciones y a las convenciones plurianuales de objetivos<sup>25</sup>, el expediente común de subvención “debe ser utilizado por las Administraciones del Estado en su conjunto”, pero “conviene también incitar a las colectividades territoriales a inspirarse y a recurrir a él, en particular cuando financian acciones junto con los servicios del Estado o sus establecimientos públicos”. Por último, la Circular de 18 de enero de 2010 sobre las relaciones entre poderes públicos y asociaciones clarifica sus relaciones financieras y propone un modelo de convenios de objetivos<sup>26</sup>. Además del control ejercido por la colectividad territorial que atribuye la subvención, las Cámaras regionales de cuentas pueden efectuar la verificación de las cuentas de establecimientos, sociedades, agrupamientos y organismos, cualquiera que sea su estatuto jurídico, a los cuales las colectividades territoriales, sus establecimientos públicos o los establecimientos públicos nacionales aportan una ayuda financiera superior a 1500 euros (artículo L. 211-4 del Código de las Jurisdicciones Financieras).

En cuanto al hecho de que un subsidio pueda constituir una “ayuda de Estado” en el sentido europeo, es

posible. La reglamentación europea de ayudas de Estado se aplica a toda “empresa” que reciba un financiamiento público, siempre y cuando esta ejerza una actividad “económica” de interés general, y ello cualquiera que sea su estatuto jurídico o la manera en que es financiada por la colectividad pública.

El primer ministro recuerda, en una circular<sup>27</sup>, que una asociación sin fines de lucro que ejerza una actividad económica de interés general y solicite una ayuda financiera pública puede resultar “calificada de empresa en el sentido comunitario y estar sometida a la reglamentación de las ayudas de Estado para la parte de su actividad que es económica”.

No obstante, en razón de los principios fijados por el ejecutivo europeo (umbral de las ayudas *de minimis*, JOUE de 26 de abril de 2012), cuando todas las ayudas públicas a una asociación (subvención, puesta a disposición de locales, de personal o de material) son inferiores a 200 000 € en un período de tres años, no reciben la calificación de ayudas de Estado. Es lo más frecuente para las asociaciones subsidiadas por los municipios.

Cuando el apoyo financiero público a una asociación que ejerce una actividad económica de interés general excede los 200 000 € en un período de tres años, la ayuda concedida por la persona pública solo es conforme al Tratado si constituye una compensación de obligaciones de servicio público. Es necesario que estén reunidas las siguientes condiciones, previstas por la jurisprudencia *Altmark* tal como la interpreta la Comisión<sup>28</sup>:

a) la asociación está explícitamente encargada, por un acto unilateral (ley, reglamento o deliberación de una colectividad territorial) o contractual, de ejecutar obligaciones de servicio público, claramente definidas en su consistencia, duración y extensión.

Se trata del “mandato de interés general” o *mandatement*. El “paquete Almunia” de 2012 ha insistido especialmente en la necesidad que tienen las colectividades territoriales de proceder a ello;

b) los parámetros sobre la base de los cuales se calcula la compensación financiera de la ejecución de

25. JO (Boletín Oficial) de 17 de enero de 2007, p. 1018.

26. JO de 20 de enero de 2010, p. 1138.

27. Circular de 18 de enero de 2010 relativa a las relaciones entre poderes públicos y asociaciones.

28. CJCE, 24 de julio de 2003, *Altmark Trans*, que aplica los artículos 86 a 88 del Tratado de la Comunidad Europea, completado por el “paquete Monti-Kroes” que resulta de la Directiva núm. 2005/81/CE, de 28 de noviembre de 2005, y por el paquete “Almunia”, en vigencia desde 2012 (tres comunicaciones de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, BOUE de 11 de enero de 2012, y el Reglamento núm. 360/2012 para las ayudas *de minimis*, BOUE de 26 de abril de 2012).

obligaciones de servicio público han sido previamente establecidos, de forma objetiva y transparente;

c) la compensación financiera abonada respecto de las obligaciones que quedan entonces a cargo de la asociación es a la vez estrictamente proporcional a los costos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público prestadas, y periódicamente controlada y evaluada por la colectividad para evitar la sobrecompensación.

La notificación financiera de la ayuda a la Comisión muy pocas veces es obligatoria, pues los techos son muy elevados (30 millones de euros).

Por último, respecto del derecho nacional de los mercados públicos (y de las delegaciones de servicio público), para que haya “solamente” subvención y la colectividad territorial no corra el riesgo de ver la operación recalificada como mercado público y anulada por el juez administrativo, hay que respetar una condición esencial: la asociación debe tener la iniciativa del proyecto.

Esta iniciativa puede conocer dos variantes:

a) El proyecto emana de la asociación y no da lugar a contrapartida directa para la colectividad territorial.

La asociación no responde entonces a una necesidad previamente definida por la colectividad, por cuenta de la cual esta actuaría como un prestatario remunerado, con una contrapartida directa.

En consecuencia, las autoridades descentralizadas no tienen la obligación de proceder a una publicidad previa al otorgamiento de la subvención, pero deberán hacerla pública después de abonarla (Ley de 23 de mayo de 2006).

Es el caso de muchas actividades festivas, que los municipios acompañan mediante la acción de un comité de fiestas que identifica los proyectos de la población y les da medios para realizarlos. Aunque tengan lugar en el dominio público y produzcan ingresos comerciales, estas iniciativas privadas responden ante todo a objetivos de interés general de animación y de vida local, que pueden ser perseguidos conjuntamente por la colectividad territorial, lo cual justifica que estén subvencionadas.

b) El proyecto desarrollado por la asociación responde a un llamado a proyectos lanzado por una colectividad territorial.

El llamado a proyectos permite a la colectividad territorial plantear objetivos que revisten un interés local para ella. Da un marco general y una temática que luego serán utilizados por las asociaciones para proponer

sus proyectos precisos. La iniciativa de proyectos y su contenido pertenecen a los actores privados. La colectividad territorial no ha definido soluciones o resultados, y no espera ninguna contrapartida precisa de la cual sacar provecho personalmente, para informarse, por ejemplo. Por ejemplo, una comuna puede lanzar un llamado a proyectos para favorecer proyectos ciudadanos ejemplares respetando el medio ambiente (jornada de la limpieza, acontecimiento de educación popular, demostraciones técnicas). En cambio, si esta desea recibir un estudio que responda a ciertas preguntas que se plantea, se tratará de un mercado público de servicios.

## 5. Actividad económica y servicios públicos municipales

Es indudable que la actividad económica local, porque se efectúa sobre mercados, tiene un efecto sobre el mercado interno. Y esto se verifica en cuanto la actividad es industrial y comercial, ya sea realizada por una persona pública local por su cuenta independientemente de todo servicio público –lo cual es el caso por ejemplo en materia de gestión del dominio privado de las colectividades territoriales–, o realizada a título de las prestaciones de servicio público.

Como ya hemos visto, el único motivo que justifica una actividad industrial y comercial para una colectividad territorial es el interés público local. Si este interés público está presente, la persona pública elige soberanamente realizar esta actividad, respetando tanto la libertad del comercio y la industria como el derecho de la competencia. En otras palabras: en estas actividades las colectividades territoriales se sitúan al mismo nivel que las empresas en las condiciones del mercado. Para algunas puede ser necesario mantener una actividad de venta o locación de inmuebles porque su esfera privada, por razones históricas, es amplia y proporciona recursos presupuestarios significativos. En general, para los grandes gimnasios y piscinas existe carencia de oferta privada. Salvo excepciones, lo mismo sucede con las escuelas de música. En estas condiciones de mercado, hace mucho tiempo que el derecho de la competencia es aplicable, y primero lo ha sido sobre la base del derecho nacional: la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, que fue el primer gran texto de liberalización de la economía francesa. En el marco de su competencia, el juez administrativo aplica desde en-

tonces a estas actividades las reglas de competencia del Código de Comercio (artículos L. 410-1 y ss.), como cualquier otro componente del bloque de legalidad. Es obvio que la aplicación del derecho de la competencia de la UE se adquiere sobre la misma base. Desde el fallo *Million y Marais*<sup>29</sup>, sin embargo, el acto mismo de elegir un delegatario de servicio público, que escapa al derecho de la competencia en tanto actuación pública dotada de prerrogativa, puede ser sancionado a través de sus efectos si estos son anticompetitivos<sup>30</sup>. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones relativas a la tarificación de los servicios públicos<sup>31</sup>.

Por lo tanto, no hay ninguna determinación jurídica para que las colectividades territoriales dejen a las empresas privadas las actividades que ellas ejercen, con el solo motivo de su carácter industrial y comercial. Ni siquiera hay ninguna limitación jurídica en que las colectividades deleguen por contrato los servicios públicos industriales y comerciales. Pueden hacerlo, y para ello existe un marco legal nacional fijado por la Ley de 29 de enero de 1993 y el Código de las Colectividades Territoriales, pero estas nunca están obligadas a hacerlo. Por otra parte, sobre la decisión de hacer o dejar hacer, el control del juez administrativo es mínimo: este controla los errores de hecho y de derecho, pero no entra en la apreciación de la calificación jurídica de los hechos, ni de la oportunidad<sup>32</sup>. El principio de libre decisión del modo de gestión de los servicios públicos, hoy se suele justificar usando la argumentación del comisario del gobierno Romieu en sus conclusiones sobre el fallo *Babin*<sup>33</sup>, pero es regularmente confirmado por la jurisprudencia más reciente.

En cambio, pueden existir razones de optimización de la gestión, o de disponibilidad de los fondos públicos, que incitan a las colectividades territoriales ya sea a externalizar ciertas actividades, ya sea a renunciar a ellas. Se trata entonces de una decisión racional que obviamente compromete una decisión política, pero que, reiteremos, no se encuentra condicionada por una limitación jurídica nacional o europea.

Por último, Francia aplica estrictamente la doctrina económica liberal de la Comisión, o bien la toma al pie de la letra. Para las colectividades públicas francesas no hay motivos para buscar una mayor apertura al mercado y a la competencia de las actividades industriales y comerciales locales, y esto por tres razones:

La primera es que estas actividades ya se realizan como actividades económicas competitivas, y se les aplica todo el derecho de la competencia nacional y europeo.

La segunda es que, para las actividades que son objeto de mercados públicos o de delegación de servicio público, la competencia no se manifiesta cotidianamente en las actividades realizadas (donde por otra parte el derecho europeo admite que puede haber derechos exclusivos y especiales debido a la naturaleza de SIEG y del equilibrio del contrato), sino inicialmente, para la atribución del contrato, por el respeto de los procedimientos de publicidad y de puesta en competencia nacionales y europeos, que se halla perfectamente asegurado.

La última razón, pero no la menor, es que, en el sistema francés de organización territorial, no es ni responsabilidad ni competencia de las colectividades territoriales el llevar adelante una política económica relativa al mercado interno, la cual depende exclusivamente del Estado y del Gobierno. ■

29. CE, 3 noviembre 1997, Soc. *Million et Marais*, Rec. p. 406, RFDA 1997, p. 1228, concl. Stahl, AJDA 1997, p. 945, cron.

30. El Consejo de la Competencia sancionaba desde hacía tiempo la determinación por una persona pública de prácticas anticompetitivas o anticompetitivas (Cons. conc., núm. 91-D-15, Comuna de Baie-Mahault, BOCCRF 12 abril 1991, p. 111).

31. CE, 29 julio 2002, Soc. CEGEDIM, Dr. adm. 2002, núm. 173, nota Bazex y Blazy, AJDA 2002, p. 1072, nota Nicinski.

32. CE, 10 enero 1992, req. 97476, Asoc. de Usuarios de Agua de Peyreleau, Rec. p. 13; CE, 7 junio 1995, req. 143647 y 143648, Comité Mixto SEML Gas de Bordeaux, Rec. p. 226; Cass. com., 18 junio 1996, Quot. jur., 1 agosto 1996, p. 6, a propósito de la Ley núm. 93-23, de 8 de enero de 1993, sobre el monopolio de las pompas fúnebres; CE, 27 nov. 2002, req. 246764, SICAE región Péronne y SICAE sector Roisel, CMP 2003, com. 33, nota Delacour.

33. CE, 4 mayo 1906, Babin, Rec. p. 363. Véase también CE, 23 junio 1933, Planche, RDP 1934, p. 267.

---

# ¿Tienen los parlamentarios autonómicos catalanes derecho al acceso directo a la información que obra en poder de una entidad local?\*

Miguel Pérez-Moneo

*Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat de Barcelona*

Marc Vilalta Reixach

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya*

## **1. Introducción**

## **2. Extensión de la función de control parlamentario**

- 2.1. Fundamento de la función de control parlamentario
- 2.2. Objeto del control parlamentario
- 2.3. ¿La autonomía local como límite al control parlamentario?
- 2.4. Efectos del control parlamentario

## **3. Procedimientos parlamentarios para recabar información**

- 3.1. Solicitudes de información
  - 3.1.1. El acceso de los parlamentarios a la información de la Administración de la Generalidad de Cataluña
  - 3.1.2. El acceso de los parlamentarios a la información de otras Administraciones Públicas
    - 3.1.2.1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
    - 3.1.2.2. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña
    - 3.1.2.3. Legislación de régimen local
    - 3.1.2.4. La nueva regulación de la transparencia administrativa
  - 3.1.3. Recapitulación
- 3.2. Comparecencias y solicitudes de información por las comisiones

## **4. Garantía del proceso de rendición de cuentas**

## **5. Conclusiones**

## **6. Bibliografía**

---

*Artículo recibido el 30/04/2014; aceptado el 29/05/2014.*

\* Este estudio nace como consecuencia de un informe realizado en el marco del convenio de colaboración firmado entre la Diputación de Barcelona, la Fundación Bosch i Gimpera y el Instituto de Derecho Público de la Universidad de Barcelona, para la elaboración de estudios jurídicos.

## Resumen

¿Tiene un diputado autonómico derecho al acceso a la información frente a un ente local? O, con carácter más amplio, ¿puede la asamblea legislativa de una comunidad autónoma ejercer una función de control sobre Administraciones Públicas no integradas, estrictamente, en el ámbito de la Administración autonómica? Siendo conscientes de la ausencia de una dependencia funcional entre ambas instancias territoriales, acotaremos la extensión de la función de control parlamentario, y analizaremos la regulación que hace el Parlamento de Cataluña de las solicitudes individuales de información y de las solicitudes de comparecencia de las comisiones, para verificar si cabe una cobertura jurídica de tal solicitud de información y, simétricamente, una obligación jurídica de responder a dicha solicitud. A la vista de la regulación, consideramos que esta obligación queda encuadrada en el ámbito de las relaciones políticas, y que, a falta de una previsión normativa más detallada, el acceso a la información en poder de la Administración local depende de cómo entienda esta el principio de lealtad institucional.

Palabras clave: *asamblea legislativa autonómica; entes locales; responsabilidad política; solicitud de información; comparecencias.*

## *Have the members of the Catalan Parliament the right of direct access to the information held by a local entity?*

### **Abstract**

*Has a member of the Catalan Parliament the right of direct access to the information held by a local entity? Or, more widely, can the legislative assembly of an Autonomous Community control other Public Administrations that are not, strictly speaking, integrated into the Autonomous Community Administration itself? Being well aware that there is not a functional dependence between both territorial administrations, first this article determines the scope of the parliamentary oversight. Second, it analyses the regulation of the Catalan Parliament regarding individual requests for information and also requests for an appearances before the commissions in order to determine whether or not exists a legal basis for these requests and the obligation to give a response. In the light of the legal framework, the article considers that this obligation is embedded within the scope of the political relations and, taking into account the lack of regulation in this regard, the right of access to the information held by local entities depends on the manner in which these entities understand the principle of institutional loyalty.*

*Keywords: legislative assembly of an Autonomous Community; local entities; political accountability; request of information; appearances.*

## 1. Introducción

¿Puede un diputado del Parlamento de Cataluña personarse ante una diputación provincial y exigir el acceso a un expediente administrativo concreto o a toda la documentación respecto de un caso determinado? ¿Debe la diputación, en este caso, proporcionar dicho acceso?

La respuesta a estas preguntas constituye, precisamente, el objeto de este trabajo, en el que deberemos

plantearnos, en primer lugar, si el Parlamento de Cataluña tiene capacidad para establecer una función de control respecto de otras Administraciones Públicas presentes en Cataluña, incluso cuando estas no se encuentran integradas, estrictamente, en el ámbito de la Administración de la Generalidad. Y, en caso afirmativo, a través de qué procedimientos. Todo ello nos llevará a identificar diferentes instrumentos que contempla el ordenamiento jurídico –principalmente el Reglamento parlamentario, así como la nueva regulación de la

transparencia administrativa– para que los miembros de la Cámara autonómica catalana puedan solicitar información a los distintos poderes públicos.

Desde esta perspectiva, ceñiremos el objeto de estudio a las peticiones de información parlamentaria, tanto en forma escrita (solicitudes de información) como verbal (solicitudes de comparecencia), excluyendo otros instrumentos parlamentarios (como las preguntas e interpelaciones) tradicionalmente considerados mecanismos de control político y no tanto instrumentos de información. Y todo ello, tomando en consideración los límites que pueda representar la autonomía local como un nuevo elemento de la división de poderes, que opera en el plano vertical o territorial y no exclusivamente en el horizontal.

## 2. Extensión de la función de control parlamentario

### 2.1. Fundamento de la función de control parlamentario

La función de control que ejercen los órganos parlamentarios se enmarca en el principio de limitación del poder público que existe en los sistemas político-constitucionales. Causó fortuna la acuñación del principio por MONTESQUIEU, en *El espíritu de las leyes* (1748): “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”. Sin embargo, el principio de separación estricta de poderes funciona, en la actualidad, más bien como un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado, que impide el predominio de uno de ellos sobre los demás. Siguiendo este razonamiento, se asume que la lógica del control es inescindible de la idea de Constitución, ya que el objeto de esta reside en limitar y con-

trolar el poder público<sup>1</sup>, y, consecuentemente, el control equilibra los mencionados pesos y contrapesos<sup>2</sup>.

Una de las características del control constitucional es el marco institucional en que se desenvuelve: las relaciones entre órganos constitucionales que no están ligados por una relación jerárquica. Este marco de relación se ve claramente en los sistemas presidencialistas, en los que los poderes constituidos proceden todos de la elección popular y desempeñan, en principio, funciones materialmente distintas. En este caso, dichas relaciones se desarrollan en plano de igualdad<sup>3</sup>, considerando que cada uno de ellos ostenta una plena legitimidad democrática de origen. En un sistema parlamentario, estas relaciones entre órganos constitucionales son de mutua interdependencia<sup>4</sup>. Además, en los sistemas parlamentarios, la conexión entre la soberanía popular y el gobierno se articula a través de los representantes populares, los cuales tienen la obligación “de garantizar la efectiva realización del fin constitucional que consiste en que el gobierno de la sociedad obedezca a la voluntad popular”<sup>5</sup>. Es decir, entre Gobierno y Parlamento existe una dependencia funcional que conlleva que la legitimidad del primero resida en la necesidad de contar con la confianza del segundo. En este caso, relación fiduciaria y responsabilidad política configuran la forma de relación entre ambas instituciones. De aquí podría extraerse que la relación de control en un sistema parlamentario se configura como una relación directa entre el Parlamento y el Ejecutivo del ámbito correspondiente: así, del artículo 66.2 CE se desprende que la función de control de las Cortes Generales se establece respecto “[d]el Gobierno”, y solo con este<sup>6</sup>.

Son muchos los tipos de control que pueden establecerse. En primer lugar, dichos controles pueden ser de legalidad –revisarían, estricta y exclusivamente, la adecuación de la actividad controlada a las normas jurídicas que disciplinan la actividad–, o bien puede

1. RUBIO LLORENTE, F., “El control parlamentario”, en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 243.

2. ARAGÓN REYES, M., “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 7, núm. 19, 1987, pp. 15 a 52.

3. RUBIO LLORENTE, F., “El control parlamentario”, cit., pp. 246 y 247.

4. GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

5. *Ibid.*, p. 19.

6. GARCÍA MORILLO, J., “El control parlamentario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 105.

tratarse de controles de carácter político o de oportunidad –en cuyo caso, el parámetro de valoración resulta indeterminado y podría venir integrado por otros objetivos o valores de carácter político–. Lo específico de los controles constitucionales es su menor grado de vinculación y el mayor grado de libertad de valoración de los parámetros<sup>7</sup>, por lo que el control que ejerce el Parlamento es, por su propia naturaleza, un control de oportunidad. El Parlamento es, ante todo, un órgano político<sup>8</sup>. Sin embargo, el papel del Parlamento ha sido tasado y sometido a derecho, de forma que las funciones que realiza se han sometido a procedimientos jurídicos, evitándose la espontaneidad en su actuación.

En este sentido, el control político ha sido institucionalizado, y los agentes que pueden ejercerlo han de tener reconocida la competencia por parte del ordenamiento<sup>9</sup>. En el caso español, es el artículo 66.2 CE el que atribuye a las Cortes Generales la función de controlar la acción del Gobierno, desarrollándose dichas previsiones en los reglamentos parlamentarios. También en las asambleas autonómicas el control parlamentario es un control institucionalizado, sometido a procedimientos reglados<sup>10</sup>. Así, por ejemplo, y en términos muy similares al anterior, el artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye al Parlamento catalán la función de controlar la acción política y de gobierno.

Esta institucionalización del control parlamentario ha sido criticada, pues se considera que un exceso de racionalización encorseta y debilita en demasía al Parlamento, desequilibrando su relación con el Ejecutivo u otros poderes del Estado, buscándose una revitaliza-

ción, una nueva recomposición de los pesos y contrapesos presentes en nuestro sistema.

## 2.2. Objeto del control parlamentario

En cualquier caso, debe reconocerse que el objeto del control parlamentario se ha ido ampliando progresivamente, a la vez que las democracias pluralistas han ido desarrollando y consolidando la función de control, como por ejemplo con la “centralidad del Parlamento”<sup>11</sup>. Así, nuestra doctrina constitucional, en paralelo a la italiana<sup>12</sup>, ha identificado tres grandes conceptos de control parlamentario:

A) Control como exigencia de responsabilidad política y, por lo tanto, vinculado a la caída del Gobierno<sup>13</sup>. Desde este plano, solo se produciría el control al Gobierno cuando, como consecuencia de la inspección de su acción, se produzca su cese. En este punto, la clave de la relación de control político está en la relación fiduciaria. Al mismo tiempo, limitaría la relación de control en los sistemas presidencialistas o por las segundas Cámaras en sistemas bicamerales. Este control solo lo podría realizar la mayoría parlamentaria.

B) Control como fiscalización de la actuación del Gobierno, independientemente de si el Parlamento sanciona al Gobierno o no<sup>14</sup>. El fundamento de este control residiría en la cualidad del Parlamento de representante del titular de la soberanía<sup>15</sup>. Este control lo realizaría la minoría parlamentaria.

C) Control sociológico, orientado a la creación de una opinión pública respecto de la actuación del Go-

7. GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, cit., p. 61.

8. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 27 y 28.

9. ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, pp. 9 a 39; y, en el mismo sentido, MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., pp. 127 y ss.

10. ARCE JANÁRIZ, A., “La distribución del control parlamentario entre los órganos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, 1997, p. 280.

11. GARCÍA ROCA, J. e IBRIDO, R., “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: El Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos”, en PAU I VALL, F. (coord.), *El control del gobierno en democracia*, AELPA / Tecnos, Madrid, 2013, p. 109.

12. *Ibid.*, p. 113.

13. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

14. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., p. 205. Joaquín García Morillo lo define como la “[a]ctividad parlamentaria encaminada, a través de una multiplicidad de mecanismos, a la comprobación de la actividad del poder ejecutivo y la verificación de su adecuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, susceptible de producir consecuencias diversas, y entre ellas la exigencia de la responsabilidad política del gobierno, y eventualmente generadora de una influencia variable sobre el comportamiento del sujeto controlado”. GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, cit., p. 94.

15. *Ibid.*, p. 117.

bierno, vinculada a la conformación del Parlamento como un órgano de visualización del pluralismo y del debate político. Desde este punto de vista, cualquier actividad del Parlamento podría formar parte de la función de control, pues la clave es la perspectiva que se ejerce, la capacidad de trasladar a la sociedad la opinión que merece a la Cámara –o a parte de la Cámara– la actividad del Gobierno<sup>16</sup>.

Si asumimos este concepto más amplio de control parlamentario, este se verá realizado por cualquier actividad de la Cámara, pero, además, también por los miembros individuales, que llevan a cabo una tarea de examen y discusión de la acción gubernamental. En este sentido, las iniciativas de los parlamentarios individuales se convierten en iniciativas del Parlamento al formalizarse a través de los procedimientos establecidos bien en la Constitución, bien en los propios reglamentos parlamentarios<sup>17</sup>.

¿Qué alcance tiene el control parlamentario? Tradicionalmente, la función de control del Parlamento se entiende referida a “su” Gobierno. Si adoptamos el primer concepto de control mencionado, la actividad de control del Parlamento ha de restringirse al Gobierno, ya que tiene como finalidad hacerlo caer, y se articula a través de la moción de censura y la votación de la cuestión de confianza.

En el segundo caso, junto con las actividades gubernamentales, pueden ser objeto del control parlamentario la actividad de la Administración del Estado, la de los organismos autónomos del Estado, la de las comunidades autónomas, y las normas con fuerza de ley emanadas del Ejecutivo<sup>18</sup>. MONTERO GIBERT y GARCÍA MORILLO, sin embargo, no llevan estas tesis hasta sus últimas consecuencias, pues no mencionan, al listar a

los sujetos susceptibles de ser controlados por la actividad del Parlamento, a los entes locales.

La duda, con este segundo concepto de control, surge respecto del tipo de procedimientos parlamentarios que tendrían cabida en dicha actividad de control. Y, más concretamente, el lugar que ocupa la facultad de recabar información<sup>19</sup>.

Normalmente, se considera que los procedimientos de control-fiscalización del Gobierno deben ser procedimientos tasados, que excluirían la mera solicitud de información, ya que dicho control no supone la emisión de un juicio de valor. Así, MONTERO GIBERT y GARCÍA MORILLO conciben la solicitud de información como una función diferente a la de control, pues su finalidad no es, necesariamente, confrontar la actividad desarrollada por el órgano controlado con un parámetro de actuación; toda vez que recabar información no puede acarrear una sanción jurídica al controlado.

Para ahondar en esta diferencia entre función de control y de información, puede señalarse que en nuestro ordenamiento se restringe “la publicidad de las peticiones de información [...] y se d[a] plena difusión a las preguntas y a sus contestaciones”<sup>20</sup>. O, de forma más significativa, que en la actividad de información del Parlamento se ha ampliado el sujeto pasivo, pues se ven obligados a informar tanto el Gobierno como, en general, toda la Administración Pública, así como los diferentes cargos y funcionarios de la misma<sup>21</sup>. Se ha producido una evolución expansiva del derecho a la información de los parlamentarios, que ha llevado a incluir dentro del concepto de Administraciones Públicas al “sector público” en general<sup>22</sup>. Incluso se prevé una relación entre las Cortes Generales y las comunidades autónomas, inclu-

16. ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, cit.; RECCHIA, G., *L'informazione delle assemblee rappresentative*, Jovene, Nápoles, 1979. Esta postura ha sido criticada, no tanto por infundada, sino por la actuación que provoca en sus protagonistas, los parlamentarios: “la obsesión de la oposición es ahora mover la voluntad de los electores, nuevos dueños de la llave del poder, y no la del Monarca [...]. Y eso no tiene mucho sentido, porque por ese camino estamos permitiendo que una función esencialísima del Estado, el control habitual de los gobernantes, se convierta en algo que no mira a su directo fin, sino a fines segundos, y que, por lo tanto, queda comúnmente mal atendida”. GARRORENA MORALES, Á., “Algunas sugerencias para renovar la función de control”, en PAU I VALL, F. (coord.), *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

17. LÓPEZ GUERRA, L., “El titular del control parlamentario”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 163.

18. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., p. 44.

19. Posibilidad prevista expresamente en el artículo 7.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y, como apuntaremos nuevamente más adelante, en otros muchos reglamentos parlamentarios autonómicos.

20. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 42.

21. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., pp. 66 y ss.

22. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, cit., pp. 40 y 51.

yendo a “cualesquiera autoridades” de estas<sup>23</sup>. Para el ejercicio del control de la acción del Gobierno, las Cámaras pueden dirigirse a distintos tipos de personas –miembros del Gobierno en sentido estricto, autoridades, funcionarios públicos, e incluso particulares con capacidad de informar a la Cámara (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177, de 14 de octubre de 2002, FJ 7)–. En consecuencia, y a pesar de que la literalidad del artículo 109 CE no menciona a la Administración local<sup>24</sup>, esta podría considerarse incluida. Eso sí, ello no significa que el destinatario de la petición de información y el sujeto controlado hayan de coincidir, pues la obligación de informar por parte de un sujeto público no lo somete a un control parlamentario directo<sup>25</sup>.

Estos autores consideran que la adquisición de información es fundamentalmente neutra, pues no está rodeada de publicidad ni de influencia en la opinión pública y, por lo tanto, de modificar el comportamiento del sujeto informante<sup>26</sup>. Y, consecuentemente, consideran que la relación subjetiva del proceso de adquisición de información puede extenderse más allá del poder ejecutivo, bien porque las Cámaras así lo deseen, ya porque sujetos ajenos al poder ejecutivo informen a las Cámaras *motu proprio*<sup>27</sup>.

En el tercer caso, la función de control parlamentario estaría presente en todos los procedimientos de la Cámara, y no podría identificarse en exclusiva con uno de ellos<sup>28</sup>. En este sentido, se afirma que “[...] el control parlamentario puede manifestarse a través de decisiones de la Cámara [...] pero también [...] a través de actuaciones de los parlamentarios o de los grupos [...] cuya capacidad de fiscalización sobre el Gobierno no cabe negar, bien porque pueden debilitarlo, bien porque pueden incidir en el control social o en el control político electoral”<sup>29</sup>.

Esta última opción defiende una concepción muy amplia sobre el objeto del control parlamentario. Concluye que este no es un concepto jurídico sino, más bien, político, que “se ejercita por órganos políticos con arreglo a criterios políticos y tiene efectos también políticos”<sup>30</sup>. Parten de la base de que el Parlamento, en cuanto representante del titular de la soberanía, ha de garantizar los intereses generales del soberano, manifestados “en el regular funcionamiento del orden constitucional y de las instituciones constitucionales”<sup>31</sup>.

Siguiendo esta línea argumental, podríamos considerar que la actividad de fiscalización es un derecho del Parlamento, “que lo ejercita en cuanto que titular jurídico de la soberanía que políticamente corresponde al pueblo”<sup>32</sup>. Así, consideran que el fundamento del control parlamentario sobre la actuación de la Administración es que las decisiones adoptadas por esta no atenten contra la voluntad del pueblo, cuya vigilancia está encomendada a sus representantes en las Cámaras legislativas. En este caso, el parámetro de la actividad de control resulta difuso, ya que al ser una actividad puramente política, el término de comparación de la regularidad de la actuación controlada no es estable, ni objetivo, ni fijo<sup>33</sup>.

El control parlamentario, además, sirve de foro de publicidad a la actuación de los poderes públicos, al objeto de que el pueblo pueda conocer qué hacen dichos poderes y su justificación<sup>34</sup>. Dentro de esta concepción más amplia de control, característica de los ordenamientos democráticos de derivación liberal con separación de poderes, cabe incluir “el conjunto de actividades informativas dirigidas a suministrar al Parlamento los conocimientos indispensables para que pueda adoptar decisiones y [...] encaminadas, de modo específico, a obtener datos para comprobar la corres-

23. GARCÍA MORILLO, J., “El control parlamentario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación”, cit., p. 106.

24. SÁINZ MORENO, F., “Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras”, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 82 y 83.

25. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, cit., p. 42.

26. *Ibid.*, p. 299.

27. *Ibid.*, p. 100.

28. ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, cit., p. 26.

29. *Ibid.*, p. 27.

30. GARCÍA ROCA, J., “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del Parlamento (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 232 y 233.

31. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., pp. 40 y 41.

32. *Ibid.*, pp. 40 y 41.

33. GARCÍA ROCA, J. e IBRIDO, R., “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: El Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos”, cit., pp. 108 y 109.

34. GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, cit., pp. 83 y ss.

pondencia de la acción del gobierno con las de las orientaciones parlamentarias (función de información e inspección)”<sup>35</sup>.

Aquí cabría realizar una subdivisión, para diferenciar la información sobre una determinada cuestión y la investigación, que implicaría una posición más activa del órgano que actúa, “dirigida a reconstruir un hecho, un suceso, un comportamiento y a descubrir sus causas y sus consecuencias”<sup>36</sup>. En todo caso, el control parlamentario no consiste únicamente en la adopción de decisiones por el Parlamento<sup>37</sup>, pues la mera actividad de comprobación, de solicitud de información, ya implica un resultado en el campo del control político: el de mostrar “que se realiza una fiscalización del poder”, que las “actividades públicas están sometidas a una crítica y valoración también pública e institucionalizada”, lo que opera como una efectiva limitación<sup>38</sup>.

De esta manera, la mera solicitud de información sobre un ámbito lleva ínsita, en sí misma, una crítica política, y ofrece una ocasión para debatir sobre ese objetivo o actividad que el parlamentario reprocha al Gobierno<sup>39</sup>. Posiblemente, se devalúa sin necesidad la funcionalidad de estos procedimientos cuando se quiere ver su característica dominante en que a su través “sólo se obtiene información” pedida para “un mero conocer”. Ni el Gobierno y la Administración son, frente a las Cámaras y sus miembros, un mero banco de datos, ni las solicitudes de información de las Cámaras y sus miembros son tan asépticas, tan “valorativamente indiferentes”<sup>40</sup>. Nadie archiva información si no es para utilizarla o procesarla. Tener información es tener

poder y posibilidades de contrapesar a quien lo tiene, sobre todo, en las complejas sociedades de nuestros días. En resumen, la *informing function* sería la actividad que más intensamente puede influir sobre la actividad administrativa<sup>41</sup>, pues, aunque la relación entre quien solicita la información y el que la proporcione no esté jurídicamente regulada, se produce una influencia, que se mantiene en el plano de una relación de facto. No obstante, esta no es una posición ni unánime ni indiscutida, pues aunque el Parlamento no esté obligado a utilizar las informaciones que obtiene exclusivamente para el fin para el que fueron comunicadas, lo que no parece admisible es que el conocimiento sea un fin en sí mismo, es decir, que no esté encaminado al ejercicio de funciones activas<sup>42</sup>. Sobre esto se profundizará al hablar de las limitaciones formales y materiales de las solicitudes de información.

Al tomar en consideración el carácter de representante del pueblo del Parlamento, podríamos asumir que las técnicas de control parlamentario tienen alcance universal, permitiendo controlar la actividad de todos los órganos y entes integrantes del complejo Gobierno-Administración, sin limitación alguna<sup>43</sup>. De hecho, se están produciendo reconocimientos normativos de esta extensión, como el mecanismo de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad, que implica el control por parte de los Parlamentos nacionales de la actuación de la Unión Europea, o la actuación de instituciones vinculadas al Parlamento que revisan la actuación de la Administración y presentan informes ante las Cámaras<sup>44</sup>. La ampliación de los sujetos controlados se produciría respecto de “sujetos

35. VERGOTTINI, G. DE, “La función de control en los Parlamentos de fin de siglo”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 36.

36. SAINZ MORENO, F., “Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras”, cit., p. 83.

37. LÓPEZ GUERRA, L., “El titular del control parlamentario”, cit., p. 163.

38. ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, cit., p. 17. Profundiza el mismo autor, afirmando que “la información en el Parlamento sólo alcanza su más profundo sentido en cuanto que es un medio (indispensable) para el ejercicio del control parlamentario”. ARAGÓN REYES, M., “Información parlamentaria y función de control”, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 13. Cuando el Gobierno o la Administración dan cuenta de sí mismos ante las Cámaras como consecuencia de un procedimiento informativo, se someten a la observación participativa del Parlamento, se da ocasión al control mismo, como establece la STC 161/1988, FJ. 7.

39. GARCÍA ROCA, J., “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del Parlamento (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)”, cit., p. 243.

40. ARCE JANÁRIZ, A., “La distribución del control parlamentario entre los órganos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, cit., pp. 283 y 284.

41. RECCHIA, G., *L'informazione delle asemblee rappresentative*, cit.

42. VERGOTTINI, G. DE, “La función de control en los Parlamentos de fin de siglo”, cit., p. 37.

43. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La actividad del Gobierno y de la Administración Pública como objeto del control parlamentario”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 475.

44. VERGOTTINI, G. DE, “La función de control en los Parlamentos de fin de siglo”, cit., p. 30. Respecto de estos informes, si el Parlamento no prevé en el Reglamento que la presentación de dichos informes incluya la presentación de mociones o pro-

políticos”, incluyendo en este concepto sujetos privados que tengan relevantes poderes de influencia<sup>45</sup>. En consecuencia, siguiendo esta perspectiva de control, debería considerarse como destinatarias de la potestad parlamentaria de recabar información a las autoridades de la Administración local<sup>46</sup>. Si tomamos en consideración que la Ley de Bases del Régimen Local permite ya a las Administraciones estatal y autonómica recabar información concreta sobre la actividad municipal (por ejemplo, a través del artículo 56.1 LBRL), cuesta encontrar argumentos por los que los representantes del pueblo no puedan hacer lo propio. En contra, opiniones que defenderían, en línea con el segundo concepto de control parlamentario, que el Parlamento solo podría impulsar la celebración de un debate público en el que los parlamentarios confrontasen la actividad del Gobierno y los medios de radiodifusión de titularidad pública<sup>47</sup>.

### 2.3. ¿La autonomía local como límite al control parlamentario?

No obstante lo anterior, hemos de plantearnos también si la autonomía local podría constituir un límite a la extensión del objeto de control parlamentario. Efectivamente, la Constitución española reconoce, en el artículo 137, autonomía “para la gestión de sus respectivos intereses” a municipios y provincias, y el artículo 140 CE insiste nuevamente en esta idea al garantizar expresamente la autonomía de los municipios.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Cataluña reconoce también la autonomía de los municipios y veguerías catalanes (artículos 86.3 y 90.2 EAC), añadiendo intencionadamente que “[l]os actos y acuerdos adoptados por los municipios no pueden ser objeto de control de oportunidad por ninguna otra administración” (artículo 86.4 EAC).

Si partimos de la base de que los controles constitucionales nacen de la limitación que requiere el poder público, no cabe duda de que, junto con la división horizontal de poderes, se ha establecido también una división territorial o vertical del poder, en la que la atribución de la competencia conlleva la atribución del control sobre el ejercicio de dicha competencia<sup>48</sup>.

En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la autonomía local debe entenderse como un derecho de la comunidad local a participar, a través de sus propios órganos, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen<sup>49</sup>. Por lo que la autonomía local supone, en esencia, la capacidad de decisión y gestión de sus propios intereses. De este modo, entrecruzar relaciones institucionales y sostener que el Parlamento estatal o el de una comunidad autónoma puede controlar efectivamente a una entidad territorial local, de la que se presupone la autonomía política, podría romper el equilibrio territorial. Así, plantea GARCÍA MORILLO, “[l]a posibilidad de que un problema político [...] de carácter interno se ventilase en otro ámbito se percibía [...] como una vulneración del derecho a la autonomía constitucionalmente consagrado”<sup>50</sup>. Igualmente, se produciría otra ruptura de la lógica del equilibrio por la falta de una actuación simétrica del ente local hacia la comunidad autónoma. Así, por ejemplo, no coincide la población –ni el electorado, consecuentemente– de ambas instancias territoriales, por lo que no cabría la posibilidad de desplazar al Gobierno en el ejercicio del poder, ni directa ni diferidamente.

Y no solo esto, sino que las entidades territoriales locales tienen su propio esquema institucional de control y responsabilidad política, por lo que no se trata de ámbitos ajenos al control. El corolario sería que el “reconocimiento de entes territoriales definidos con potestad de autogobierno [...] excluye todo control externo de la actividad de sus respectivos órganos salvo en los casos expresamente previstos por la Constitu-

---

puesta de resolución, constituyen mecanismos típicamente informativos, sin perjuicio de las iniciativas que pudieran plantearse como consecuencia de la información adquirida por esta vía. SANTOS CANALEJO, E. DE, “Bicameralismo y control parlamentario”, en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 186.

45. GARCÍA ROCA, J. e IBRIDO, R., “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: El Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos”, cit., p. 116.

46. MARTÍNEZ ELIPE, L., *Tratado de Derecho Parlamentario. Parlamento e información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 174.

47. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, cit., p. 69.

48. GARCÍA MORILLO, J., “El control parlamentario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación”, cit., pp. 113 y 114.

49. Entre otras muchas podemos citar, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional núms. 4/1981, de 2 de febrero, y 193/1987, de 9 de diciembre.

50. *Ibid.*, p. 103.

ción que [...] no son controles políticos, sino jurídicos. La autonomía excluye la sumisión a la tutela, administrativa o política, de otros órganos, y torna política y jurídicamente inaceptable un control externo”<sup>51</sup>.

Esta oposición al control de la actividad de un ente dotado de autonomía presupone, lo que nadie niega, que el autogobierno implica el autocontrol, aunque no resulta tan compartible la idea de que excluya cualquier centro de control distinto del de quienes se autogobiernan y sus representantes. Esta afirmación radica en la concepción de control de la que se parte, basada en la idea de la fiscalización. Una concepción más amplia de control no chocaría con la autonomía local.

Así, podemos constatar que los Parlamentos carecen de medios de control directo, de injerencia, sobre la actividad política, legislativa y administrativa de los entes autónomos territoriales. El control sobre los actos de tales entes suele ser jurisdiccional (recursos ante los tribunales constitucionales o ante los órganos de justicia administrativa), por considerarse más seguro para las autonomías el tipo jurídico<sup>52</sup>. Además, el sujeto que ejerce el control ostenta una situación de supremacía, vinculada con su carácter representativo, depositario de la soberanía popular, sobre el órgano controlado, un mayor peso político que supera el obstáculo que pueda suponer la autonomía<sup>53</sup>. Por último, podría argumentarse que el Parlamento, institución representativa de todos los ciudadanos, tiene derecho a conocer todo lo que afecte al interés general y someterlo al debate con publicidad, al fin a que está destinada la institución<sup>54</sup>.

## 2.4. Efectos del control parlamentario

El control político, excepto en la primera acepción, que lo reduce a la cuestión de confianza y a la moción de

censura, no posee efectos sancionatorios *per se*. En consecuencia, no se puede medir su eficacia real tomando como medida su capacidad para generar un efecto –el cese o la exigencia de responsabilidad política– que no está destinado a provocar<sup>55</sup>. De hecho, podríamos distinguir, en función del contenido del control, dos variedades de control: “control-injerencia” y “control-verificación”<sup>56</sup>.

En el primer caso, el sujeto controlador ejerce una influencia en la esfera del controlado, una participación activa del primero en la esfera del segundo, vinculándolo a la idea de la participación en la dirección política. El segundo, “control-verificación”, supone únicamente un examen de la actividad del controlado, dejando al controlador en el exterior de la actividad controlada. El control difuso es un control-verificación, respetuoso, por lo tanto, con las esferas de decisión de los sujetos controlados. Lo cual no quiere decir que sea ineficaz: los resultados del control político a veces sirven “para poner en marcha controles políticos posteriores o para activar controles sociales”<sup>57</sup>. Principalmente, sirve para exigir una responsabilidad política de forma difusa, pensando en el electorado o en otros equilibrios de poderes internos en el Gobierno o en el binomio mayoría gubernamental-Gobierno<sup>58</sup>. Su eficacia dependerá de la resonancia de las actividades encaminadas al control en los medios de comunicación social, que puede depender tanto del interés del problema como, incluso, de la propia facilidad del parlamentario para conectar con los profesionales de esos medios<sup>59</sup>. Considerando que el control parlamentario es un instrumento capital del Estado democrático, no vinculado necesariamente con la exigencia de responsabilidad política, la verificación de la actuación de otros órganos o poderes del Estado no afecta a su autonomía o independencia<sup>60</sup>.

51. *Ibid.*, p. 111.

52. VERGOTTINI, G. DE, “La función de control en los Parlamentos de fin de siglo”, cit., p. 33.

53. ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, cit., p. 12.

54. ARAGÓN REYES, M., “Información parlamentaria y función de control”, cit., p. 14.

55. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., p. 49.

56. GARCÍA ROCA, J. e IBRIDO, R., “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: El Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos”, cit., p. 116.

57. ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, cit., p. 18.

58. *Ibid.*, p. 24.

59. GARCÍA ROCA, J., “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del Parlamento (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)”, cit., p. 240.

60. PUNSET BLANCO, R., “El control parlamentario en España: cuestiones controvertidas desde la perspectiva de la forma de gobierno”, en PAU I VALL, F. (coord.), *El control del gobierno en democracia*, AELPA - Tecnos, Madrid, 2013, p. 160.

Aparte de considerar la extensión de la función de control del Parlamento, si consideramos la óptica de un Gobierno o de una Administración, la responsabilidad política –pues no hay poder sin responsabilidad– implica obligación de responder, de rendir cuentas, y de ser considerados responsables en el caso de que se detecten errores de la explicación de su actuación<sup>61</sup>. Yendo, incluso, más allá, la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, reconoce que esta, la transparencia, es imprescindible para toda acción política, pues permite conocer los criterios bajo los cuales actúan nuestras instituciones y, por lo tanto, responder políticamente a estas frente a la sociedad. Es más, en este punto relativo a la transparencia, la Ley amplía las obligaciones de publicidad activa que se exige a las Administraciones Públicas, exigiendo la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, de su planificación y grado de cumplimiento de sus objetivos, o de información de relevancia económica, presupuestaria y estadística. Es decir, se identifica la emergencia de una cultura de la transparencia de la cual los poderes públicos españoles no quieren mantenerse al margen. Siguiendo a BUSTOS GISBERT, podemos resumir los niveles de responsabilidad de un Ejecutivo en los cinco siguientes<sup>62</sup>:

Encauzar la responsabilidad al órgano adecuado cuando se trate de un ámbito sobre el que no sea competente la Administración.

Ofrecer información (*answerable to*).

Dar explicaciones o rendir cuentas de su actividad (*account to*).

Dimitir si se producen errores de gestión (*answerable for/censurable for*).

Dimitir si se producen errores en el departamento, sin participación directa (*liability to lose office*).

Una vez expuestas estas consideraciones eminentemente teóricas, ¿qué concepto de control asume la normativa catalana? ¿Qué extensión tienen los mecanismos de control parlamentario establecidos en el Reglamento de la Asamblea Legislativa de Cataluña? Encontraremos respuesta a estas cuestiones en el siguiente apartado.

### 3. Procedimientos parlamentarios para recabar información

A diferencia del ámbito estatal, en el que la Constitución define los instrumentos de control parlamentario, el artículo 152.1 CE, de aplicación a las comunidades autónomas que aprobaron su estatuto de autonomía por la vía establecida en el artículo 151 CE, como es el caso de Cataluña, se limita a prever la responsabilidad política del presidente de la comunidad autónoma y los miembros del consejo de gobierno ante la asamblea legislativa. Por su parte, el artículo 55 del Estatuto de Autonomía de Cataluña reconoce que el Parlamento representa al pueblo de Cataluña, y en su apartado segundo, al enumerar las funciones del Parlamento, incluye la de “controlar e impulsar la acción política y de gobierno”, sin especificar que sea referido única y exclusivamente al Gobierno de la Generalidad. Acaba el segundo apartado reconociendo que el Parlamento es la sede “donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político”.

De “la acción política” vuelve a hablar el artículo 68 del Estatuto de Autonomía, que establece que “[e]l Gobierno es el órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalitat”. Al hablar del funcionamiento del Parlamento de Cataluña, el artículo 59 del Estatuto de Autonomía de Cataluña especifica en su apartado 5 que “[l]os cargos públicos y el personal al servicio de las Administraciones públicas que actúan en Cataluña tienen la obligación de comparecer a requerimiento del Parlamento”.

En el ámbito autonómico son los reglamentos parlamentarios los que definen los instrumentos de control<sup>63</sup>. Así, tendrá que buscarse en el Reglamento del Parlamento de Cataluña la regulación de las solicitudes de información por parte de los parlamentarios individuales, la solicitud de información por parte de las comisiones y las comparencias. A ello se dedican las siguientes líneas.

#### 3.1. Solicitudes de información

Si bien los principios constitucionales de eficacia, colaboración, e incluso el de lealtad institucional recogido

61. BUSTOS GISBERT, R., *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Colex, Madrid, 2001, p. 16.

62. *Ibid.*, p. 16.

63. GARCÍA MORILLO, J., “El control parlamentario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación”, cit.

expresamente en el artículo 31 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña (en adelante, LRJPCat), pueden explicar que haya mecanismos oficializados de intercambio de información o de exigencia de información del Parlamento sobre las demás Administraciones (como la posibilidad de solicitar comparecencias,...), con un carácter más amplio, debe poder admitirse también que para que los Parlamentos puedan ejercer sus funciones, deben poder requerir información a las Administraciones Públicas. En este sentido, la característica específica de la actividad de información es que se trata de una actividad eminentemente instrumental, pues la información adquirida puede ser relevante para muy diversos fines<sup>64</sup> y, al mismo tiempo, la Administración debería colaborar en esta actividad, pudiendo oponer solamente razones fundadas y motivadas para no hacerlo.

De este modo, podemos afirmar que la facultad de recabar información es inherente al normal ejercicio del cargo parlamentario, que viene tutelado por el artículo 23.2 CE<sup>65</sup>. En efecto, al enjuiciar el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, el Tribunal Constitucional ha declarado –por ejemplo, en la importante Sentencia núm. 161/1988, de 20 de septiembre– que el artículo 23.2 de la Constitución española no solo garantiza el acceso igualitario de todos los ciudadanos a las funciones y cargos públicos, sino también que aquellos que hayan accedido “se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga [...]” (FJ 2).

El Tribunal Constitucional, de este modo, viene a reconocer que el artículo 23.2 de la Constitución ampara tanto la existencia de un derecho de acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad a los cargos públicos –*ius ad officium*– como también un derecho

al ejercicio del cargo para el que se ha sido elegido, sin intromisiones ilegítimas –el llamado *ius in officium*–. Es decir, el derecho fundamental a la participación política del artículo 23.2 CE comprende el ejercicio de las funciones públicas que les son inherentes, sin más obstáculos que los previstos legalmente<sup>66</sup>.

Ahora bien, más allá de este reconocimiento formal, la Constitución no fija de forma expresa y detallada cuál es el contenido concreto de este derecho, sino que nos encontramos ante un derecho de configuración legal<sup>67</sup>. De modo que será principalmente la ley la que se ocupará de precisar y desarrollar su régimen jurídico.

Ahora bien, como se ha señalado por la doctrina, ello no debe entenderse tampoco en el sentido de que el legislador es absolutamente libre para configurar este derecho fundamental, pues, en todo caso, existe un ámbito constitucionalmente garantizado que no queda a la libre disposición del legislador. Un espacio que, cuando menos, abarcaría, entre otras, algunas de las atribuciones o derechos reconocidos a los cargos públicos en las normas internas de la Cámaras<sup>68</sup>.

En el caso de Cataluña, la determinación concreta del contenido material de este *ius in officium* de los cargos electos debemos buscarla en el Reglamento del Parlamento de Cataluña –aprobado el 22 de diciembre de 2005 (DOGC núm. 4553, de 18 de enero de 2006)–, que, según el Estatuto de Autonomía de 2006 (en adelante, EAC), es la norma jurídica que se ocupa de regular los derechos y deberes de los diputados, así como su intervención en el ejercicio de las funciones parlamentarias (artículo 59.2 EAC).

Así pues, si acudimos al vigente Reglamento del Parlamento de Cataluña (en adelante, RPC), veremos que este dedica íntegramente su título II a regular la posición jurídica de los diputados catalanes, no solo reconociéndoles el derecho de asistencia a las sesiones

64. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., p. 66.

65. Vid. GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998, en especial pp. 303 a 311.

66. En caso contrario, según el Tribunal Constitucional, nos encontraríamos ante un derecho fundamental vacío de contenido, pues “la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico” (STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 2).

La relevancia que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desempeñado en lo que a la construcción del *status* constitucional de cargo público representativo se refiere, se destaca, entre otros, por ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., “Sobre el ‘derecho a la documentación’ de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 68, mayo-agosto 2003, p. 335.

67. El propio texto constitucional así lo afirma expresamente, al señalar que dicho derecho se ejerce “con los requisitos que señalen las leyes” (artículo 23.2 CE). La cursiva es nuestra.

68. GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, cit., pp. 151-166.

del Parlamento y al voto en el Pleno y en las comisiones de que formen parte –así como otros derechos y deberes–, sino que, en lo que ahora nos ocupa, también se les reconoce el derecho a obtener información, tanto de la propia Administración de la Generalidad de Cataluña como respecto de otras Administraciones e instituciones públicas.

En efecto, partiéndose de que una de las funciones intrínsecas de cualquier órgano representativo es la de controlar o fiscalizar la actuación de los órganos de gobierno que no emanan de la voluntad popular, el derecho de información de los cargos públicos se nos presenta como un instrumento imprescindible para el correcto ejercicio de sus funciones<sup>69</sup>. Y es que difícilmente puede hablarse de participación política cuando se priva ilegítimamente a los representantes públicos de las fuentes de información necesarias para el correcto ejercicio de sus funciones. No hay participación democrática cuando se carece de la oportunidad de sopesar con fundamento las premisas de una decisión<sup>70</sup>.

Más allá de estas consideraciones generales, el Reglamento del Parlamento de Cataluña prevé diferentes modos de hacer efectivo este derecho a la información de los diputados catalanes: en primer lugar, regulando el acceso de los parlamentarios catalanes a la información de la Administración de la Generalidad de Cataluña, y, en segundo lugar, previendo también la posibilidad de acceder a la información que obre en poder de otras Administraciones Públicas.

### 3.1.1. El acceso de los parlamentarios a la información de la Administración de la Generalidad de Cataluña

En primer lugar, como apuntábamos anteriormente, el Reglamento del Parlamento catalán incluye como un derecho de los diputados la obtención de información de la Administración autonómica de Cataluña, en los siguientes términos (artículo 5.2 RPC, BOE núm. 38, 14 febrero 2006, p. 5778):

“2. Los diputados, en el ejercicio de su función, tienen derecho a obtener información de la Administración de la Generalidad y de sus organismos, empresas y entidades dependientes, y pueden solicitarla directamente, después de comunicarlo al presidente o presidenta, o por medio de este”.

Como puede verse, se trata de un derecho general de información muy amplio, reconocido a los diputados del Parlamento de Cataluña. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia –al analizar el estatuto político de los cargos electos– se han ocupado de precisar que se trata de un derecho de titularidad y ejercicio individual de los diputados, con independencia de que pertenezcan o no a un grupo parlamentario<sup>71</sup>.

En todo caso, como resulta obvio, este derecho de los parlamentarios se encuentra sujeto a toda una serie de limitaciones importantes; limitaciones que, esencialmente, podemos agrupar en tres grandes categorías:

Limitaciones subjetivas: en primer lugar, encontramos limitaciones de tipo subjetivo, ya que el derecho de información previsto en el artículo 5 RPC se circunscribe únicamente al ámbito de la Administración de la Generalidad de Cataluña, entendida como la organización que ejerce las funciones ejecutivas de la Generalidad (artículo 71.1 EAC). En efecto, el sujeto pasivo de la solicitud de información es la Administración autonómica, por lo que quedarían fuera de este ámbito las solicitudes de información dirigidas a las restantes Administraciones Públicas existentes en Cataluña y, muy especialmente, a las entidades locales de Cataluña.

En este punto, como señala FONT I LLOVET, la identificación concreta de qué sujetos se incluyen dentro de esta noción de “Administración de la Generalidad” puede crear alguna disfunción, puesto que, aunque pueda ser intuitivamente delimitado, su alcance no está determinado en ninguna norma, puesto que la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, ha derogado, entre otros, el artículo 2 de la

69. En este sentido, entre otros, JIMÉNEZ PLAZA, M. I., *El derecho de acceso a la información municipal*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 91-92, o RAMOS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Ed. Reus, Madrid, 2008, p. 560.

70. BLANQUER CRIADO, D. V., “Artículo 77”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 1977. En el mismo sentido, entre otros, JIMÉNEZ PLAZA, M. I., *El derecho de acceso a la información municipal*, cit., pp. 91-92.

71. La justificación podríamos encontrarla en el carácter personal que tiene el cargo de diputado y en su legitimidad democrática directa; de modo que es a él, y no al partido político, a quien pertenecen el cargo y los derechos inherentes al mismo; sin perjuicio, obviamente, de que estos puedan ser ejercitados a través del grupo parlamentario correspondiente. Se refieren a este elemento, entre otros, *ibid.*, pp. 97-99.

anterior Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalidad, que es el que establecía que la Administración autonómica estaba constituida por órganos jerárquicamente ordenados y actuaba con personalidad jurídica única. Sin que el vacío dejado por dicha derogación haya sido cubierto, hasta ahora, por ninguna ley general de organización de la Administración autonómica catalana<sup>72</sup>.

En todo caso, debemos destacar que el derecho de los parlamentarios a obtener información no se limita exclusivamente a la Administración territorial autonómica –esto es, a los órganos administrativos en los que se organiza la Administración de la Generalidad catalana–, sino que engloba también a los organismos, empresas y entidades que dependen de ella (artículo 5.2 RPC).

Limitaciones formales: en segundo lugar, el derecho de información se condiciona al cumplimiento de toda una serie de requisitos formales, ya que o bien la petición se articula a través del presidente del Parlamento, o bien, en el caso de que se pida directamente por el parlamentario, se exige necesariamente, y con carácter previo, la comunicación al presidente del Parlamento.

El Reglamento parlamentario catalán, por lo tanto, no somete en ningún caso la solicitud de información del diputado a la autorización de la Cámara, sino, a lo sumo, a la comunicación previa al presidente del Parlamento, si bien se prevé también que la solicitud de información a la Administración autonómica se realice de manera indirecta, es decir, a través del presidente del Parlamento<sup>73</sup>. La omisión de dichas limitaciones formales, a nuestro entender, podría dar lugar a la inadmisión de la solicitud de información formulada.

En todo caso, la Mesa del Parlamento puede reservarse la capacidad de admitir dichas solicitudes de información, si bien se trataría de un control exclusivamente formal, realizando un examen de la viabilidad formal de dichas peticiones, y no de un control de oportunidad. Asimismo, la actuación del presidente de la Cámara, como se ha señalado, consistiría en la mera tramitación de la solicitud de información en su condi-

ción de representante *ad extra* del Parlamento, pero sin que se le reconozca, como ha señalado la citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/1988, de 20 de septiembre, potestad alguna en la apreciación de la viabilidad material de los escritos<sup>74</sup>.

En ambos casos, las autoridades requeridas, en un plazo no superior a los quince días, deben facilitar, ya sea directamente al diputado solicitante o mediante la Presidencia del Parlamento, la información solicitada; o, en el caso de que no puedan facilitársele copias, permitirle el acceso para que pueda consultarla directamente (artículo 5.3 RPC). El Reglamento parlamentario catalán parece regular el acceso a la información como una obligación para la Administración autonómica, si bien, con una redacción compleja, parece amparar la posibilidad de que esta pueda denegar la petición de información justificando “las razones fundamentadas en derecho” que impiden dicho acceso (artículo 5.3 RPC).

Limitaciones materiales: el apartado anterior nos lleva a plantearnos una nueva pregunta: ¿Qué información es accesible para los parlamentarios catalanes? Y es que, como avanzábamos anteriormente, el RPC prevé también toda una serie de limitaciones de carácter material al derecho de información que se reconoce a los diputados catalanes.

Ciertamente, el Reglamento del Parlamento de Cataluña no responde de forma concreta a esta cuestión, refiriéndose, genéricamente, al derecho a obtener “información” de la Administración de la Generalidad. En este sentido, debemos destacar que el objeto del derecho de los diputados catalanes no es solo el acceso a determinados “documentos”, sino, mucho más amplio, a la “información”. Por lo tanto, podemos entender que podría solicitarse toda aquella documentación, datos e informaciones –cualquiera que sea su formato– que obren en poder de la Administración autonómica catalana y que, como expresamente señala el artículo 5.2 RPC, sean necesarios para el ejercicio de sus funciones.

Es importante destacar este último aspecto, por cuanto la información solicitada debería guardar, nece-

72. FONT I LLOVET, T., “Simplificación, descentralización, liberalización. ¿Hacia una nueva Administración Pública?”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 56-57.

73. El presidente del Parlamento no puede negarse, y, en el caso de que lo hiciera, provocaría una lesión del derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución al diputado particular, que podría acudir al Tribunal Constitucional en amparo.

74. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 44.

sariamente, relación con las funciones de representación política que se asignan a los parlamentarios. De modo que su derecho está condicionado a la observancia del principio de finalidad y no alcanza a otras cuestiones que queden al margen de dicha función representativa.

En efecto, el derecho a solicitar información no puede considerarse como un derecho absoluto, sino que, obviamente, debe venir sometido a límites para salvaguardar los derechos de terceros o el interés general en el buen funcionamiento del Gobierno y de las Administraciones Públicas. En este punto, GARCÍA ROCA, citando a SÁINZ MORENO, propone los siguientes límites<sup>75</sup>:

- Adecuación de la información al objeto requerido y a una función parlamentaria.
- Proporcionalidad en el tiempo y en la cantidad de la información requerida respecto de las funciones pretendidas.
- Transparencia de la solicitud de información, es decir, que pueda conocerse la finalidad perseguida.
- Inmediatividad entre la autoridad de quien se solicita la información y la documentación que posea.

Más allá de estas consideraciones, podemos entender igualmente que la solicitud de información debería identificar claramente qué hechos concretos se quieren documentar, excluyéndose peticiones genéricas e indeterminadas. Al mismo tiempo, hay que tener presente que el propio RPC regula también algunas excepciones concretas a la obligación de facilitar la información, excluyendo de este ámbito, en primer lugar, las demandas de información que tengan por objeto una cuestión o una documentación que se encuentre afectada por la declaración de secreto de actuaciones en un proceso judicial penal (artículo 5.3 y 4 RPC), así como las materias que, de acuerdo con la legislación vigente, hubieran sido declaradas secretas o reservadas (artículo 7 RPC).

En este último caso, el acceso de los parlamentarios a las materias declaradas secretas o reservadas, y a los registros que las contienen, se limita únicamente a los representantes de los grupos parlamentarios, de modo que el Reglamento parlamentario no solo limita el ac-

ceso a dicha información, sino que, además, lo configura no ya como un derecho individual de los parlamentarios, sino vinculado a los distintos grupos parlamentarios en los que se organiza la Cámara<sup>76</sup>.

### 3.1.2. El acceso de los parlamentarios a la información de otras Administraciones Públicas

Ahora bien, el derecho a la información de los diputados catalanes no acaba aquí, ya que, como apuntábamos, junto con el supuesto anterior, el Reglamento del Parlamento de Cataluña reconoce también el derecho de acceso de los parlamentarios catalanes a la información que obra en poder de otras Administraciones Públicas de Cataluña. En este supuesto, debemos acudir al artículo 6.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, que se expresa en los siguientes términos:

“Los diputados, de conformidad con la ley, tienen derecho a acceder a todos los datos y la información de las administraciones y las instituciones públicas, con respeto a las limitaciones de la legislación sobre protección de datos de carácter personal. Los datos que hayan sido declarados de carácter secreto, según la legislación vigente, quedan excluidos. El Parlamento ha de suscribir los correspondientes convenios para que esta disposición sea efectiva”.

Como puede observarse, el artículo 6.1 RPC parece reconocer un derecho individual muy amplio de los parlamentarios catalanes, tanto desde el punto de vista material como subjetivo. En efecto, el Reglamento parlamentario catalán les permitiría acceder, de un modo similar al que poníamos de relieve en el punto anterior, a “todos los datos y la información” de otras Administraciones e instituciones públicas, con las únicas limitaciones de la legislación sobre protección de datos de carácter personal, así como las informaciones declaradas secretas.

Igualmente, desde un punto de vista subjetivo, el ámbito de aplicación de este derecho es también muy amplio, puesto que se extendería a todas aquellas entidades públicas no encuadradas dentro de la noción de “Administración de la Generalitat” de Cataluña (ar-

75. GARCÍA ROCA, J., “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del Parlamento (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)”, cit., p. 261. Entre otros, se refiere también a estas cuestiones GARCÍA MORILLO, J., “El control parlamentario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación”, cit., pp. 115 y 116.

76. Al limitarse únicamente a los grupos parlamentarios del Parlamento de Cataluña, debemos entender que ello tendría como consecuencia directa que los diputados no adscritos a ningún grupo no tuvieran acceso a dichas materias.

título 71 EAC), esto es, las restantes Administraciones territoriales (tanto de ámbito estatal como local), así como las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de estas (artículo 2 LRJPAC) existentes en Cataluña.

Sin embargo, esta amplitud es meramente aparente, porque, en realidad, el artículo 6.1 RPC se limita a enunciar dicho derecho a la información, pero remite su concreción –por ejemplo, la determinación de las condiciones y las formas de su ejercicio– a aquello que establezca la ley (“de conformidad con la ley”, artículo 6.1 RPC), y sujeta la eficacia del derecho a que se establezcan convenios en tal sentido.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en el ámbito estatal o en otros ordenamientos autonómicos<sup>77</sup>, el Reglamento parlamentario catalán renuncia a desarrollar directamente el derecho de información de los diputados catalanes en aquellos supuestos en que el sujeto pasivo del requerimiento de información no es la Administración autonómica, sino cualquier otra Administración o entidad pública de Cataluña. En estos casos, el régimen jurídico de dicha solicitud de información se remite a la legislación específica que corresponda en cada caso, y a los convenios que puedan establecerse a tal efecto.

La justificación de dicha renuncia puede encontrarse, seguramente, en el hecho de que el reglamento

parlamentario –dirigido principalmente a regular la organización y funcionamiento de las Cámaras parlamentarias– no es el tipo normativo más adecuado para regular detalladamente las obligaciones de información que se imponen a otras Administraciones Públicas<sup>78</sup>.

En todo caso, y sin poder entrar más detalladamente en esta última cuestión, llegados a este punto, se nos plantea rápidamente la siguiente pregunta: a falta de regulación expresa en el Estatuto de Autonomía de 2006 y en el Reglamento del Parlamento de Cataluña, ¿cuál es la norma jurídica que desarrolla el derecho de acceso de los parlamentarios catalanes a la información que obra en poder de otras Administraciones Públicas? La respuesta, podemos avanzar ya, es ninguna en concreto, porque, como veremos a continuación, en la actualidad no existe en el ordenamiento catalán una norma jurídica que desarrolle específicamente estas cuestiones, y reconozca a los parlamentarios catalanes un régimen específico y privilegiado de acceso a dicha información. Toda vez que, hasta día de hoy y salvo error, tampoco se ha formalizado ninguno de los convenios previstos en el artículo 6.1 RPC, dirigido a dotar de efectividad el derecho a la información de los diputados catalanes<sup>79</sup>. Examinémoslo más detalladamente.

77. Véase, por ejemplo, el artículo 20.2 del Reglamento del Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 271, de 22 de noviembre de 2013), que afirma que “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Senadores, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas”. Añadiéndose que “la solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Senado y la Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Senado [...] las razones fundadas en Derecho que lo impidan”.

En términos parecidos, el artículo 12 del Reglamento de las Cortes de Aragón, aprobado el 26 de junio de 1997 (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, núm. 124, de 30 de junio de 1997, pp. 4794-4822), en el que se regula el derecho de los diputados aragoneses a solicitar información a otras instituciones, entre ellas la Administración local, si bien limitándolo a “materias que afecten a competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón” (artículo 12.3 del Reglamento de las Cortes de Aragón). En este caso, se prevé también que el requerimiento de información será dirigido a la Presidencia de las Cortes aragonesas, que lo trasladará a la institución de que se trate.

Por el contrario, como en el caso catalán, algunos reglamentos parlamentarios autonómicos limitan el ámbito de aplicación del derecho de información de los diputados principalmente al ámbito de la Administración de la comunidad autónoma, remitiendo a la normativa específica la petición de información a otras entidades públicas. Es el caso, por ejemplo, del artículo 12.5 del Reglamento de las Cortes Valencianas, aprobado el 21 de febrero de 2013 (Boletín Oficial de las Cortes Valencianas, núm. 138, de 1 de marzo de 2013), en el que se establece que los diputados valencianos, “en el marco de la legalidad, podrán solicitar de las administraciones locales o del Estado y de los órganos de gobierno de las otras comunidades autónomas, a través del presidente o presidenta de Les Corts, la documentación que consideren que afecta, de alguna forma, a la Comunitat Valenciana”.

78. En este sentido, se ha afirmado que los “Reglamentos parlamentarios autonómicos son, por sí mismos inanes para generar cualquier tipo de obligación jurídica por parte de la Administración del Estado”. MANCISIDOR ARTARAZ, E., “El derecho de los parlamentarios a recabar información (Comentario a la STC 161/1988, de 20 de septiembre)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, p. 183.

79. Realizada la consulta durante el mes de diciembre de 2013 a los servicios documentales del Parlamento de Cataluña, la respuesta ha sido que, hasta la fecha, no se ha formalizado ninguno de los convenios a los que hace referencia el artículo 6.2 RPC.

### **3.1.2.1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**

En primer lugar, para intentar dar respuesta a la pregunta planteada, podríamos acudir a la normativa estatal básica –ex artículo 149.1.18 de la Constitución– en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y, más concretamente, a la normativa que, con las precisiones que más adelante añadiremos, regulaba hasta hace poco el acceso a los archivos y registros administrativos, contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Como sabemos, la LRJPAC se ocupó de regular –en desarrollo del artículo 105 b) de la Constitución– el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, reconociéndolo, de forma genérica, a todos los ciudadanos, siempre que correspondiera a procedimientos administrativos terminados a la fecha de solicitud de la información (artículo 37.1 LRJPAC).

Junto a este derecho de los ciudadanos, la LRJPAC preveía también el acceso a los documentos que constaran en las Administraciones Públicas por parte de otros sujetos; en particular, para las personas que tuvieran la condición de diputados en las Cortes Generales, los senadores, los miembros de una asamblea legislativa de una comunidad autónoma o de una entidad local [artículo 37.6.f) LRJPAC]. El problema, no obstante, es que en estos supuestos la Ley tampoco fijaba directamente el régimen jurídico específico al que debía someterse el acceso a la información de estos cargos públicos representativos, sino que se limitaba a remitir dicho régimen jurídico a lo que establecieran “sus disposiciones específicas” (artículo 37.6 LRJPAC).

De este modo, a pesar de que la LRJPAC parecía reconocer la existencia de un derecho de acceso cualificado a la información pública por parte de los diputados, senadores o miembros de una asamblea legislativa autonómica o local –que se justificaría por su estrecha relación con el artículo 23.2 de la Constitución–, lo cierto es que la Ley centraba su atención específicamente en el derecho de acceso de los ciudadanos (artículo 37.1 LRJPAC), excluyéndose, en consecuencia, de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que el ejercicio de dicho derecho se justificara en el carácter público representativo de su titular.

### **3.1.2.2. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña**

En segundo lugar, y siguiendo el mismo esquema anterior, podríamos acudir a la legislación catalana en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y, en concreto, a la ya citada Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña. Pero esta tampoco nos resuelve nuestra pregunta inicial.

Como la legislación estatal, la Ley catalana se limita a prever, de forma general, el derecho de los ciudadanos a acceder, por cualquier medio, a los registros y a los documentos que formen parte de un expediente y obren en los archivos de las Administraciones Públicas catalanas, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados a la fecha de la solicitud de información (artículo 27.1 LRJPAC). Pero más allá de este derecho de los ciudadanos, no se contiene ninguna disposición específica dirigida a regular el acceso a la información por parte de los cargos electos.

### **3.1.2.3. Legislación de régimen local**

En tercer lugar, debemos referirnos a la legislación de régimen local que, como en los casos anteriores, ha regulado también el acceso a la información pública en el ámbito local. En el caso de Cataluña, dicha regulación la encontramos actualmente en el 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 (en adelante TRLMRLC).

Dicho Texto Refundido regula, en primer lugar, el derecho de “todos los ciudadanos” –e incluso de las asociaciones de vecinos– a acceder a la información municipal (artículos 154.1 y 155 TRLMRLC); derecho que se concreta tanto en la posibilidad de obtener –previa acreditación de la condición de interesado– las copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales y de sus antecedentes, como en la de consultar la documentación, los archivos y los registros de la entidad local de que se trate.

Junto con este derecho de acceso de los ciudadanos, la legislación de régimen local catalana regula también un régimen de acceso a la información pública más cualificado, previsto para los miembros electos de las entidades locales (artículo 164 TRLMRLC). En

este sentido, se afirma que los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde o del presidente, o de la comisión de gobierno, todos los antecedentes, los datos o las informaciones que estén en poder de los servicios de la corporación y que sean necesarios para el desarrollo de su función.

Sin embargo, más allá de estas dos posibilidades, la legislación de régimen local no prevé un régimen de acceso a la información municipal distinto, o cualificado, cuando la solicitud de información proviene de otro sujeto o autoridad pública. Posibilidad que tampoco se prevé, normalmente, en la normativa propia aprobada por las diferentes Administraciones locales catalanas, especialmente en lo que a sus reglamentos orgánicos se refiere<sup>80</sup>.

### **3.1.2.4. La nueva regulación de la transparencia administrativa**

Por último, debemos mencionar la recientemente aprobada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante LT), cuyo objetivo no es otro que el de ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, así como regular y garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Son muchas las dudas e interrogantes que aún plantea la nueva regulación<sup>81</sup>. Sin embargo, en lo que a nosotros nos interesa, podemos indicar que la Ley de Transparencia –plenamente aplicable, según su artículo 2, a la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, y a las entidades que integran la Administración local– regula, en primer lugar, la publicidad activa, imponiendo a las diferentes Administraciones Públicas la obligación de publicar, de forma periódica y actualizada, la información

cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad, y, en concreto, toda una serie de informaciones como pueden ser las directrices, circulares, instrucciones o respuestas a preguntas planteadas por particulares; las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos (artículo 7 LT); así como determinados actos de gestión administrativa con repercusión económica (artículo 8 LT).

Al mismo tiempo, la Ley de Transparencia se ocupa de regular de forma detallada el acceso a la información pública, reconociendo el derecho de “todas las personas” (artículo 12 LT) a acceder a “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones” (artículo 13 LT)<sup>82</sup>.

No obstante, como sucedía en los supuestos anteriores, la Ley de Transparencia no hace mención alguna al régimen al que debe someterse la solicitud de información efectuada por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones. En efecto, la nueva Ley regula un derecho de información muy amplio, predicable de todas las personas –tanto físicas como jurídicas, públicas y privadas–, y sin necesidad de acreditar ningún interés al respecto, pero sin que se establezcan especialidades en función del cargo representativo de la persona que solicita el acceso.

Obviamente, este reconocimiento universal del derecho de acceso no impediría que pudieran establecerse otras regulaciones específicas dirigidas a determinados colectivos o materias concretas –como podría ser, por ejemplo, el acceso de los cargos electos a la información que obre en poder de otras Administraciones Públicas–. En todo caso, como decimos, la regulación

80. A tal efecto, podemos remitirnos, entre otros muchos, al texto consolidado del Reglamento orgánico de la Diputación de Barcelona, aprobado el 30 de enero de 2003 (Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, núm. 42, de 18 de febrero de 2003, pp. 23-27).

81. Para un examen general y exhaustivo de las novedades de la nueva Ley de Transparencia podemos remitirnos a GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

82. En este sentido, la disposición adicional primera de la Ley de Transparencia modifica la redacción del artículo 37 de la LRJPAC que comentábamos anteriormente, que, una vez entre aquella en vigor, pasaría a tener la siguiente redacción: “Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”.

Por lo que se refiere a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia, hay que recordar que, de acuerdo con su disposición final novena, la entrada en vigor de la nueva regulación del derecho de acceso no se producirá hasta que transcurra un año desde su publicación en el BOE.

de dichos supuestos concretos es una tarea que la nueva Ley de Transparencia no aborda directamente, sino que, como prevé su disposición adicional primera, se remitiría a su legislación específica<sup>83</sup>.

Por lo que se refiere al caso catalán, debemos añadir que la Proposición de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, actualmente en tramitación en el Parlamento de Cataluña<sup>84</sup>, tampoco incorpora, por el momento, una regulación específica del derecho de acceso de los parlamentarios catalanes a la información que obre en poder de otras Administraciones Públicas.

En efecto, de forma similar a la Ley estatal, la Proposición de Ley catalana parte del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública de todas las personas, a título individual o en nombre y representación de cualquier persona jurídica legalmente constituida (artículo 18 de la Proposición de Ley), pero sin prever ninguna especificidad adicional en función del cargo público representativo que se ostente<sup>85</sup>.

### 3.1.3. Recapitulación

Llegados a este punto, podemos concluir que el ordenamiento jurídico catalán carece de una regulación concreta y específica del derecho de acceso de los parlamentarios catalanes, en ejercicio de sus funciones, a la información que obra en poder de las Administraciones locales. En efecto, ninguna de las normas jurídicas examinadas ampararía un supuesto régimen cualificado de acceso de los diputados catalanes.

La ausencia de dicha regulación provoca en la práctica que, sin perjuicio de las posibilidades y mecanismos institucionales que examinaremos a continuación, los diputados catalanes no dispongan de un procedimiento específico para ejercer un derecho individual a la información que forma parte de su estatuto constitucionalmente reconocido, lo que genera una incerti-

dumbre e inseguridad jurídica cuando requieren esa información por una vía diferente de la que se reconoce, con carácter general, a los ciudadanos.

### 3.2. Comparecencias y solicitudes de información por las comisiones

El Reglamento del Parlamento de Cataluña también contempla que, a través de las comisiones, se pueda solicitar información a cualquier autoridad o funcionario de la Generalidad o de los entes locales de Cataluña. En este caso, la solicitud de la información o la celebración de comparecencias –lo que supondría una manera inmediata de adquisición de información– dependen de una valoración de oportunidad, pues requieren un acuerdo previo que adopta el órgano parlamentario<sup>86</sup>.

La solicitud de comparecencia la presenta un grupo parlamentario o un diputado individualmente considerado, y debe hacer constar a quién debería citar la comisión, el tema concreto a tratar, y la finalidad de la comparecencia. Dicha solicitud es objeto de admisión a trámite por la mesa de la comisión, que puede decidir si la comparecencia se desarrolla en el plenario de la comisión o en una subcomisión.

A diferencia de las solicitudes de información individuales, las comparecencias están sujetas al régimen de publicidad propio de las sesiones parlamentarias: presencia de medios de comunicación social y publicación de los debates en el Diario de Sesiones<sup>87</sup>. No obstante, el artículo 43 RPC establece que las sesiones de una comisión podrían ser secretas si esta lo acuerda por mayoría de dos tercios, a iniciativa de la Mesa del Parlamento, de tres grupos parlamentarios o de la tercera parte de sus miembros.

En la sustanciación de la comparecencia ante la comisión se produce un intercambio de palabras, pues

83. La disposición adicional primera de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, señala: “2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”.

84. Con fecha 24 de abril de 2014, puede consultarse el texto elaborado hasta ahora por la Ponencia redactora de la Proposición de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en el siguiente enlace: [http://www.parlament.cat/web/participacio/esco-136/debat?p\\_id=PLT](http://www.parlament.cat/web/participacio/esco-136/debat?p_id=PLT)

85. En este punto, debemos señalar que, como sucedía con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, la disposición adicional primera de la Proposición de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno catalana, prevé también la posible existencia de regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública, previendo únicamente que estas se regularán por su normativa específica.

86. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, cit., pp. 45 y ss.

87. *Ibid.*, pp. 45 y ss.

comienza el interviniente informando sobre las cuestiones planteadas y contestando a las preguntas formuladas, pudiendo los diputados posteriormente re-preguntar y pedir aclaraciones puntuales a las respuestas dadas (artículo 50 RPC).

Habida cuenta del debate que se produce en las comparecencias y del grado de publicidad que obtiene la información compartida, las comparecencias han dejado de ser consideradas meramente informativas y son consideradas, más bien, elementos de control del compareciente, lo que ha influido –sin duda– en la fase de admisión de las solicitudes de comparecencia<sup>88</sup>.

El artículo 48.2 RPC prevé, en sus cuatro apartados, las distintas autoridades a quienes dirigirse para obtener información y documentación:

a) El Gobierno, cualquier autoridad de la Generalidad y los entes locales de Cataluña.

b) Autoridades y funcionarios públicos de la Generalidad y de los entes locales de Cataluña competentes por razón de la materia del debate.

c) Autoridades del Estado, respecto a las competencias atribuidas a la Generalidad cuyos servicios aún no han sido transferidos, y autoridades y funcionarios públicos que no pertenezcan a la Administración de la Generalidad.

d) Otras personas.

De esta enumeración ha de señalarse la expansión de los destinatarios de las solicitudes de información por comisiones. Respecto de los últimos dos puntos, c) y d), ha de señalarse que el Reglamento establece que las autoridades y funcionarios públicos que no pertenezcan a la Administración de la Generalidad han de informar sobre cuestiones que afecten a las funciones del Parlamento y a los intereses de Cataluña<sup>89</sup>. Este requisito no se establece respecto de los puntos anteriores, razón por la cual podría considerarse que no hace falta justificar, por parte de la comisión o del diputado o grupo parlamentario que requiera la comparecencia, un punto de conexión entre el sujeto requerido y el interés de la Comunidad Autónoma.

Es importante destacar que, por lo que se refiere a las autoridades de la Generalidad y a los entes locales

de Cataluña, el artículo 48.2.a) RPC extiende el ámbito de control de dichas comisiones no solo a la mera comparecencia personal, sino también a la presentación de “documentación”; la cual deberá facilitarse, en un plazo no superior a los veintiún días, a no ser que se comuniquen al presidente del Parlamento las razones mentadas en derecho por las que no les es posible hacerlo. A este respecto, podrían extenderse las consideraciones hechas anteriormente respecto a las solicitudes individuales de información, de que podrían oponerse argumentos fundados en la prohibición del abuso de derecho y el respeto a los derechos fundamentales de terceros.

En todo caso, continúa el artículo estableciendo que si “por razones de carácter técnico no fuera posible remitir la documentación pedida, debe facilitarse su consulta, en las dependencias administrativas correspondientes, a una delegación, designada por la comisión, integrada por representantes de todos los grupos parlamentarios y asistida por expertos, si la comisión así lo ha acordado”.

En el caso de las autoridades del Estado y de autoridades y funcionarios públicos que no pertenecen a la Administración de la Generalidad, su obligación de atender a los requerimientos de las comisiones parlamentarias depende de lo que establezca la legislación de aplicación.

Con carácter general, establece el apartado 3.º del artículo 48 RPC que:

“Si los funcionarios o las autoridades no comparecen o no justifican su no-comparecencia en el plazo y la forma establecidos por la comisión, o no se responde a la petición de información requerida en el período indicado por el apartado 1, el presidente o presidenta del Parlamento debe comunicarlo a la autoridad o al funcionario o funcionaria superior correspondiente, en caso de que procediera exigirlos alguna responsabilidad”.

Por lo tanto, a diferencia de las solicitudes individuales de información, el Reglamento del Parlamento de Cataluña regula cómo los parlamentarios, a través de las comisiones, pueden acceder a la información que obra en poder de las Administraciones locales. Sin

88. *Ibid.*, pp. 45 y ss.

89. En el ámbito estatal la distinción entre autoridades y funcionarios públicos y personas que no ostentan tal condición es relevante a efectos de admisión de las iniciativas, pues la Mesa del Congreso estableció, durante la III Legislatura, que para que sean admisibles las solicitudes de comparecencia de estas “otras personas” debe haber una iniciativa ya existente en la Cámara a la que tal comparecencia se pueda conectar, y respecto de la que podría informar o asesorar a la Comisión. *Ibid.*, p. 52.

embargo, en este caso, no podemos hablar de un derecho fundamental que integre la posición jurídica individual del parlamentario, pues la aceptación o no de la solicitud de información requiere un criterio político, no automático, de la mesa de la comisión. No obstante, la regulación expuesta no permite a los parlamentarios una personación directa en sede administrativa, sino que dicha situación solo se puede producir una vez admitida a trámite la solicitud de información y documentación, y alegadas razones de carácter técnico.

#### 4. Garantía del proceso de rendición de cuentas

Como hemos puesto de relieve anteriormente, no hay regulado en Cataluña un procedimiento para ejercer un derecho de acceso individual a la información que obre en poder de las Administraciones locales. Tampoco está prevista explícitamente en la normativa en materia de función pública la falta de no facilitar información a las comisiones parlamentarias<sup>90</sup>. En consecuencia, como el objeto del Reglamento parlamentario son los procedimientos internos de la Cámara, el ente local al que se dirija el parlamentario individualmente considerado o la comisión parlamentaria no encontrará un fundamento jurídico para proporcionar dicha información, o, por el contrario, podría trasladar únicamente aquella que considere adecuada. Esta situación requiere una previsión normativa que reduzca la inseguridad jurídica.

Por otra parte, aunque estuviese reconocido un procedimiento en el Reglamento parlamentario para que los diputados pudieran solicitar información a la Administración local, la denegación o incompleta satisfacción de una pregunta o petición de información formulada por parlamentarios no supondría la vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo

23.2 de la Constitución, ya que este no comprende el derecho a una respuesta con un contenido concreto. En cualquier caso, cabe plantearse: ¿de qué derecho a la información hablamos si no hay una obligación del Gobierno o ente requerido de dar respuesta?<sup>91</sup>

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido, en la Sentencia núm. 220/1991, FJ 5, que el cauce de revisión de la actuación gubernamental, que deberíamos entender en sentido amplio, incluyendo a cualquier sujeto al que se dirija el Parlamento, en respuesta a requerimientos parlamentarios, debe ser el propio de la acción política de dichos parlamentarios, con el fin de no desnaturalizar el ámbito del artículo 23.2 CE, extendiéndolo más allá de los límites que le son propios<sup>92</sup>. Hay quien admite, por el contrario, el control jurisdiccional de las eventuales lesiones de un derecho de información a través del proceso ordinario diseñado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque es una posición muy minoritaria<sup>93</sup>. Al contrario, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede deducirse que la respuesta de la Administración local sería una actividad “exquisitamente” política, desarrollada en el ámbito parlamentario, que no puede ser objeto de control judicial. Ninguna responsabilidad que no sea política cabrá exigir ante el incumplimiento de la Administración. La opción que queda a la Cámara es dar difusión del modo de proceder de la Administración controlada<sup>94</sup>, con la esperanza de que se produzca una sanción electoral.

La información de que disponga el Parlamento y sus miembros depende de la buena voluntad de la Administración, que debería obrar aplicando un principio básico de lealtad institucional<sup>95</sup>. De hecho, el Parlamento de Cataluña no dispone de instrumentos que permitan adoptar medidas sobre la actuación de diputaciones provinciales, consejos comarcales o municipios, más allá de la recomendación o toma de posición institucional:

90. Si bien es cierto que la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, impone a los empleados públicos el deber de actuar persiguiendo la consecución de los objetivos de interés general y fundamentándose en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común (artículo 53.2 EBEP). En términos parecidos se expresa el artículo 108.2 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

91. GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, cit., p. 307.

92. GARCÍA ROCA, J., “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del Parlamento (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)”, cit., p. 267.

93. PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, cit., pp. 45 y ss.

94. ARCE JANÁRIZ, A., “La distribución del control parlamentario entre los órganos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, cit., p. 293.

95. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La actividad del Gobierno y de la Administración Pública como objeto del control parlamentario”, cit., p. 460.

no puede adoptar una medida de carácter corrector o sancionador, aunque tampoco procedería adoptar una medida de carácter laudatorio para el órgano controlado. La eficacia de la actuación de control sería difusa, dirigida más bien a la publicidad de las actuaciones de dichos órganos, de cara a la conformación de una “opinión pública” al respecto. La responsabilidad difusa sería la propia de todo sistema pluralista y democrático, que se produce a través de las variadas vías de expresión de la crítica política, tanto por ciudadanos como por políticos o medios de comunicación<sup>96</sup>.

## 5. Conclusiones

1. Todo poder público está sometido al principio de responsabilidad y de limitación del poder. El control parlamentario es uno de los controles constitucionalmente previstos, que se desenvuelve en las relaciones entre órganos no relacionados jerárquicamente entre sí.

2. El control parlamentario es eminentemente político, a pesar de que como consecuencia del parlamentarismo racionalizado se haya institucionalizado y sometido a procesos tasados. Actualmente se busca, sin embargo, una revitalización del papel del Parlamento y, en consonancia, extender el objeto del control parlamentario. Más allá del control-sanción, se identifica un concepto de control más amplio, de tipo sociológico, que tiene como objeto dar visibilidad al debate político.

3. Atendiendo a este control difuso, sociológico, se amplían los sujetos susceptibles de ser controlados, extendiéndose a cualquier “sujeto político”. Cualquier actividad parlamentaria serviría para dar publicidad a la actuación de los poderes públicos (no solo estatales) y poner en marcha, si fuera el caso, otros mecanismos de control. Siguiendo este razonamiento, el control parlamentario podría extenderse a la actividad de las entidades locales. Desde las perspectivas del control-sanción o control-responsabilidad, no tendría sentido esta extensión más allá del supuesto del control de la acción del Gobierno, pues, en sentido estricto, el Parlamento controla al Gobierno, con quien mantiene una relación de confianza y se sitúa en el mismo plano institucional. Los distintos mecanismos contemplados en el Reglamento parlamentario sirven para constatar el mantenimiento de dicha relación.

4. En el caso de un Parlamento autonómico, la extensión de la actividad de control que ejerce podría relacionarse con su ámbito competencial, no limitado a las listas competenciales, sino incluyendo también las atribuciones de las instituciones autonómicas. De esta manera, podría considerarse la búsqueda de un punto de conexión de la actividad de un sujeto distinto del Gobierno de la Generalidad con este ámbito propio de decisión de la Comunidad Autónoma. Está claro que en este caso la intensidad del control podría ser mucho mayor que en el caso de la inexistencia del mencionado punto de conexión, en el que el control sería claramente difuso y carente de consecuencias inmediatas.

5. Desde una concepción más amplia de control político, encaminada a la exigencia de una responsabilidad difusa, ante el electorado, consistente en publicitar la actuación de los poderes públicos, la mera solicitud de información de un parlamentario o de la Cámara a una Administración Pública ya implica una actividad de control. La función de información sería la actividad de control –en sentido amplio– que más intensamente podría influir sobre la actividad administrativa y, en concreto, sobre la entidad local.

6. El abanico de facultades de un cargo público representativo integra su estatuto constitucional, y las vías de ejercicio de estas vienen determinadas por la ley material. El hecho de que el ejercicio del cargo público representativo sea denominado como un derecho “de configuración legal”, no puede significar el vaciamiento de su contenido constitucional. En este sentido, ha de acudir al reglamento de la Cámara autonómica para verificar qué facultades tiene efectivamente reconocidas un parlamentario, y de qué modo puede ejercerlas.

7. El ordenamiento jurídico catalán carece de una regulación concreta y específica del derecho de acceso de los parlamentarios catalanes individualmente considerados, en ejercicio de sus funciones, a la información que obra en poder de Administraciones locales. En efecto, ninguna de las normas jurídicas examinadas ampararía un supuesto régimen cualificado de acceso de los diputados catalanes. Quedaría a la voluntad de la entidad local a la que se dirigiesen el permitir el acceso a la información solicitada. Esta situación debería ser remediada por el legislador, utilizando la legislación local específica.

96. MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, cit., pp. 127 y ss.

8. No obstante lo anterior, el Reglamento de la Cámara autonómica sí que contempla el acceso a la documentación e información que obre en poder de las entidades locales de Cataluña por parte de las comisiones parlamentarias, que podrían, incluso, personarse en sede administrativa cuando las condiciones técnicas así lo requieran. No supondría un derecho individual de los parlamentarios ni sería automático, pues el ejercicio de este acceso a la documentación depende de una decisión política, de la admisión a trámite de la mesa de la comisión correspondiente.

9. Solicitado por la comisión el acceso a la documentación, no se ha constatado, sin embargo, la existencia de mecanismos jurídicos que aseguren el cumplimiento de la entrega de la información solicitada. El Tribunal Constitucional ha considerado que la respuesta que pueda ofrecer la Administración es eminentemente política, y la reacción frente a tal respuesta tendrá que ventilarse a través de mecanismos igualmente políticos.

10. Aceptándose la posibilidad de que el Parlamento de Cataluña, habida cuenta de que es órgano de representación política de los ciudadanos, pueda controlar, siguiendo la acepción más amplia del término control parlamentario, la actuación de las entidades locales, no hay garantías que aseguren la eficacia de este control, quedando a disposición de los propios entes locales el cumplimiento de su obligación de rendir cuentas y, en caso de cumplir, el grado de respuesta a la solicitud de información por parte del diputado individual, de la Comisión o bien de la Cámara.

## 6. Bibliografía

ARAGÓN REYES, M., "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 7, núm. 19, 1987, pp. 15–52.

ARAGÓN REYES, M., "El control parlamentario como control político", *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, pp. 9–39.

ARAGÓN REYES, M., "Información parlamentaria y función de control", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 13–35.

ARCE JANÁRIZ, A., "La distribución del control parlamentario entre los órganos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Proble-*

*mas actuales del control parlamentario*, 1997, pp. 279–382.

- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., "Sobre el 'derecho a la documentación' de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 68, mayo-agosto 2003, pp. 355–378.
- BLANQUER CRIADO, D. V., "Artículo 77", en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- BUSTOS GISBERT, R., *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Colex, Madrid, 2001.
- FONT I LLOVET, T., "Simplificación, descentralización, liberalización. ¿Hacia una nueva Administración Pública?", en TORNOS MAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 56–57.
- GARCÍA MORILLO, J., "El control parlamentario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: Autonomía y comisiones de investigación", en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 101–120.
- GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.
- GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- GARCÍA ROCA, J., "El control del Gobierno desde la perspectiva individual del Parlamento (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)", en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 225–278.
- GARCÍA ROCA, J. e IBRIDO, R., "El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: El Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos", en PAU I VALL, F. (coord.), *El control del gobierno en democracia*, AELPA - Tecnos, Madrid, 2013, pp. 105–136.
- GARRORENA MORALES, Á., "Algunas sugerencias para renovar la función de control", en PAU I VALL, F. (coord.), *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 421–442.
- GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

- JIMÉNEZ PLAZA, M. I., *El derecho de acceso a la información municipal*, Iustel, Madrid, 2006.
- LÓPEZ GUERRA, L., "El titular del control parlamentario", en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 155–178.
- MANCISIDOR ARTARAZ, E., "El derecho de los parlamentarios a recabar información (Comentario a la STC 161/1988, de 20 de septiembre)", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, pp. 161–206, fecha de consulta 5 diciembre 2013, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=85314>.
- MARTÍNEZ ELIPE, L., *Tratado de Derecho Parlamentario. Parlamento e información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PEÑARANDA RAMOS, J. L., "Información parlamentaria, poderes públicos y sector público", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 37–80.
- PUNSET BLANCO, R., "El control parlamentario en España: cuestiones controvertidas desde la perspectiva de la forma de gobierno", en PAU I VALL, F. (coord.), *El control del gobierno en democracia*, AELPA - Tecnos, Madrid, 2013, pp. 157–178.
- RAMOS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Ed. Reus, Madrid, 2008.
- RECCHIA, G., *L'informazione delle assemblee rappresentative*, Jovene, Nápoles, 1979.
- RUBIO LLORENTE, F., "El control parlamentario", en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SÁINZ MORENO, F., "Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 81–90.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "La actividad del Gobierno y de la Administración Pública como objeto del control parlamentario", en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 455–475.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa Calpe, Madrid, 1990.
- SANTOS CANALEJO, E. DE, "Bicameralismo y control parlamentario", en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 179–195.
- VERGOTTINI, G. DE, "La función de control en los Parlamentos de fin de siglo", en *Problemas actuales del control parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 25–52. ■

---

# Jornada y tiempo de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones locales: hacia una gestión flexible

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

## 1. Planteamiento

## 2. La prolongación de la dedicación horaria

## 3. Distribución irregular de la jornada

## 4. Minoración de permisos y vacaciones

- 4.1. La imposibilidad de mejora del régimen legal
- 4.2. El permiso por matrimonio: una mera corrección técnica
- 4.3. Asuntos propios
- 4.4. Cuidado de hijo
- 4.5. Crédito horario

## 5. La contratación por horas

- 5.1. Previsiones sobre el trabajo a tiempo parcial de los empleados públicos: los sucesivos pasos en la "normalización" de esta modalidad contractual
- 5.2. El trabajo "a la carta"
- 5.3. La voluntariedad del trabajador para proceder a la novación de una dedicación a tiempo completo en otra a tiempo parcial como principio general
  - 5.3.1. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en cuanto al tiempo se refiere
  - 5.3.2. Alternativas al consentimiento del trabajador
    - 5.3.2.1. Los expedientes de reducción de jornada por causas económicas, técnicas y organizativas: posibilidades
    - 5.3.2.2. Inaplicación o suspensión de la dedicación pactada en convenio

## 6. El período de prueba: la dedicación provisional

## Resumen

Bajo el pretexto de una escasa productividad, cierto es que una de las líneas de reforma impulsadas por el legislador en los últimos años ha sido la de intensificar y simultáneamente flexibilizar la dedicación horaria de los empleados públicos. Desde tales premisas normativas, y teniendo en cuenta los obstáculos surgidos para la financiación de los gastos corrientes y para la atención de los servicios de interés general, las Administraciones (sobre todo en el ámbito local) han venido adoptando variadas medidas de reordenación del tiempo de trabajo de sus efectivos laborales, con el fin de conseguir una mayor adaptación a las nuevas circunstancias económicas derivadas de la necesidad de dar cumplimiento a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Palabras clave: *jornada; horario; permisos; trabajo a tiempo parcial; modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.*

---

Artículo recibido el 10/03/2014; aceptado el 13/05/2014.

## *Working hours of labour personnel of local Administrations: towards a flexible management*

### **Abstract**

*On the pretext of low productivity, one of the lines of the reform bolstered by the legislator in the recent years has been the intensification and adjustment at the same time of public employees' working hours. Under these normative premises and taking into account the obstacles to finance the current expenses and provide services of general interests, Public Administrations (specially the local ones) have been taken several measures regarding the rationalization of working hours of their personnel. The aim of these measures is to better adapt to the new economic circumstances and the obligation to comply with the principles of budget stability and financial sustainability.*

Keywords: *working hours; timetables; permission; part-time job; substantial modifications of working conditions.*

### **1. Planteamiento**

Las reglas relativas a la determinación del tiempo durante el cual los empleados públicos quedan obligados a cumplir con su preceptiva prestación de actividad, tienen una destacada importancia a la hora de lograr un equilibrio en los intereses subyacentes: por un lado, los del empresario-Administración, en aras a proporcionar unos servicios públicos con la máxima calidad y eficiencia; por otro, los del trabajador-empleado público, que demanda la tutela de su descanso y el desarrollo de su personalidad. Reducir la duración del trabajo se convirtió, así, en una reivindicación progresiva, oportunamente atendida por el legislador, que, no obstante, en momentos recientes está dejando paso a una marcada tendencia, en la cual el acento oscila más hacia la intensificación de la dedicación, acompañada de una mayor flexibilidad en la distribución, junto a una generalización del trabajo a tiempo parcial con retribución proporcional.

Los obstáculos en la obtención de financiación con la que hacer frente a los gastos corrientes, así como para afrontar las inversiones en las infraestructuras que soportan los servicios públicos y para abonar los salarios de los efectivos a su servicio, han llevado a las Administraciones (sobre todo en el ámbito local, que ha sido el más afectado por la crisis) a adoptar variadas medidas de reordenación del tiempo de trabajo de sus empleados laborales, con el fin de conseguir una mayor adaptación a las nuevas circunstancias económicas derivadas de la necesidad de dar

cumplimiento a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, exigidos por el nuevo artículo 135 CE y regulados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, recientemente modificada por la Ley Orgánica 9/2013.

Importantes van a ser las repercusiones derivadas de estos reajustes en la ocupación de los reclutados por cuenta ajena a la hora de no superar el techo máximo de gasto público, pues la contratación en régimen laboral (indefinida o temporal) ha adquirido una importancia cuantitativa sustancial en las últimas décadas, superando con creces el número de funcionarios, sobre todo en el marco de las entidades locales<sup>1</sup>. De ahí que el nuevo artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), reformado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), intente poner coto a esta tendencia, disponiendo textualmente que “[c]on carácter general, los puestos de trabajo en la Administración Local y sus organismos autónomos serán desempeñados por personal funcionario”, colectivo al que queda reservado “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales”, en referencia a “las que supongan ejercicio de autoridad y, en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. Ello sin olvidar que también se reserva, en el nuevo artículo 92 bis LRBRL (reiterando lo

1. MAURI MAJÓS, J., “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 26, 2011, pp. 55 y ss.

dispuesto en la derogada disposición adicional segunda 1.2 EBEP), un elenco de funciones a los denominados funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, esto es: a) Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo; b) el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.

## 2. La prolongación de la dedicación horaria

Una de las líneas de reforma que ha impulsado el legislador en los últimos años ha sido la de potenciar el tiempo de trabajo de los empleados al servicio de la Administración. Las escasas cotas de productividad que se imputan al sector público, se han entendido motivadas, en parte, por la escasez del tiempo dedicado al trabajo, pues una jornada formal de 37,5 horas semanales, combinada con una pausa de media hora asimilada a tiempo de trabajo, más la aplicación del régimen de vacaciones, días de asuntos propios y fiestas legales, venía suponiendo un promedio anual de 210-215 días laborales, respecto de los cuales, si aplicamos un régimen real de trabajo de 6,5 horas de promedio, comporta un total de jornada de trabajo anual de entre 1365 y 1397 horas totales de trabajo efectivo, lo que dividido por las 52 semanas de un año acababa por arrojar cifras de entre 26,25 y 26,86 horas efectivamente trabajadas. Muy al contrario de los países de nuestro entorno, pues, por ejemplo, en Alemania y Gran Bretaña los empleados públicos alcanzan las 39 horas, mientras que en Irlanda, Suecia y Holanda llegan a 38.

Consciente de tal realidad, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, pretende dar un paso incipiente en aras a reordenar el tiempo de dedicación de los empleados públicos, como medio para in-

crementar la rentabilidad y mejorar el crecimiento económico, pero no de todos ellos, sino solo de los del conjunto del sector público estatal, definido como tal en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, esto es, la Administración General del Estado, los organismos autónomos dependientes de la misma, las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella, las entidades gestoras, servicios comunes, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus centros y entidades mancomunados, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal, entidades estatales de derecho público y consorcios<sup>2</sup>. El legislador vuelve a hacer uso de un ámbito de aplicación peculiar, el sector público estatal definido en los términos reseñados, sin acoger –como en otras ocasiones– el establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), ni el del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), quedando fuera, lo cual no puede dejar de criticarse, a las Administraciones autonómicas y locales<sup>3</sup>, si bien para estas últimas no hay que olvidar que el artículo 94 LRBRL establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración civil del Estado<sup>4</sup>, sin que, como había señalado la doctrina judicial, “el Ayuntamiento pueda arrogarse la facultad de cambiarla”<sup>5</sup>. Este precepto no ha sido reformulado por la Ley 27/2013 y se ha mantenido en vigor en sus propios términos, quedando zanjada la polémica doctrinal anteriormente existente sobre una posible derogación tácita del mismo por el artículo 47 EBEP, que permite a cada Administración establecer las jornadas generales y especiales

2. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “Jornada y tiempo de trabajo de los empleados públicos y crisis económica. A propósito del Real Decreto-ley 20/2012, de 6 de julio”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, pp. 69 y ss.

3. La SJS núm. 7 de Sevilla de 18 octubre 2012 considera nula la decisión de ampliación de la jornada del personal laboral municipal a 37,5 horas semanales, debiéndose abonar a los trabajadores como horas extraordinarias las 2,5 horas semanales de exceso realizadas.

4. STS, Cont.-Admtivo., 13 marzo 2009.

5. STS, Cont.-Admtivo., 10 enero 2000, reiterando la línea jurisprudencial establecida en las SSTS, Cont.-Admtivo., 5 febrero 1991 y 18 junio 2007.

6. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “La reordenación del tiempo de trabajo (artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre) y la jornada, en cómputo anual, de los empleados públicos de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28, 2012, pp. 143 y ss.

de sus empleados<sup>6</sup>, funcionarios y laborales; no en vano el artículo 51 EBEP dispone que “[p]ara el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, redacción que parece permitir la comparación entre las normas en conflicto, dándose preferencia a la que resulte más conveniente<sup>7</sup>.

Así, sin modificar lo previsto en el artículo 47 EBEP, el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011 establece lo siguiente:

“A partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.

“Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

“Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado se autoriza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los calendarios laborales vigentes, incluidos los sistemas de seguimiento del cumplimiento horario, previa negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación”.

Desaparece, por tanto, el patrón utilizado con anterioridad, módulo semanal con apelación inmediata al anual, para adoptar otro centrado exclusivamente en el “promedio semanal”. Además –y aquí es donde radica la clave de la reforma–, se establece un parámetro imposible de concretar a la baja, como se venía haciendo en múltiples ocasiones, al emplear la expresión “no inferior a 37 horas y 30 minutos”. Pretende unificar los mínimos para el sector público estatal, dejando de ser esta materia moneda de cambio específica en cada una de las Administraciones o entidades públicas a las que afecta. Es decir, en los respectivos ámbitos de negociación con los representantes del personal, pasará a ser un tema sobre el que dejará de discutirse. Ni los agentes sociales pueden plantear peticiones sobre la cuestión, ni la Administración va a estar posibilitada para hacer cualquier tipo de concesión al respecto. Constituye, a la postre, un recordatorio general al

máximo nivel normativo, cuya finalidad última es, de un lado, la de evitar mejoras y la prestación de servicios extraordinarios, que a menudo se pagan con un sobre coste importante sobre el precio de la hora ordinaria de un empleado público, y, de otro, la de reducir contrataciones de personal temporal rotatorio para cubrir incidencias (especialmente en el ámbito de la educación y sanidad).

Con mayor contundencia y despejando posibles dudas y lagunas, la Ley 2/2012, de 29 de junio, extiende esta medida a todo el sector público, esto es, a la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las agencias estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas; los consorcios; las fundaciones y las sociedades mercantiles. Además, determina esta Ley que las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer experimentarán los cambios que fueran necesarios para adecuarse a la modificación general de la jornada ordinaria. En todo caso, las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrán incremento retributivo alguno. Queda suspendida, además, la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los acuerdos, pactos y convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del sector público indicados anteriormente que contradigan lo aquí señalado (disposición adicional septuagésima primera).

En definitiva, la Ley 2/2012 ha fijado un límite general para todo el sector público. Hasta entonces solo existía un tope para el personal laboral (el máximo de 40 horas semanales en cómputo anual del artículo 37 ET), pero no para el funcionario, respecto del cual regía la regla que todavía proclama el artículo 47 EBEP: “Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos”. La fórmula ahora empleada, un mínimo de 37 horas y media y no un máximo, resulta llamativa, pues va en sentido contrario a lo que ha constituido la actitud tradicional de nuestro ordenamiento en mate-

7. STS, Social, 10 marzo 1999.

ria de jornada, donde lo habitual han sido los límites por arriba y el objetivo general la reducción paulatina del tiempo de trabajo.

Por su parte, la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administración Pública, establece, en su artículo 3.1, que la duración de la jornada general para la Administración General del Estado será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo, permitiendo, de nuevo, el promedio en cómputo anual, equivalente a 1664 horas al año. A la par, las comunidades autónomas han venido adoptando normas en este mismo sentido o, en algunos casos, más favorables para los empleados públicos, traspasando muchas veces los límites permitidos<sup>8</sup>. En fin, la Resolución de 23 de diciembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, rebaja el promedio anual a 1657 horas.

### 3. Distribución irregular de la jornada

Ninguna duda cabe sobre la aplicación de la nueva ordenación del tiempo de trabajo que introdujo la Ley 3/2012 en relación con los empleados públicos laborales, en virtud de la cual se permite la distribución de forma irregular, salvo pacto en contrario, del 10 por 100 de la jornada anual, posibilidad que ya estaba contemplada en el parámetro inferior del 5 por 100, a raíz del Real Decreto-ley 7/2011, como contenido mínimo del convenio colectivo en el artículo 85.3 ET, pero que ahora se aplica a todos los ámbitos empresariales (públicos o privados), obviamente con respeto a los descansos legales diario y semanal. Se garantiza que al menos un porcentaje de un 10 por 100 de la jornada pueda ser organizado a criterio empresarial, sin perjuicio, por supuesto, de quedar limitada por las reglas prevenidas en el artículo 34 ET en relación con el máximo de trabajo y mínimo descanso diario, así como por la regulación del asueto semanal ex artículo 37.1 ET y por lo dispuesto en el convenio de aplicación o en el acuerdo de empresa. Por tanto, al empleador le bastará con no negociar, si no encuentra

un “espíritu cooperativo” por parte de los representantes de los trabajadores, para poder disponer de ese porcentaje mínimo de distribución irregular, cuya finalidad es la de evitar el pago de horas extraordinarias, pues permite la prolongación de la jornada diaria con cargo a una bolsa de horas o incluso el desarrollo de la prestación laboral en días inicialmente considerados de no trabajo, compensándose las horas que a mayores se realizan sobre la jornada inicialmente distribuida con descansos<sup>9</sup>.

Ahora bien, hasta la promulgación del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, la distribución irregular de la jornada tenía como marco el año, lo que impedía trasvases de horas y descansos compensatorios de una anualidad para otra. La modificación que este Real Decreto-ley introduce consiste en llamar a la negociación colectiva o, en su defecto, al pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores, para regular el régimen de compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada ordinaria y la efectivamente realizada, de modo que nada impediría que se pactara la compensación interanual. Es más, previendo que pudiera no alcanzarse pacto alguno, el legislador ofrece una regla subsidiaria: cabe compensar las diferencias en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

### 4. Minoración de permisos y vacaciones

Entendidos los permisos como aquellos supuestos en los que de manera transitoria se mantiene la prestación retributiva, pero se exime al empleado público del cumplimiento de su deber principal, sin necesidad de recuperar ese lapso temporal no trabajado con la realización de la prestación de servicios en tiempos equivalentes y en momentos posteriores, no cabe olvidar que, en el afán por intensificar el tiempo de trabajo de los empleados públicos, las últimas reformas se han esforzado también en la restricción de los mismos, si bien no hay que dejar de mencionar algunas actuaciones *in*

8. Por poner un ejemplo, el Decreto 173/2013, de 5 de marzo, por el que se establece la jornada de trabajo anual, para el personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, fija la jornada de trabajo anual en 1614 horas y 30 minutos, añadiendo que el personal tendrá derecho a tres días de permiso por asuntos particulares, cuantificados en 22 horas y 30 minutos, que computarán como trabajo efectivo y que se deducirán de la jornada anual, la cual será, por tanto, de 1592 horas.

9. MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 45.

*bonus*. Un repaso somero permite hacer referencia a las siguientes actuaciones:

#### 4.1. La imposibilidad de mejora del régimen legal

El Real Decreto-ley 20/2012 elimina el carácter mínimo, mejorable por la oportuna normativa de desarrollo, tanto de las causas justificativas de los permisos como de la duración de los mismos, previsiones aplicables al personal al servicio de las Administraciones locales. En tal sentido, modifica el artículo 48 EBEP, que queda redactado en los siguientes términos: “[l]os funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos”, desapareciendo la referencia anterior “[e]n defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes...”. Existe, sin duda, una vocación centralizadora en estas materias, que no se limita a establecer una restricción de la capacidad normativa de desarrollo de las comunidades autónomas y de la negociación colectiva, sino que, llevada a sus últimas consecuencias, implica la prohibición absoluta de que instancias distintas del legislador estatal puedan establecer un régimen de permisos al alza respecto del fijado en la nueva redacción. Pretende, así, terminar con la posición de “cierto privilegio” que los empleados públicos venían manteniendo con respecto a los trabajadores del sector privado como consecuencia de las posibilidades anteriormente existentes de pacto o regulación mejorada<sup>10</sup>.

Ahora bien, no hay que olvidar que las materias relativas al tiempo de trabajo forman parte del elenco de contenidos del derecho de negociación colectiva que recoge el artículo 37 EBEP, en concreto en su apartado m). Hay que interpretar, por tanto, que el legislador no ha tratado de impedir la negociación sobre estos aspectos, sino que ha intentado “resituarla”<sup>11</sup>, con el fin de evitar concesiones en cada una de las unidades negociables.

Cobra pleno sentido ahora la interpretación judicial que venía entendiendo cómo, si bien estamos ante una materia susceptible de negociación colectiva conforme a lo establecido en el artículo 37 EBEP, lo cierto

es que las entidades locales carecen de competencia para modificar –mejorando– el régimen legal de los permisos y licencias referidos a los funcionarios públicos. Parafraseando esta interpretación, “el régimen de permisos de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido (antes del Real Decreto-ley 20/2012) por la legislación autonómica y, en ausencia de ésta, como es el caso, supletoriamente, por la estatal... careciendo así la Corporación Local de competencia para acordarlo con los representantes de aquéllos, a lo que debe añadirse, como tiene declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 22 octubre 1993 y 5 mayo 1994, que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo, sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la mesa de negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal”<sup>12</sup>.

No hay que olvidar en este contexto que el Tribunal Constitucional ha entendido que la nueva redacción del artículo 48 EBEP, tras la promulgación del Real Decreto-ley 20/2012, ha establecido una regulación de los permisos que tendrán los funcionarios públicos que no incluye referencia alguna a su carácter supletorio en defecto de normativa aplicable. Otra cosa sucedía con la redacción original de este precepto, que permitía en aquel momento a las Administraciones Públicas determinar los supuestos de concesión de permisos y sus requisitos, efectos y duración, bien a través de leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, bien a través de normas convencionales para el personal laboral<sup>13</sup>. En la práctica, sin embargo, se ha venido produciendo, también tras la reforma de 2012, la mejora de los permisos a través de la negociación colecti-

10. SANDE-PÉREZ BEDMAR, M. DE, *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 79.

11. SANDE-PÉREZ BEDMAR, M. DE, *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, cit., p. 83.

12. SSTSJ-CONT. Andalucía/Málaga, 19 abril 2005, y Castilla-La Mancha, 12 diciembre 2005.

13. STC 181/2012, de 15 de octubre.

va o de la legislación de desarrollo y no precisamente de una forma aislada<sup>14</sup>.

#### 4.2. El permiso por matrimonio: una mera corrección técnica

El Decreto-ley 20/2012 incorpora, al tiempo, al texto del artículo 48 EBEP el permiso por matrimonio heterosexual u homosexual (15 días), sin que se extienda a las uniones de hecho<sup>15</sup>. Se colma así la laguna anteriormente existente, no en vano era el artículo 71 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), el que regulaba esta circunstancia, tal y como se encargaba de aclarar el punto 3.º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Aunque el nuevo artículo 48 l) EBEP no lo establece, cabe entender que esta licencia ha de computarse en días naturales, de modo que todas las fechas que transcurren desde que se inicia el disfrute han de contabilizarse, sin que pueda pretenderse el ulterior disfrute de días festivos que hayan estado comprendidos<sup>16</sup>.

#### 4.3. Asuntos propios

El Real Decreto-ley 20/2012 reduce de 6 a 3 los días de asueto por asuntos particulares, distribuidos a conveniencia del empleado, pero necesitados de previa autorización y respeto a las necesidades del servicio, sin que

puedan acumularse a las vacaciones<sup>17</sup>. De ahí que entre este permiso y las vacaciones anuales deba mediar al menos una fecha laborable. Estos días deben disfrutarse dentro del año natural o, como máximo, en las quince primeras fechas del mes de enero siguiente, salvo si no se hubieran podido utilizar por causas imputables a la Administración, no siendo posible quedar reducidos por encontrarse el empleado de baja por enfermedad o por el hecho de haber disfrutado otro tipo de licencias<sup>18</sup>. Son estos los célebremente conocidos como “moscosos” (por el nombre del ministro que los estableció en 1983) en la jerga habitual de las oficinas públicas.

Además, el propio Real Decreto-ley 20/2012, en su artículo 8.3, deja claro que desde la entrada en vigor del mismo quedan suspendidos y sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal funcionario y laboral suscritos por las Administraciones Públicas y sus organismos y entidades, vinculados o dependientes de las mismas, que no se ajusten a lo previsto<sup>19</sup>, en particular, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o –en expresión de contornos difusos– de similar naturaleza, debiendo entender incluidos dentro de estos últimos “todos aquellos premisos no subsumibles en otros tipos de permisos, que tengan como finalidad atender a necesidades particulares y personales que no precisan justificación, tanto en la solicitud como en la acreditación de su disfrute”. Se impide, pues, que se pueda plantear la negociación y creación de otros permisos con igual finalidad pero distinta denominación, al poder constituir fraude de ley<sup>20</sup>.

Cabe recordar también que el Real Decreto-ley 20/2012, de aplicación a las Administraciones Públicas y a sus organismos y entidades, vinculadas o depen-

14. Así, esta imposibilidad de pactar *in melius* ha sido matizada recientemente por algunas Administraciones autonómicas, tal y como se puede comprobar, en lo que no es sino un mero ejemplo, en el Acuerdo de 9 de julio de 2013, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 3 de junio de 2013, sobre medidas en materia de jornada laboral, ausencias y permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las empleadas y empleados públicos. También, en el Decreto 149/2013, de 6 de agosto, por el que se regulan la jornada y horarios de trabajo, los permisos y las vacaciones del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ambas normas mejoran los supuestos de permisos y amplían su duración.

15. STC 222/1992, de 11 de diciembre. En el mismo sentido, STS, Cont.-Admtivo., 10 mayo 2012.

16. Dictamen de la Comisión Superior de Personal en atención de consulta evacuada el 23 de julio de 1991.

17. Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 16 de septiembre de 1991.

18. STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid, 29 junio 2002.

19. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “Jornada y tiempo de trabajo de los empleados públicos y crisis económica. A propósito del Real Decreto-ley 20/2012, de 6 de julio”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, pp. 69 y ss.

20. Circular de la Dirección General de la Función Pública por la que se establecen criterios para la aplicación del Título I del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

dientes, así como a los consorcios y organismos reguladores (no a las sociedades mercantiles ni fundaciones), elimina el incremento del número de días de vacaciones por razón de la antigüedad del trabajador, quedando definitivamente derogado, pero solo para la Administración General del Estado, el artículo 68.2 LFCE, que preveía los días adicionales por antigüedad (disposición derogatoria única), quedando fijados los días de asueto en 22 días hábiles, sin posibilidad de negociar al alza, pues se elimina del tenor del artículo 50 EBEP la expresión “como mínimo”<sup>21</sup>.

Se suprime, a la par, el párrafo 2 del artículo 48, que rezaba anteriormente: “Además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”.

Ahora bien –y como cambio de tendencia-, la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público, modifica el artículo 48 k) EBEP para añadir un día más por asuntos particulares, que pasan de tres a cuatro, lo que implica la reducción a 1657 horas anuales de duración de la jornada, siete horas menos que las fijadas anteriormente. Es más, por Resolución de 6 de febrero de 2014, los funcionarios de la Administración General del Estado dispondrán este año de 1 día más de permiso adicional, independiente o acumulado a las vacaciones o a los 4 días por asuntos particulares, porque dos festividades (1 de noviembre y 6 de diciembre) coinciden en sábado.

#### 4.4. Cuidado de hijo

No hay que silenciar tampoco que la disposición adicional 1.ª del Real Decreto-ley 3/2012 modifica lo previsto en el artículo 37.5 ET, relativo a la reducción de jornada con rebaja proporcional de todos los conceptos retributivos que tengan naturaleza salarial por cuidado directo de menor u otra persona (entre un octavo

y la mitad), cerrando la posibilidad de acumulación y disfrute continuado de este derecho, pues, tras esta reforma de 2012, se adjetiva la jornada como “diaria”, es decir, cada uno de los días en que esté previsto el desempeño de actividad productiva por parte del trabajador debe producirse la reducción<sup>22</sup>. Esta limitación, de momento, no tendrá incidencia para los trabajadores al servicio de la Administración, porque el juego del sistema de fuentes que establece el artículo 51 EBEP permite acudir a la previsión estatutaria o laboral más beneficiosa para los trabajadores en materia de permisos<sup>23</sup>, razón por la cual tampoco va a tener una influencia demasiado incisiva la posibilidad que brinda la Ley 3/2012 a los convenios colectivos en aras a establecer criterios “para la concreción horaria de la reducción de jornada [...], en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”.

No procede olvidar, a estos efectos, que el artículo 48 h) EBEP no utiliza el adverbio “diaria” para materializar la reducción de la jornada, que la edad del menor que refiere para permitir la utilización de esta vía es de doce años (frente a los ocho que recogía el ET antes del Real Decreto-ley 16/2013 ET), que no incluye los límites de reducción que la norma laboral fija en el parámetro comprendido “entre al menos un octavo y un máximo de la mitad”, dejando, por tanto, mayor libertad al empleado público en cuanto a la elección de la franja de reducción, y que es más generalista al mencionar los sujetos que dan derecho al disfrute de esa medida: menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación, persona con discapacidad que no desempeñe actividad, o familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. A estas especialidades, procede añadir que el artículo 48 i) EBEP permite al funcionario (y por mor del artículo 51 también al laboral) solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de

21. ARRIBAS LÓPEZ, E., “El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio y los funcionarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 848, 2012 (BIB 2012/3008).

22. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Conciliación de la vida familiar y laboral. Apoyo al autoempleo y otras medidas”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (coord.), *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Laborum, Murcia, 2012, p. 306.

23. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 347.

enfermedad muy grave de un familiar de primer grado, durante el plazo máximo de un mes.

Siguiendo con esta argumentación, nula repercusión va a tener en el empleo público, por las razones anteriormente apuntadas, la ampliación, en virtud del Real Decreto-ley 16/2013, de ocho a doce años de la edad del menor que da derecho, según el nuevo artículo 37.5 ET, a la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario, pues ya se recogía así en el EBEP.

En fin, el artículo 43 de la Orden 106/2014 establece que, en el caso de trabajadores y empleados públicos que realicen una jornada reducida con disminución proporcional del salario, la cotización se efectuará en función de las retribuciones que perciban, sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior a la cantidad de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes al que se refiere la cotización por las bases mínimas horarias, que oscilan entre 4,54 euros y 6,33.

#### 4.5. Crédito horario

La representación de los intereses colectivos de los trabajadores conlleva una serie de actividades en las que se hace necesaria la inversión de un tiempo, que se suma al requerido a todo trabajador para el desempeño efectivo de su prestación laboral. Ahora bien, la exigencia a quien ostenta un cargo representativo de la asunción de ambos tramos temporales, cada uno independiente del otro, significaría que el primero vendría imputado necesariamente a los momentos de descanso<sup>24</sup>. En aras a evitar las deplorables consecuencias de dejación o desincentivación que tal diseño implicaría para ocupar el cargo de representante de los trabajadores, a través del mecanismo del crédito horario, se trata de obligar al empleador (Administración local) a ayudar temporal y económicamente a la labor de defensa del interés colectivo de los trabajadores, en dos espacios concretos: por un lado, en el de la jornada de trabajo, obligando a permitir que una parte de la mis-

ma sea utilizada por el trabajador representante, no para la realización de la actividad laboral para la que fue reclutado, sino para el desarrollo de la actividad representativa; por otro, en el del salario, debiendo abonar las horas no trabajadas y dedicadas a la actividad representativa con la misma retribución que correspondería al trabajador representante, de haberlas dedicado al trabajo efectivo<sup>25</sup>.

Sin desconocer estas premisas, el artículo 10 del Real Decreto-ley 20/2012 reduce el crédito horario por motivos sindicales y de representación de personal a los términos estrictamente legales, dejando de tener validez y surtir efectos todos los pactos, acuerdos y convenios colectivos que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido. Esta previsión, que es de aplicación a partir del 1 de octubre de 2012, implicará la eliminación del carácter mínimo con el que se concebían estos permisos, de modo que, bajo la premisa de un sistema "dual" de representación (unitaria -a través de los delegados y juntas de personal- y sindical -a través de las secciones y delegados sindicales-), cabe hacer referencia a las siguientes posibilidades, de aplicación a todo el personal funcionario y laboral incluido en el ámbito de aplicación del EBEP, así como al personal del sector público empresarial y fundacional:

a) En primer lugar, la previsión de un crédito de horas mensuales y retribuidas como de trabajo efectivo para llevar a cabo la defensa de los funcionarios y de los empleados laborales es una de las garantías más importantes (y más tuteladas) atribuidas a los representantes unitarios y también a los delegados sindicales [artículos 41 d) EBEP, 68 e) ET y 10.3 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), respectivamente]<sup>26</sup>. Por tal razón, la valoración de la adecuación entre el contenido y la actividad efectivamente desarrollada debe realizarse conforme a un criterio flexible, reconociendo al beneficiario iniciativa y libertad para desplegar aquellas conductas que redunden en su mayor eficacia para la defensa del interés que tiene encomendado, quedando desprotegidas únicamente aquellas actividades que nada tienen que

24. BLASCO, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 102.

25. VALVERDE ASENCIO, A. J., "Art. 68. Garantías", en REY GUANTER, S. DEL (dir.), *Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 2005, p. 1136.

26. PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 8.ª edición, Dykinson, Madrid, 2009, p. 472.

ver con la tarea representativa. Es más -y desde esta misma perspectiva de ductibilidad-, aun cuando la escala y distribución de las horas (de quince a cuarenta) atiende al número de funcionarios o empleados de cada unidad electoral, lo cierto es que nada impide la acumulación entre los miembros de una misma candidatura del crédito correspondiente a distintos titulares del derecho, hasta el punto de quedar uno o varios totalmente liberados [si bien en situación de servicio activo ex artículo 86 EBEP]<sup>27</sup>.

En cuanto a los requisitos legales para el ejercicio del derecho, baste con dejar constancia de la necesidad de aviso previo y justificación del tiempo empleado a la Jefatura de Personal del centro o unidad administrativa correspondiente<sup>28</sup>, la cual controlará su disfrute a través de diversos modelos de instancia donde quede reflejado este, y exigirá plazos en la antelación de la comunicación para así “compaginar derechos con deberes de los funcionarios, debiendo entender que tal decisión (no) entraña arbitrariedad, cuando no hace sino regular la forma y plazo de comunicación de la ausencia”; menos aún al exceptuar tales requisitos en los casos de fuerza mayor justificados<sup>29</sup>.

b) En segundo término, el crédito horario, objeto o no de acumulación, no podrá sobrepasar la siguiente escala: hasta 100 empleados, 15 horas; de 101 a 250, 20; de 251 a 500, 30; de 501 a 750, 35; de 751 en adelante, 40. Dichos parámetros y proporciones legales ya no pueden ser objeto de mejora. La Dirección General de la Función Pública había dejado claro, además, que cuando se posee el crédito horario máximo para el ejercicio de funciones sindicales, es decir, cuarenta horas semanales, no se puede acumular más crédito horario, por lo que, si no cabe su acumulación, y por tanto no es posible disfrutar los dos derechos simultáneamente, tampoco procederá ceder un derecho que no se ostenta por incompatibilidad<sup>30</sup>.

c) En tercer lugar, en las Administraciones que ocupen a más de 250 trabajadores, las secciones sindicales que puedan constituirse por los afiliados a los sindica-

tos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados, que tendrán las mismas garantías que los representantes unitarios. El número de delegados sindicales ha de respetar la siguiente escala establecida ahora con carácter preceptivo y no mejorable: de 250 a 750 trabajadores, uno; de 751 a 2000, dos; de 2001 a 5000, tres; de 5001 en adelante, cuatro (artículo 8 LOLS).

d) En cuarto lugar, tampoco cabe la existencia, frecuente hasta ahora, de otro tipo de liberados, no por acumulación del crédito de horas, sino por el reconocimiento a cada organización sindical en los acuerdos de funcionarios. Se trata de la figura coloquialmente conocida como “liberado institucional”, que percibe sus retribuciones igualmente de la Administración<sup>31</sup>.

Todo ello sin olvidar cómo, atendiendo a la capacidad negociadora exclusiva de la representación sindical en el marco de las Administraciones Públicas, se establecen dos derechos adicionales<sup>32</sup>:

De un lado, al disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo por aquellos funcionarios que ostenten cargos electivos en las organizaciones sindicales más representativas [artículo 9.1.a) LOLS].

De otro, a disponer de los permisos retribuidos necesarios para el ejercicio adecuado de su labor como negociadores a favor de aquellos representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos, el cual incluye tanto el tiempo estricto de desarrollo de las sesiones de la comisión como los complementarios destinados de forma directa a las actividades de preparación de los diferentes trámites negociales (artículo 9.2 LOLS).

e) En fin, solo se permite una excepción al régimen legal de máximos aquí transcrito: la derivada de los acuerdos que, exclusivamente en el ámbito de las mesas generales de negociación (del Estado, de cada una

27. GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, CES, Madrid, 1994, p. 236.

28. STSJ-CONT. Madrid, 21 febrero 2012.

29. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Derechos, obligaciones y garantías de los representantes unitarios en la función pública”, en AA. VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1989, p. 122.

30. C/303/07, de 18 de junio de 2007.

31. SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 157.

32. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H., *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 84 y ss.

de las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales, según el artículo 34.1 EBEP), pudieran establecerse, en lo sucesivo, en materia de modificación en la obligación o en el régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales, a efectos de que puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación o adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales. Estas mesas generales, donde se negocian las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública (artículo 36.3 EBEP), están compuestas por los sindicatos más representativos, tomando en consideración los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral de su correspondiente ámbito de representación (al menos el 10 por 100 del total de representantes en el ámbito estatal, o al menos el 15 por 100 de representantes en el ámbito autonómico, siempre que alcancen el mínimo de 1500, tal y como establecen los artículos 6 y 7 LOLS), y también por los sindicatos que formen parte de la mesa general unitaria cuando hubieren obtenido el 10 por 100 de los representantes del personal funcionario o laboral en el ámbito correspondiente<sup>33</sup>.

Así pues, la posibilidad de excepción se limita no solo en cuanto al ámbito de la negociación –mesas generales, no sectoriales-, sino también en lo referente al contenido del acuerdo, pues se ciñe al modo de ejercicio, no al *quantum* del derecho, a fin de facilitar la función, pero no si ello implica coste adicional por ampliarse el mínimo legal<sup>34</sup>. Procede poner de manifiesto que en el ámbito de la Administración General del Estado se ha llegado a un Acuerdo de la Mesa General de Negociación, aprobado por Resolución de 12 de noviembre de 2012 de la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas, donde, entre otras cuestiones, se dota a las organizaciones sindicales de una serie de tiempos necesarios de carácter retribuido para la negociación, representación propiamente dicha y participación institucional, que sorprendentemente mejoran ampliamente los estrictos términos legales<sup>35</sup>. Aunque el ámbito del Acuerdo es la Administración General del

Estado, es seguro que servirá de inspiración para otros que se puedan negociar o ya se han concluido en el ámbito local<sup>36</sup>. Como pautas a destacar, este Acuerdo sienta tres importantes criterios: primero, que pueden existir secciones sindicales conjuntas con capacidad para elegir delegados sindicales en aquellos centros de trabajo que ocupen a más de 250 empleados públicos (sean funcionarios, laborales o estatutarios); segundo, que los representantes y delegados sindicales preavisarán al responsable de la unidad de la que dependan en su centro de trabajo, con una antelación no inferior a 48 horas, del uso del crédito horario, mínimo que solo podrá incumplirse en casos de urgencia acreditada; tercero, que los delegados sindicales y personas designadas por las centrales sindicales que disfruten de un crédito horario distinto a la dispensa total se comprometen a utilizarlo por semanas o días completos, de modo que los períodos de ausencia sean fijos mensualmente, salvo casos excepcionales de urgencia acreditada que nunca podrán justificar la utilización de créditos horarios inferiores a tres horas; y cuarto, que los delegados de prevención no tienen asignado un crédito horario específico en cuanto tales, sino que dicha asignación les corresponde únicamente por su condición previa de miembros de juntas de personal o de comités de empresa.

Cabe destacar, como crítica, que las medidas en este último apartado referidas a las limitaciones de mejora del crédito horario y a las escasas posibilidades de la excepcionalidad (otra cosa es lo que suceda en la práctica) pueden invadir el espacio de lo regulado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, al impedirse que los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas puedan fijar el número de delegados sindicales, pues los parámetros previstos en la mencionada Ley Orgánica son meramente supletorios, entendiendo de carácter prevalente la regulación contenida en los instrumentos convencionales. Nada impediría establecer el número de delegados sindicales por ley y no permitir su alteración a los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones, pero ello requiere una modificación

33. RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., "Derechos colectivos de los empleados públicos", en CASTILLO BLANCO, F. A. (dir.), *Manual de empleo público*, Iustel, Madrid, 2009, p. 594.

34. MOLINA NAVARRETE, C., "De la 'flexibilidad laboral' al 'ajuste social total': lo que el 'austeritario' Real Decreto-ley 20/2012 se llevó de momento", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 356, 2012, p. 57.

35. BOE de 14 de noviembre de 2012.

36. Tal y como ha sucedido con el Acuerdo social para la mejora de los servicios públicos municipales del Ayuntamiento de León, citado por SANDE-PÉREZ BEDMAR, M. DE, *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, cit., p. 86.

de la correspondiente ley orgánica, y es inviable hacerlo a través de un decreto-ley<sup>37</sup>.

## 5. La contratación por horas

La realización de la actividad laboral 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, con la correlativa y proporcional reducción retributiva, ha sido objeto de varias reformas en las últimas décadas con el fin de incrementar progresivamente su utilización, más baja en España que en otros países del entorno europeo<sup>38</sup>.

No cabe ocultar, como aspectos positivos, que esta modalidad no solo es un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo y en la adaptación a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores, sino que contribuye a la redistribución del empleo existente en tanto fórmula de reparto de ese bien tan escaso en la actual situación económica.

En contrapartida, tampoco procede olvidar que contribuye al incremento de la precariedad laboral por la menor dedicación e inferior retribución, no en vano en numerosas ocasiones no es una opción decidida por el trabajador a su propia conveniencia, sino la consecuencia de una posición débil en un contexto de recesión aguda.

### 5.1. Previsiones sobre el trabajo a tiempo parcial de los empleados públicos: los sucesivos pasos en la "normalización" de esta modalidad contractual

La posibilidad de trabajar a tiempo reducido fue tímidamente incorporada en el ordenamiento jurídico funcional, a través de la reforma introducida en el derogado artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que facultaba a los planes

de empleo para la incorporación, entre otras previsiones, de la "[p]restación de servicios a tiempo parcial" [artículo 18.2.g)]. Con posterioridad, el artículo 47 EBEP señala expresamente cómo "[l]a jornada de trabajo -de los funcionarios públicos- podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial". Pese a esta doble alternativa que parece ponerse en pie de igualdad en el EBEP, lo cierto es que si de funcionarios se trata es necesario que la legislación de desarrollo del Estatuto Básico establezca las peculiaridades de la dedicación parcial, garantizando la equiparación de derechos con los funcionarios a tiempo completo y la aplicación del principio de proporcionalidad únicamente en aquellos aspectos de tipo cuantitativo, mientras que los derechos de matiz cualitativo se deberán atribuir íntegramente sin capacidad de merma alguna. Es más, las normas de desarrollo del artículo 47 EBEP han de aclarar los efectos de la prestación de este tipo de actividad sobre los derechos pasivos de los funcionarios, debiendo también revisar a fondo el sistema de incompatibilidades, pues es posible que algunos de los funcionarios públicos que no desempeñen sus tareas a jornada completa deseen asumir otras actividades remuneradas en las horas libres. En fin, estas circunstancias son de aplicación a los funcionarios de las Administraciones locales porque el artículo 94 LBRL sienta, como ya consta, que "[l]a jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada".

Nada impediría, no obstante, que, pese a la falta de desarrollo del artículo 47 EBEP, la realización del trabajo a tiempo parcial por parte de los funcionarios se pudiera incluir dentro de un plan de ordenación de los recursos humanos (artículo 69 EBEP)<sup>39</sup>, instrumento dirigido, atendiendo al tenor legal, a "contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de las partidas económicas disponibles mediante la dimensión adecuada de los efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad"<sup>40</sup>. Su fin es, por tanto, doble:

37. CRUZ VILLALÓN, J., *Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones*, p. 29. Ponencia presentada en el Seminario sobre relaciones colectivas organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 23 de octubre de 2012, [http://cemical.diba.cat/les/publicacions/ficheros/Cruz\\_Villalon\\_modif\\_cond\\_trabajo\\_personal\\_laboral.pdf](http://cemical.diba.cat/les/publicacions/ficheros/Cruz_Villalon_modif_cond_trabajo_personal_laboral.pdf)

38. Según Eurostat, en España, en 2012, solo el 14,6 por 100 de los trabajadores estaba contratado a tiempo parcial, frente a una media del 20,9 por 100 en la zona euro.

39. SSTSJ, Social, Andalucía (Sevilla), 25 abril 1997, o Castilla y León (Valladolid), 24 julio 2006.

40. ALDOMÁ BUIXADÉ, J., "Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)", en REY GUANTER, S. DEL (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 741.

de un lado, posibilitar que la prestación de los servicios por parte de la organización sea eficaz; de otro, que el gasto en recursos humanos se realice de forma eficiente. Estos planes de ordenación pretenden, por ende, conseguir la óptima utilización de los efectivos al servicio de los entes públicos en el ámbito al cual afecten, abarcando las actuaciones globales y puntuales precisas, de forma conjunta para el personal, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal. Integran, así, un conjunto voluntario de previsiones y actuaciones capaces de resolver, en la medida de lo posible, las necesidades de la gestión del personal en su esfera de aplicación, garantizando la disposición de los empleados necesarios para la adecuada prestación de los servicios, en número y características<sup>41</sup>.

Cierto es que, entre las medidas que, sin ánimo exhaustivo, el artículo 69 EBEP enumera como de posible incorporación a un plan de ordenación (análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos; sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos; movilidad, incluyendo la suspensión de incorporaciones de personal externo o de convocatorias de concursos de provisión de puestos; promoción interna y formación y movilidad forzosa e incorporación de recursos humanos a través de la oferta de empleo público), no aparece mencionada expresamente la prestación de servicios a tiempo parcial, si bien, en una primera aproximación y dado el carácter no cerrado del listado, nada impediría su adopción, previa negociación con los representantes y modificación de la relación de puestos de trabajo.

## 5.2. El trabajo “a la carta”

Despejado el panorama normativo en relación con los funcionarios, no cabe ninguna duda de que las novedades introducidas por el Real Decreto 16/2013 en el artículo 12 ET van a afectar a la contratación a tiempo parcial de empleados laborales en el sector público local, en el sentido siguiente:

1.- El contrato a tiempo parcial debe seguir formalizándose por escrito, si bien ahora desaparece toda

referencia al modelo oficial en la línea descrita en el preámbulo, tendente a reducir las cargas administrativas a través de una simplificación de los formularios contractuales actualmente existentes.

2.- Se suprime la posibilidad, facilitada anteriormente por la Ley 3/2012, relativa a que los trabajadores contratados a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias (esto es, que excedan de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo), salvo en los casos previstos en el artículo 35.3 ET, referido a las destinadas a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Se vuelve, por tanto, al modelo prohibitivo anterior a la reforma de 2012.

De conformidad con el artículo 36.4 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, la retribución que reciban los trabajadores a tiempo parcial por el concepto de horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor queda sujeta a la cotización adicional (no computable para calcular la base reguladora de las prestaciones) efectuada aplicando el tipo del 14,00 por 100, del que el 12,00 por 100 será a cargo de la empresa y el 2,00 por 100 a cargo del trabajador.

3.- Se flexibiliza sustancialmente el régimen jurídico de las horas complementarias, esto es, de aquellas que se adicionan a las horas ordinarias y se retribuyen como tales, sin que puedan exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial (jornada inferior a la de un trabajador comparable del sector):

a) Se mantiene la distinción entre horas complementarias pactadas (esto es, aquellas de realización obligatoria para el trabajador cuando haya firmado el preceptivo pacto por escrito no sujeto ahora a modelo alguno) y voluntarias (esto es, aquellas que responden al ofrecimiento empresarial y son de aceptación facultativa), pero se impide que el convenio colectivo regule, junto a la ley, su régimen jurídico.

b) Respecto de las horas complementarias voluntarias, ofertadas sobre la marcha, se reduce de 7 a 3 días el plazo establecido para preavisar al trabajador del día y hora de realización, plazo que podrá rebajarse (no ampliarse como antes) por convenio, que, en este caso, puede mejorar en beneficio del empleador. Solo se permiten en los contratos a tiempo parcial indefini-

41. GIL PLANA, J., “Despidos colectivos: aspectos sustantivos”, en MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, Madrid, 2012, p. 286.

dos con una jornada de trabajo no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual. Su número no podrá superar el 15 por 100 de las horas ordinarias del tiempo de trabajo, ampliable al 30 por 100 por convenio colectivo, sin que computen a efectos de los porcentajes previstos para las horas complementarias pactadas.

c) Por lo que se refiere a las horas complementarias acordadas, se admite la posibilidad de su realización no solo en los contratos a tiempo parcial indefinidos, sino también en los temporales, si bien con la condición de que la jornada ordinaria establecida en ambos casos no sea inferior a 10 horas semanales en cómputo anual. Se incrementa el número de las que pueden realizarse, pasando del 15 por 100 anterior al actual 30 por 100 de las horas fijadas en el contrato, pudiendo el convenio colectivo (sin referir el ámbito) establecer otros porcentajes, ajustándose al mínimo del citado 30 por 100 y al máximo del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas.

d) El régimen de horas complementarias pactado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013 continuará siendo de aplicación en los contratos vigentes a dicha fecha, salvo que las partes acuerden modificarlo.

e) Como botón de muestra, a través de esta vía se podrá hacer, si así lo prevé el convenio, el doble de jornada firmada inicialmente. De este modo, con un vínculo de 20 horas semanales, se podrán realizar hasta 38 semanales, sumando horas ordinarias, complementarias pactadas y complementarias voluntarias. Cobra carta de naturaleza, por tanto, el llamado trabajo a tiempo parcial "a la carta", capaz de restar seguridad a la parte trabajadora sobre su horario y su distribución<sup>42</sup>. Como con acierto se ha dicho, el empleo inicialmente parcial se puede convertir en empleo cuasi a tiempo completo<sup>43</sup>.

4.- Se establece una obligación de registro de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial (de la que únicamente se exceptúan los que trabajan en el servicio doméstico), que se efectuará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, debiéndose conservar los

resúmenes mensuales durante un período mínimo de 4 años. La consecuencia del incumplimiento empresarial de estas obligaciones conllevará la presunción *iuris tantum* (cabe prueba en contrario) de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

5.- Desaparece la referencia a que la jornada en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida, precisando ahora que solo será posible efectuar una única interrupción en la jornada diaria de los trabajadores a tiempo parcial cuando esta jornada diaria sea inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa, eliminándose la remisión anterior al convenio sectorial o de ámbito inferior. Tal supresión es coherente con el favor por el modelo de negociación descentralizada hacia la empresa, dejando abierta la regulación a cualquier unidad negociadora y convenio colectivo que se pueda alcanzar en ella, lo cual tiene incidencia en el ámbito público, donde no existen convenios de sector, sino solo de empresa o de grupo de empresas<sup>44</sup>.

6.- Se prevé una reducción en un 1 por 100 del tipo de cotización para la contingencia de desempleo en los contratos de duración determinada a tiempo parcial, idea que reitera el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, en su artículo undécimo, y que concreta la Orden 106/2014, de 31 de enero -en el artículo 2.1.2.2-, en el 8,30 por 100, del que el 6,70 por 100 corre a cargo del empresario (antes 7,70), y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador, quedando equiparada, por tanto, la cotización con los contratos de duración determinada a tiempo completo.

En relación con la protección social del trabajo a tiempo parcial, cabe recordar que el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, y la Ley 1/2014, de 28 de febrero, recogen la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo, 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo, que afectan al cálculo de los períodos de cotización para acceder a las correspondientes prestaciones económicas, respecto de los períodos acreditados con contrato a tiempo parcial, entendiendo ahora que

42. Recogiendo diversas opiniones doctrinales sobre esta cuestión, BENAVENTE TORRES, I., *El trabajo a tiempo parcial*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 184 y ss.

43. MOLINA NAVARRETE, C., "La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 370, 2014, p. 133.

44. MOLINA NAVARRETE, C., "La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial", cit., p. 128.

los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial deben contarse de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo. Así, la nueva redacción de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS aclara que se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. Al número de días resultantes se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones. Una vez determinado este parámetro, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, esto es, el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En el caso de tratarse del subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, se atenderá a los últimos siete años o a toda la vida laboral. El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

También se modifica el tenor de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS, para aclarar que en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se tendrá en

cuenta el número de días cotizados, incrementándose con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial. Cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo y a tiempo parcial incrementados con el porcentaje del 1,5, se aplicará a la base reguladora el parámetro equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre 15 años.

7.- Por su parte, la Ley 11/2013 contempla incentivos para la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, exigiendo, entre otros requisitos, que el trabajador proceda de "otro sector de actividad", cuestión que se concreta en el Real Decreto-ley 16/2013 atendiendo a los especificados en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009), según el anexo del Real Decreto 475/2007.

8.- Asimismo, el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, diseña una tarifa plana reducida en las cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas que mantengan el empleo neto durante al menos tres años, cifrada en 75 o 50 euros mensuales si se trata de un contrato a tiempo parcial en función de la jornada de trabajo, previsión que no afecta a la cotización por horas complementarias.

9.- Por último y no menos importante, se mantiene en el Real Decreto-ley 16/2013 el carácter voluntario para el trabajador frente a las posibles transformaciones de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa. Igualmente, permanecen las obligaciones informativas de la empresa (Administración local, *in casu*) sobre vacantes que permitan el paso de un vínculo a otro. No obstante, se eliminan algunas especificidades anteriormente establecidas, en concreto:

a) Ya no se contempla el derecho preferente del trabajador que, habiendo acordado voluntariamente la conversión de su contrato, desee retornar a la situación anterior ocupando la correspondiente vacante.

b) No consta la preferencia de quienes presten trabajo a tiempo parcial durante al menos tres años, para cubrir vacantes a tiempo completo.

c) Se suprime la llamada a la negociación colectiva para que contemple, en su caso, especialidades en la transformación de tiempo completo a parcial por motivos familiares o formativos.

d) Cualquier convenio puede fijar procedimientos para el cambio de jornada completa a parcial o a la

inversa (anteriormente se exigía que fueran sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior).

El contrato a tiempo parcial adquiere, así, un perfil de normalidad para la empresa-Administración local, que deja de estar obligada a atender derechos preferentes de conversión<sup>45</sup>.

### **5.3. La voluntariedad del trabajador para proceder a la novación de una dedicación a tiempo completo en otra a tiempo parcial como principio general**

Ningún obstáculo existe para que las Administraciones locales puedan reclutar personal laboral *ex novo*, con carácter indefinido o temporal, bajo la modalidad del contrato a tiempo parcial sujeto al nuevo régimen jurídico aquí analizado. No cabe, sin embargo, la novación unilateral de los contratos de trabajo a tiempo completo en vínculos a dedicación parcial, pues el tenor del artículo 12.4 e), antes y después del Real Decreto 16/2013, es claro en sus términos, al establecer, de este modo, que “[l]a conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del art. 41”, y, de otro, que “[e]l trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esa conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) ET, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Como ha sentado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, “para calificar una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial”<sup>46</sup>.

Y ello porque el cambio de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial implica una novación en la modalidad contractual y en el régimen jurídico aplicable, que exige la aquiescencia del afectado, razón por la cual la limitación aquí esbozada no operaría únicamente en los contratos inicialmente suscritos a tiempo parcial, que podrían ver reducida sustancialmente la dedicación<sup>47</sup>.

De este modo, cumplido el requisito *sine qua non* del consentimiento, si los trabajadores acuerdan la conversión voluntaria de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o en fijo-discontinuo, ello conllevará una reducción de las retribuciones y del salario regulador de las futuras indemnizaciones, así como de todo su régimen de derecho público (cotizaciones y prestaciones), reconociéndoles en situación legal de desempleo parcial<sup>48</sup>.

#### **5.3.1. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en cuanto al tiempo se refiere**

La exigencia del consentimiento del trabajador para el trueque de su contrato de trabajo a tiempo pleno en otro a dedicación parcial, supone que aun cuando el artículo 41 ET recoge la facultad unilateral de modificar las condiciones de trabajo, mencionando expresamente en su apartado a) la “jornada de trabajo”, en su apartado b) el “horario y distribución del tiempo de trabajo”, y en su apartado c) el “régimen de trabajo a turnos”, lo cierto es que las alteraciones que afecten a estos aspectos relacionados con el tiempo de trabajo no pueden arrastrar el cambio unilateral de la modalidad de dedicación plena a parcial.

En consecuencia, por la vía del artículo 41 ET pueden llevarse a la práctica modificaciones que afecten únicamente a la distribución horaria y al sistema de trabajo a turnos, siempre y cuando concurren, además, tres requisitos: primero, que encuentren justificación en probadas razones económicas, técnicas, organizativas y de producción; segundo, que se siga el procedimiento legalmente previsto en dicho precepto, distinguiendo entre

45. SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Contenido sociolaboral del Real Decreto-ley 16/2013 y de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, p. 3 (BIB 2014/117).

46. SSTS, Social, 14 mayo 2007 y 15 octubre 2007.

47. SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS QUILES, T., *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 77.

48. ROQUETA BUJ, R., “La suspensión contractual o reducción de la jornada y los despidos económicos en las Administraciones Públicas”, en FUENTETAJA PASTOR, J. A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 291 y ss.

modificaciones individuales y colectivas; y tercero –y para el ámbito específico de las Administraciones, incluidas las locales–, que se refleje la voluntad institucional para el uso de este resorte en las relaciones de puestos de trabajo, si en las mismas existiera constancia expresa de la condición a modificar<sup>49</sup>. Siendo claro el último condicionante, procede descender al detalle de los dos primeros, dejando sentado desde el primer momento que la Administración no tendrá grandes obstáculos para acreditar la concurrencia de las causas dada la generosidad de los términos legales, pero sí graves dificultades procedimentales para tramitar las modificaciones referidas al horario, distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos.

1.- Según el artículo 41 ET, se considerarán probadas razones económicas, técnicas, organizativas y de producción las que “estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, enunciado que debe reinterpretarse en su aplicación al sector público. Tal definición denota una clara flexibilidad en la formulación, si bien ello tampoco debe concebirse como una auténtica vía libre, pues, sin duda, los tribunales seguirán valorando la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión empresarial con base en argumentos tales como la buena fe contractual, el fraude de ley o el abuso de derecho<sup>50</sup>. Así, aun cuando la exigencia ha de ser mucho menor que en otros supuestos, singularmente los relativos a los despidos colectivos y objetivos, se puede acudir como pauta interpretativa, a la hora de aquilatar estos conceptos en el sector público, a lo previsto en disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET.

1.º- Conforme a la mencionada disposición y su desarrollo reglamentario (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre), la concurrencia de causa económica se concreta en una situación de “insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”, esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, “entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para pagarlo”<sup>51</sup>. Y ello porque los ingresos

de la Administración no dependen de las fluctuaciones de la demanda en el seno de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria que prevé una financiación, un posible incremento o reducción por la vía impositiva, y unos gastos, que también dependen de la voluntad de la Administración<sup>52</sup>.

Los dos calificativos que acompañan a la insuficiencia presupuestaria (“sobrevenida” y “persistente”) exigen una reflexión más detenida sobre sus características esenciales.

a) La reforma del artículo 135 CE ha sido clave en esta materia, al establecer el principio de equilibrio presupuestario y diseñar un nuevo marco de prioridades conforme al cual el pago de los intereses y del principal de las deudas contraídas por la Administración, incluida la comercial, goza de preferencia absoluta en el capítulo de gastos. De ahí que la referencia a la denominada “insuficiencia presupuestaria sobrevenida” excluya aquellas causas económicas que tengan como origen una decisión política de dotar a una determinada Administración Pública con unos recursos inferiores en el momento de elaboración y aprobación de los presupuestos correspondientes. O lo que es lo mismo, únicamente cabe invocar esta causa cuando, una vez aprobados los presupuestos, existan dificultades económicas diferentes a las que pudieran haberse tomado en consideración en el momento de confección de los mismos. Se trata, pues, de una previsión (fundamentalmente de ingresos) que ha sido efectuada en unas condiciones que, con posterioridad, no se han producido. Por lo tanto, habiendo recibido la Administración correspondiente una dotación presupuestaria, sobreviene una coyuntura que imposibilita la ejecución de alguna de las partidas previstas en los presupuestos ya aprobados<sup>53</sup>.

Además, la insuficiencia ha de ser cierta y actual, no prevista o futura, como en el ámbito privado. En el sector público, hay que atender al marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de “estabilidad presupuestaria” y “sostenibilidad financiera” de las Administraciones Públicas. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, modificada por la Ley 9/2013, define el primer concepto como “la situación de equili-

49. CORDERO SAAVEDRA, L., *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Madrid, 2000, p. 219.

50. SAN 28 mayo 2012 (rec. 2317/2012).

51. PALOMAR OLMEDA, A., “El buen orden de las cuentas públicas”, [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com).

52. PURCALLA BONILLA, M. Á. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “Extinción del contrato de trabajo versus suspensión y reducción de jornada en el Real Decreto-ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2012.

53. LÓPEZ CUMBRE, L., “Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2012, p. 22.

brio o superávit estructural" (artículo 2), y el segundo como "la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública" (artículo 3), incluida la morosidad de deuda comercial (artículo 4). En consecuencia, puede considerarse que la situación de desequilibrio financiero es equivalente, a estos efectos, al incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria o prohibición absoluta de déficit.

b) La insuficiencia presupuestaria se ha de traducir en una carencia imprevista pero duradera del soporte económico, proyectándose, así, sobre dos instrumentos: previsión y financiación de los servicios públicos, sin que sea suficiente una deficiencia de carácter transitorio o coyuntural, pues la disposición adicional 20.<sup>a</sup> ET exige la confluencia de la nota de persistencia, cifrada en el artículo 51 ET, en un parámetro de tres trimestres consecutivos<sup>54</sup>.

Cabe mencionar, en este contexto, un pronunciamiento judicial que entiende "debidamente acreditada la causa económica, pues se han constatado pérdidas graves y continuadas, que además son constantes, en los cuatro últimos ejercicios... Se ha de tomar en consideración que además existe una previsión de pérdidas para el año en curso... Por lo tanto, se justifica una situación de pérdidas económicas constantes, reiteradas que además es previsible que persistan en el tiempo. La situación derivada de los referidos datos objetivos debe calificarse como situación económica negativa, pues el resultado de los cuatro últimos ejercicios, ha sido negativo, constatándose importantes pérdidas económicas. También es negativo el resultado correspondiente al primer trimestre de la anualidad en curso y existe una previsión igualmente negativa de cara al presente ejercicio económico"<sup>55</sup>.

Con mayor detalle, el artículo 35.2 del Real Decreto 1483/2012 entiende que existe insuficiencia presupuestaria "sobrevvenida y persistente" cuando concurren, acumulativamente, las siguientes circunstancias: a) que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) que los créditos del departamen-

to o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las rebajas efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en la fase de ejecución presupuestaria.

Cierto es que, en el actual contexto económico, si se rebajan los créditos, las transferencias o las subvenciones, lo normal es que ello determine una situación de déficit. No menos verdad resulta, sin embargo, que la causa económica y el modo de su acreditación se definen en la Ley con vocación de permanencia. Y en este sentido cabe indicar que, si la recesión comienza a superarse, la definición reglamentaria no se ajustará plenamente a lo dispuesto legalmente, tal y como ha alertado el Dictamen del Consejo de Estado, entendiendo que el Reglamento debería limitarse a reproducir en términos exactos lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional vigésima. Como ha sentado la doctrina, "el encaje de estos supuestos en las condiciones exigidas para la concurrencia de la causa económica ofrece ciertas dudas que hacen pensar en una extralimitación en el desarrollo reglamentario: el déficit no es asimilable sin más a una insuficiencia presupuestaria, puede no ser persistente, puede ser corregido con ajustes presupuestarios, habrá que comprobar si persiste tras los tres meses consecutivos, máxime cuando la disminución del 5% o del 7% es difícil que conduzca a una insuficiencia presupuestaria y el ajuste se puede producir con medidas menos traumáticas (recortes salariales, no reposición de efectivos, paralización de ofertas de empleo...)"<sup>56</sup>.

Tras la reforma de 2012, las insuficiencias presupuestarias se refieren –permítase la reiteración– a aquellos supuestos en los que la previsión de ingresos se hizo en condiciones que no han resultado reales y, por tanto, no han servido para cubrir los gastos que se contemplaron en la programación económica presupuestaria. Esta versión de la causa económica se concreta en la existencia real y mantenida de la insuficiencia derivada del contraste entre la financiación prevista (de origen público) y los gastos posibles. Debe quedar claro, no obstante, pese a

54. TRILLO PÁRRAGA, F., "El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 169.

55. STSJ, Social, Cantabria, 26 septiembre 2012, comentada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, p. 50.

56. ROJAS RIVERO, G. P., "La reforma laboral 2012 en las Administraciones Públicas", *Revista del IVAP*, núm. 4, 2013, p. 63.

los generosos términos reglamentarios, que la voluntad del legislador ha sido la de vincular las insuficiencias presupuestarias a la imposibilidad de financiar los servicios públicos, superando así la tentación inicial de asegurar o centrar la consideración de crisis económica en el ámbito de los gastos correspondientes a la gestión ordinaria, donde pueden existir partidas no destinadas al mantenimiento de dichos servicios públicos (subvenciones a entidades privadas, gastos en fiestas, gastos en publicidad...), lo que viene a constituir uno de los impedimentos centrales e históricos para la aplicación real de la causa económica<sup>57</sup>. Ello sin olvidar que en muchas ocasiones la propia naturaleza del servicio público impide que su situación económica pueda ser analizada desde la perspectiva de la rentabilidad, por cuanto su situación es deficitaria de forma intrínseca, de modo tal que se considera consustancial a su propia prestación<sup>58</sup>.

2.º- La citada disposición adicional 20.ª ET establece textualmente cómo “se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”<sup>59</sup>. De tal redacción legal cabe extraer tres consideraciones:

a) La regulación de las causas técnicas es prácticamente idéntica a la diseñada para el sector privado, pues únicamente, como diferencia digna de mención, se alude a la “prestación de servicio público” frente a la “producción empresarial”. Así, puede llevarse a efecto, en cualquier momento, un cambio impulsado por la necesidad de hacer más operativa la prestación del servicio público. Encajarían en este supuesto, por ejemplo, aquellos casos en los que se introdujeran nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

b) Lo mismo sucede por lo que se refiere a las causas organizativas, donde se atiende a los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público, sin efectuar alusión alguna al modo de organizar la producción. Aquí cabe ubicar, por ejemplo, la decisión de externalizar determinadas funciones<sup>60</sup>, la supresión o reducción de la dispensa de determinados servicios, o la reorientación de los mismos hacia ámbitos de mayor trascendencia social o que se consideran prioritarios.

c) No cabe aplicar, sin embargo, causas productivas cuando el empleador sea una Administración Pública. Tal conclusión se puede extraer de la propia disposición adicional 20.ª ET, que no las regula (tampoco lo hace el artículo 35 del Real Decreto 1483/2012); y la aplicación supletoria de la definición que introduce el nuevo artículo 51 ET deviene inviable en el sector público de base territorial, pues se refiere a los “cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado”, de imposible traslación atendiendo al fin perseguido por las Administraciones, cual es la satisfacción del interés general y la prestación de servicios públicos. Por las mismas razones tampoco es aplicable directamente el artículo 41 ET. Sin embargo, no cabe ocultar que sí podría materializarse la causa productiva en las sociedades mercantiles y algunas empresas públicas<sup>61</sup>.

2.- La Ley 3/2012 ha simplificado y flexibilizado las formalidades para proceder a las modificaciones<sup>62</sup>, debiendo distinguir, para las empresas privadas, a tenor del artículo 41 ET, entre las individuales y las colectivas, diferenciación que se establece ahora en derredor a los umbrales de trabajadores afectados<sup>63</sup>, suprimiendo el criterio de la valoración de la naturaleza de la fuente de fijación de la modificación. La inviabilidad de celebrar convenios colectivos extraestatutarios, y la imposibilidad de establecer condiciones de trabajo superiores a las

57. ROQUETA BUJ, R., “La extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito público”, en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en un contexto de crisis*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 528.

58. LALAGUNA HOLZWARTH, E., “Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2012, p. 11.

59. VARELA AUTRÁN, B., “El despido objetivo en el sector público”, *La Ley*, núm. 7945, 2012, p. 3.

60. Debiendo entender que un sindicato cuenta con legitimación para recurrir la licitación, mediante concurso público, de un contrato administrativo. STC 59/2011, de 3 de mayo.

61. PALOMAR OLMEDA, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012, p. 3.

62. VARELA AUTRÁN, B., “Nota de urgencia sobre la reforma laboral aprobada”, [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es).

63. Para adquirir la condición de colectivas, deben afectar a: a) Diez trabajadores, en el departamento ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la consejería de las comunidades autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien traba-

pactadas convencionalmente por la vía del reconocimiento de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo, atendiendo al carácter reglado de la actuación de la Administración Pública local, unido al sometimiento a mayores exigencias de tratamiento uniforme del conjunto de los empleados públicos, hacen más difícil que en el sector privado la utilización del procedimiento de modificaciones sustanciales, consistente en los siguientes extremos:

a) Para las primeras, las individuales: a') Se reduce a 15 días, antes 30, la duración del plazo de preaviso. b') Si se trata de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial, tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de 9 mensualidades<sup>64</sup>. c') Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación, el trabajador que no opte por la rescisión podrá impugnarla ante la jurisdicción social, por falta de causa o de procedimiento, a través de la modalidad procesal especial del artículo 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicitando la declaración judicial de que la decisión empresarial es injustificada o nula<sup>65</sup>.

b) Para las colectivas:

a') Cabe el diseño de procedimientos específicos por parte de la negociación colectiva.

b') Se mantiene el período de consultas de 15 días, pero se reduce, caso de que no se alcance acuerdo durante el mismo, a 7 días —antes 30— el de la notificación de la decisión a los afectados<sup>66</sup>.

c') En el período de consultas (trámite preceptivo a riesgo de convertir en nula la resolución que se dicte sin su sustanciación) se ha de debatir sobre las causas de la decisión y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas para atenuar las consecuencias sobre los trabajadores afectados<sup>67</sup>.

d') La interlocución con los trabajadores durante el período de consultas se somete a unas complejas reglas, sobre las que ha incidido la Ley 1/2014, pudiendo ser sintetizadas de la siguiente forma (artículo 41.4 ET):

— Se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento, sin que quepa la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centro de trabajo, lo cual va a tener poca incidencia en las Administraciones locales. Esta comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

— En defecto de esta posibilidad, la intervención como interlocutores ante las Administraciones Públicas locales se regirá por las siguientes pautas:

\* Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, que será lo habitual cuando de una Administración local se trate, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. Si no existiera representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir la competencia para la negociación, a su elección, a una comisión *ad hoc* de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia Administración local y elegida por estos democráticamente, o a una comisión de igual número de compo-

---

jadores. b) El 10 por 100 del número de trabajadores, en aquel departamento ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la consejería de las comunidades autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en el departamento ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la consejería de las comunidades autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores. d) Procede entender incluidos también, aplicando supletoriamente lo previsto en el artículo 1.4 del Real Decreto 1483/2012, los supuestos de extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores sea superior a cinco, cuando se produzca la cesación total de su actividad.

64. MOLINA NAVARRETE, C., "De las 'reformas laborales' a un nuevo, e irreconocible, 'Estatuto del Trabajo Subordinado'", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 348, 2012, p. 70.

65. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C., *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 58.

66. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010", *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2011, p. 406.

67. STSJ, Social, Andalucía, 4 octubre 2010, que anula la Resolución del Rectorado de la Universidad de Granada porque había modificado el horario a trescientos trabajadores, cambiando su prestación de servicios en el turno de tarde para la mañana durante el período junio-julio, sin haber llevado a cabo un período de consultas con los sindicatos.

nentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo<sup>68</sup>.

\* Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación. En otro caso, a una comisión representativa constituida del siguiente modo: a) si todos los centros afectados cuentan con representantes legales, la comisión estará integrada por estos; b) si alguno de los centros cuenta con representantes legales y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuentan con dichos representantes, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión referida a los supuestos en los que solo queda afectado un único centro de trabajo, en cuyo caso estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas para tal supuesto, en proporción al número de trabajadores que representen, pero si no ejercitan esta opción se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuentan con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen; c) si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto para los supuestos en que el procedimiento afecte a un único centro de trabajo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos estos supuestos, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas el número inicial de

representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un número máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

e') La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial del inicio del procedimiento de consultas, en todo caso en el plazo de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince. Sea como fuere, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo y sin que la constitución con posterioridad al inicio del período de consultas pueda comportar la ampliación de su duración.

f') Los acuerdos de esta comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa, siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados miembros<sup>69</sup>.

g') El empresario y la representación legal de los trabajadores pueden acordar sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable en el ámbito de la empresa, pero sin llegar a imponer un arbitraje obligatorio<sup>70</sup>.

h') El legislador deja claro que la modificación sustancial es un procedimiento reactivo<sup>71</sup>, presumiendo que concurren las causas justificativas en los casos de acuerdo modificativo con la representación de los trabajadores<sup>72</sup>.

i') Contra estas decisiones se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin que ello impida el ejercicio de la acción judicial prevista. La interposición del conflicto colectivo paralizará, no obstante, la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. Así, con carácter excepcional, el legislador permite la impugnación del

68. BAYLOS GRAU, A., "Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010", *La Ley*, núm. 7388, 2010, pp. 24 y ss., o GARCÍA GONZÁLEZ, R. L., "La flexibilidad interna en la reforma laboral", *La Ley*, núm. 7488, 2010, p. 14.

69. MOLINA NAVARRETE, C., "Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva milonga del capitalismo de casino", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 282, 2010, p. 40.

70. MELLA MÉNDEZ, L., "Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés", *Temas Laborales*, núm. 109, 2011, p. 32.

71. GARCÍA GONZÁLEZ, R. L., "La flexibilidad interna en la reforma laboral", cit., p. 14.

72. REY GUANTER, S. DEL, "Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial", *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 187.

pacto ante la jurisdicción competente –la social– en base a la sospechada existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo<sup>73</sup>.

j') Se suprime en la Ley 3/2012 la referencia a la "formación profesional" en el nuevo artículo 50.1 a) ET, respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo como causa de resolución unilateral del contrato por voluntad del trabajador con la máxima indemnización (33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades), exigiéndose ahora que tales modificaciones se lleven a cabo "sin respetar lo previsto en el art. 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador", reduciéndose así el alcance de la causa resolutoria<sup>74</sup>.

Se extiende, no obstante, la denuncia extintiva con derecho al percibo de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, y con un máximo de 9 meses, a la modificación no solo de condiciones de jornada, horarios y régimen de trabajo a turnos, sino también al sistema de remuneración, la cuantía salarial y los cambios funcionales<sup>75</sup>.

De todas formas, conviene insistir, una vez más, en que en las Administraciones Públicas se impide el establecimiento de condiciones de trabajo superiores a las pactadas colectivamente por la vía de las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo, y tampoco caben convenios colectivos extraestatutarios, por lo que se considera poco necesario el recurso al artículo 41 ET para su modificación<sup>76</sup>, si bien no cabe ocultar que puede utilizarse para cambiar la dedicación de los trabajadores a tiempo parcial o intensificar el tiempo de trabajo de los empleados a jornada completa. Otra cosa es la potestad que tiene la Administración de introducir cambios accidentales o de menor entidad, que se consideren incluidos en el ámbito de las facultades directivas ordinarias que reconocen los artículos 5 y 20 ET (*ius variandi*). En este sentido se ha manifestado de forma expresa la doctrina judicial, que, por ejemplo, ha reconocido cómo la decisión adoptada por una alcaldesa,

impugnada por la vía de conflicto colectivo, no puede considerarse nula, ilegal o abusiva de derecho, "ya que responde a la finalidad de establecer un horario que respete, por un lado, la jornada –indiscutida– de 37 horas y media semanales de la Administración y, por otro, la finalidad de facilitar la atención a los ciudadanos mediante la apertura de los servicios municipales los jueves por la tarde de 16 a 19 horas, al haberse observado que, por motivos laborales, a gran parte de la población del Ayuntamiento, le resulta imposible desplazarse por las mañanas a las dependencias municipales para resolver sus trámites y acompañar a personas mayores para realizar sus gestiones con la Administración Local"<sup>77</sup>.

### 5.3.2. Alternativas al consentimiento del trabajador

Ante la complejidad material de llevar a cabo modificaciones sustanciales del tiempo de trabajo por la vía del artículo 41 ET, aunque no es difícil que concurren las circunstancias justificativas, es menester retomar la idea inicial para recordar que a los efectos de proceder a la novación de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial es necesario el aval imprescindible del consentimiento del trabajador. No obstante, el legislador ha arbitrado dos vías alternativas de posible actuación, que procede mencionar en este momento, algunas de implementación restringida como sucede con la reducción de jornada por causas económicas, técnicas y organizativas (artículo 47 ET), y otras más sencillas de llevar a la práctica como ocurre con la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo (artículo 32 EBEP).

#### 5.3.2.1. Los expedientes de reducción de jornada por causas económicas, técnicas y organizativas: posibilidades

Sorprendentemente, la Ley 3/2012 veta la utilización de la vía de la rebaja temporal del tiempo de actividad (en-

73. MELLA MÉNDEZ, L., "Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades interesantes", cit., p. 48.

74. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C., *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 64.

75. SÁEZ LARA, C., "Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 244. Por extenso, ÁLVAREZ GIMENO, R., "La extinción indemnizada por modificaciones sustanciales tras las reformas de 2012", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2012 (BIB 2012/1157).

76. LÓPEZ CUMBRE, L., "Los efectos de la reforma laboral en el empleo público", cit., p. 10.

77. STSJ, Social, Galicia, 21 diciembre 2010.

tre un 10 y un 70 por 100) y de la suspensión de los contratos de trabajo (no se presta actividad y no se percibe retribución) por parte de las Administraciones locales respecto de sus empleados, excluyendo la aplicación del artículo 47 ET para tales sujetos y para las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo (en expresión un tanto ambigua) “aquellas que se financien mayoritariamente (esto es, en más del 50 por 100) con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado” (nueva disposición adicional 21.ª ET), es decir, no dependientes de presupuestos públicos, sino –permítase la reiteración— de los ingresos que obtengan de su actuación como entidades de mercado, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con Paradores de Turismo, sociedad anónima de capital 100 por 100 público que presta servicios de mercado turístico, financiándose exclusivamente con los rendimientos logrados de tal mercado, aunque al tiempo sea un instrumento de la política turística del Gobierno<sup>78</sup>.

El legislador, a la hora de definir los contornos de la prohibición de recurrir a los expedientes suspensivos y, por lo que aquí interesa, de reducción de jornada, utiliza un concepto restringido de Administraciones Públicas, para cuya delimitación habrá de estarse no al TRLCSP ni al EBEP, sino –aun cuando con matices- a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAP)<sup>79</sup>. Está claro, por tanto, el límite por arriba –quedan fuera de la posibilidad de acudir al artículo 47 ET (que regula la reducción de jornada) las Administraciones Públicas de base territorial (estatal, autonómicas y locales) y los organismos públicos dependientes de ellas que no pueden acogerse a su regulación— y por abajo –se permite su utilización a las sociedades mercantiles—, pero hay algunas entidades de difícil adscripción en un extremo o en el otro –por ejemplo, las empresas públicas—, pues a menudo no es fácil delimitar el funcionamiento legal autónomo y el real, que evidencia una gran dependencia de estas empresas de los presupuestos públicos y de las decisiones

por parte de los poderes públicos de liberalizar o no servicios públicos<sup>80</sup>, circunstancias que impiden la aplicación de los ERE suspensivos y de reducción de jornada.

A mayor abundamiento, la expresión “entidades de derecho público” engloba tanto a los entes que adoptan una forma pública de personificación y actúan sujetos al derecho público (las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos –artículo 45.1 LOFAGE-, las agencias estatales –artículo 2 de la Ley 28/2006— y las Universidades Públicas) como a los entes que adoptan una forma pública de personificación pero actúan sujetos al derecho privado (las entidades públicas empresariales –artículo 53 LOFAGE-). También quedan comprendidas en el ámbito prohibitivo de la disposición adicional 21.ª ET las entidades de naturaleza administrativa creadas por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí, es decir, las mancomunidades de municipios y los consorcios, siempre y cuando adopten una forma pública de personificación. En cambio, quedan excluidas del ámbito de aplicación del veto incorporado en la disposición aquí analizada las entidades privadas de las Administraciones Públicas, esto es, las sociedades mercantiles estatales (artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) y las fundaciones del sector público (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Surgen dudas, a la postre, a propósito de si esta medida prohibitiva resulta aplicable a los organismos reguladores contemplados en la disposición adicional 10.ª1 LOFAGE, habida cuenta del carácter independiente de los mismos<sup>81</sup>.

Con el fin de despejar, en parte, estas incertidumbres, la disposición adicional tercera del Real Decreto 1483/2012 considera que:

“A efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector

78. GONZÁLEZ ALONSO, A., “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social*, núm. 61, 2012, p. 64.

79. TABLADO MARRÓN, P., “Incidencia del Real Decreto-ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo”, *La Ley*, núm. 7842, 2012, p. 3.

80. MOLINA NAVARRETE, C., “De las ‘reformas laborales’ a un nuevo, e irreconocible, ‘Estatuto del Trabajo Subordinado’”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 348, 2012, p. 111.

81. ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El Real Decreto-ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 76.

público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

“En caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la solicitud de inclusión en el mismo”.

No deja de ser loable el esfuerzo en proporcionar seguridad jurídica sobre el ámbito de aplicación del artículo 47 ET en el sector público, pero, desde el punto de vista de técnica jurídica, no procede olvidar que se transforma lo que en la norma legal es una condición material -financiación mayoritaria con operaciones en el mercado- en un mero requisito formal -inclusión en un determinado inventario-<sup>82</sup>.

Sea como fuere, este inventario se elabora atendiendo a los criterios establecidos en la Orden HAP 2015/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo artículo 11.2 se remite, para el sector público local, al Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, en virtud del cual se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local:

a) Los ayuntamientos, diputaciones, consejos y cabildos insulares.

b) Los órganos de gobierno y administración de las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las comunidades autónomas de conformidad con la LBRL y los correspondientes estatutos de autonomía.

c) Los organismos autónomos y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de los sujetos enumerados en los apartados a y b.

d) Las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias:

— Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria.

— Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

— Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.

— Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local.

e) Las instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno o varios de los sujetos enumerados en este artículo.

f) Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la/s entidad/es local/es en dichos consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:

— Que la/s entidad/es local/es dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno.

— Que la/s entidad/es local/es tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.

g) Aquellos entes no incluidos en los párrafos anteriores, que se clasifiquen como agentes del sector público local por las instituciones con competencia en materia de contabilidad nacional citadas en el artículo 3.1, en referencia al Instituto Nacional de Estadística y a la Intervención General de la Administración del Estado, como órganos competentes en la elaboración de las cuentas nacionales de las unidades que componen el sector de las Administraciones Públicas, con la colaboración técnica del Banco de España.

En consecuencia, solo las entidades locales que no entrasen en este listado podrían acogerse a la posibili-

82. ALFONSO MELLADO, C. L., *Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 95.

dad de reducción de jornada (y suspensión del contrato) por causas económicas, técnicas y organizativas a la que se refiere el artículo 47 ET.

Sea como fuere, pese a las incertidumbres suscitadas sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la disposición adicional 21.ª ET, despejadas por el Real Decreto 1483/2012, no cabe duda de que se pone coto a un cauce que se estaba utilizando como elemento de gestión con una cierta asiduidad en determinadas entidades locales (por poner algunos ejemplos, Ayuntamiento de Escacena del Campo –Huelva-, Ayuntamiento de Gáldar –Las Palmas-, Ayuntamiento de Fuente el Saz de Jarama –Madrid-...), máxime cuando un alto número de tales expedientes habían sido autorizados o habían acabado con acuerdo<sup>83</sup>. Con ello se hace evidente que la intención perseguida por el legislador es la reducción del personal en el empleo público a través de la extinción indemnizada de los contratos<sup>84</sup>, no en vano según la memoria económica de la reforma laboral de 2012 lo que se pretende es “redimensionar aquellas estructuras administrativas que crecieron de manera desmesurada durante la fase de fuerte crecimiento económico pero que hoy no son sostenibles desde el punto de vista financiero actual”<sup>85</sup>. Ya no se permite recurrir a las Administraciones Públicas locales a unas herramientas muy útiles para enfrentarse con situaciones de exceso de personal previsiblemente transitorias necesitadas, igualmente, de medidas temporales, inspirándose en un claro criterio de política de adelgazamiento del personal laboral empleado por las Administraciones Públicas a través de los despidos y dando preferencia a los mismos<sup>86</sup>.

Esto puede resultar peligroso, pues la nueva disposición adicional 20.ª ET, tras la reforma de 2012, flexibiliza en gran medida las causas justificativas y facilita el procedimiento aplicable a este tipo de despidos. Es más, a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados establece unos endebles criterios de prioridad de permanencia,

referidos, por un lado, al tradicional relativo a las garantías sindicales, en virtud del cual tendrán preferencia para permanecer en la Administración los miembros del comité de empresa, los delegados de personal, así como los delegados sindicales y los delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud. Por otro lado, introduce uno nuevo, conforme al cual “tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”.

Pese a la garantía que este segundo parámetro parece incorporar a primera vista, pues intenta blindar a aquellos empleados públicos que hayan realizado pruebas selectivas y hayan acreditado el mérito y la capacidad, lo cierto es que la propia disposición adicional 20.ª ET añade un condicional: esta garantía se aplicará “cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades” que actúen como empresario, quedando seriamente reducida su operatividad. No obstante, el artículo 41.2 del Real Decreto 1483/2012 intenta corregir esta permisividad, sentando que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, o autoridad equivalente en el ámbito de las comunidades autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el departamento, consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público. No se aclara, sin embargo, qué sucede con las Administraciones locales<sup>87</sup>, donde parece que sigue quedando en manos del empresario la consideración de la preferencia mencionada.

Es más, aun siendo de aplicación la prioridad de permanencia en relación con el “personal laboral fijo que

83. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, “La aplicación de la reforma laboral en el sector público”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 334.

84. BOLTAINA BOSCH, X., “Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI, Barcelona, 2011, p. 258.

85. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE, “La aplicación de la reforma laboral en el sector público”, cit., p. 334.

86. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 25 y ss.

87. CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local en un contexto de contención fiscal”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 28, 2012, p. 36.

hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”, lo cierto es que los trabajadores contratados a tiempo parcial fijos también pueden haberlo sido respetando escrupulosamente los principios de mérito y capacidad. No hay que olvidar que el Decreto-ley 16/2013 y otras reformas anteriores han intentado hacer atractivo el recurso a esta vía de dedicación parcial, y que las Administraciones Públicas, incluidas las locales, pueden haber optado por ella (o hacerlo en el futuro a la luz de los generosos términos legales), dadas las ventajas que conlleva, tanto en su modalidad temporal como indefinida. El riesgo que se corre es, por tanto, altísimo, particularmente porque a la hora de seleccionar a los empleados públicos que van a ser afectados por los despidos colectivos u objetivos, la Administración puede preferir elegir a trabajadores indefinidos a tiempo completo, eliminando mano de obra más cara en comparación con los nuevos trabajadores indefinidos a tiempo parcial, cuyos salarios serán más reducidos. Con esta elección, la Administración podría dar cumplimiento de una forma más efectiva a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con el fin de evitar sus problemas de financiación y aligerar las situaciones de falta de liquidez y dificultades de pago a proveedores<sup>88</sup>, circunstancias particularmente manifiestas en el sector público local, especialmente en los municipios más pequeños, que han visto reducidos drásticamente sus ingresos, pero no se han liberado de la obligación de dar respuesta de forma eficiente a incontables demandas de servicios y ejecución de tareas de todo tipo, con el agravante, además, de que constituyen el nivel más cercano al ciudadano y, en consecuencia, el que soporta presiones más fuertes para seguir atendiendo a dichas necesidades<sup>89</sup>.

En definitiva, habrá que confiar en que los tribunales sigan aplicando los postulados de interdicción del

fraude de ley o abuso de derecho (consistentes, en paradigmático ejemplo, en la selección de los trabajadores más antiguos frente a los más modernos) y de razonabilidad y coherencia, a la par que el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores de la plantilla, lo que incluye la prohibición de trato discriminatorio<sup>90</sup>.

### **5.3.2.2. Inaplicación o suspensión de la dedicación pactada en convenio**

El hecho de tener una determinada jornada de trabajo pactada en convenio colectivo para los trabajadores de una determinada entidad local, no debe hacer olvidar la aplicación en este mismo ámbito de lo previsto en el artículo 32 EBEP, modificado por el Real Decreto-ley 20/2012, que extiende la facultad de suspender o modificar unilateralmente lo pactado en convenio colectivo laboral, tomando como modelo lo dispuesto en el artículo 38.10 EBEP para los acuerdos y pactos de funcionarios y para los acuerdos conjuntos. Así, en virtud del mencionado artículo 32 EBEP, esta competencia se confiere a los “órganos de gobierno” de las Administraciones Públicas, expresión esta última suficientemente genérica para aceptar en su seno diferentes formulaciones institucionales, pero que en una interpretación razonable procede reconducir a los órganos correspondientes al Ejecutivo en el Gobierno central; en la comunidad autónoma, o –por lo que aquí interesa– en un municipio de gran población, a la junta de gobierno local, y al pleno en los municipios de régimen común y en las diputaciones provinciales<sup>91</sup>.

La nueva redacción del citado artículo 32 EBEP actúa, por tanto, como una excepción a la eficacia general del convenio colectivo de la entidad local<sup>92</sup>, quedando desvirtuado el principio “*pacta sunt servandae*” colectivo reconocido por el artículo 37.1 CE<sup>93</sup> y suponiendo un ataque frontal a la fuerza vinculante de los convenios, capaces de obligar a “todos los empresarios

88. SÁNCHEZ MORÓN, M., “La situación actual del empleo público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010, p. 58.

89. CANTERO MARTÍNEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local en un contexto de contención fiscal”, cit., p. 2.

90. SJS núm. 1, Pamplona, 4 enero 2012.

91. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, en FUENTETAJA PASTOR, J. A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 58.

92. SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 132.

93. CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 52.

y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia" (artículo 83.2 ET), e incluso al derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE), derecho de "contenido complejo" y contornos amplios, que han sido definidos en buena medida por los órganos judiciales, y especialmente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, distinguiendo entre un "contenido esencial" y un "contenido adicional", compuesto a su vez de innumerables facultades y prerrogativas, entre las que se encuentra lógicamente la negociación colectiva<sup>94</sup>.

El presupuesto habilitante de estas quiebras es, a la luz del artículo 32 EBEP: "la concurrencia grave de interés público" derivada de "una alteración sustancial de las circunstancias económicas". El objetivo a conseguir radica en: "la salvaguarda del interés público". Los dos primeros conceptos son aquilatados por la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 20/2012, que considera cómo concurre "causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la contención del déficit público".

En consecuencia, la Administración local no podrá justificar la suspensión o anulación de los pactos alcanzados únicamente en la coyuntura económica adversa, sino que será fiscalizable su actuación ante la presencia o ausencia de circunstancias ciertamente excepcionales e imprevisibles que avalen su decisión. Si se entendiera que concurre causa grave cuando cualquier Administración adopta medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas, o dispone decisiones de carácter económico-financiero para asegurar la estabilidad o la corrección del déficit público, se estaría convirtiendo en normal lo que debe ser excepcional. Y, así, la excepcionalidad deberá impedir que la Administración local actúe con un margen de discrecionalidad

que le permita aplicar este tipo de medidas, antes que otras que pudieran adoptarse en su lugar. En definitiva, lo excepcional no podrá aplicarse con preferencia a lo ordinario o normal, sino que deberá quedar reservado para cuando las soluciones ordinarias son imposibles o insuficientes.

Por lo demás, junto a la excepcionalidad se impone la gravedad de la causa, y, aun tratándose de un concepto jurídico indeterminado, tal característica impide alegar circunstancias poco trascendentes, muy puntuales o de pequeño impacto. La Administración local necesita, pues, justificar que la medida se adopta en defensa del interés público, salvaguardando los bienes y derechos constitucionalmente protegidos y actuando como garante de los principios esenciales que rigen en el funcionamiento de su actuación desde el mandato constitucional<sup>95</sup>.

No es tan fácil pergeñar, sin embargo, la referida afectación al "interés público", pero puede intuirse que o bien puede identificarse —a modo de ejemplo— con la necesidad objetiva de reducir o suprimir algunas prestaciones de la cartera de servicios, lo que obliga correlativamente a adoptar medidas adicionales que impacten sobre el capítulo I, o bien con la imposibilidad de hacer frente a los pagos a proveedores, a las nóminas o a cualquier otra transferencia<sup>96</sup>. Lo que está claro es que, de nuevo, estas herramientas de ajuste se vinculan a la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, entendiendo que basta con mentar y justificar la contención del déficit público en un panorama de Administraciones, por lo general, gravemente endeudadas<sup>97</sup>. Por tanto, cabe admitir (según hacen los tribunales al enjuiciar casos concretos) invocaciones tales como "la evolución presupuestaria del IPC, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los presupuestos y la valoración del aumento de productividad del empleo público derivada de acciones o programas específicos, dada la gravedad e intensidad de la crisis económica y el carácter urgente

94. MARTÍN VALVERDE, A., "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, pp. 146-148.

95. LÓPEZ CUMBRE, L., "Los efectos de la reforma laboral en el empleo público", cit., p. 22, citando a ALFONSO MELLADO, C. L., *La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en la negociación colectiva funcional*, p. 17. Ponencia presentada en el Seminario sobre relaciones colectivas organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 23 de octubre de 2012, [http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Alfonso\\_Mellado\\_modif\\_cond\\_trabajo\\_funcionarios.pdf](http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Alfonso_Mellado_modif_cond_trabajo_funcionarios.pdf)

96. JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal", *Jornada-Taller Estudi Com-LKS*, 2012, p. 132.

97. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., "El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes", *Documentación Laboral*, núm. 97, 2013, p. 23.

de reducir el déficit público” en un contexto de más de dos años de pérdidas en las cuentas públicas<sup>98</sup>; o “la crisis económica que sufre la economía..., la grave situación financiera en la que se encuentra la Administración de la Comunidad Autónoma y la consecuente necesidad de racionalizar los recursos públicos, en particular los destinados al empleo público, tal y como se reflejan en los informes de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que sirven como motivación de este acuerdo, así como la obligación de cumplir con los objetivos de déficit público impuestos por el Gobierno de la Nación han hecho necesario adoptar una serie de medidas tendentes a la reducción de gastos, ya anunciados en el reciente Plan de Garantía de los Servicios Sociales Básicos de la Comunidad”<sup>99</sup>.

El procedimiento a observar por la Administración local requiere, en todo caso, información a “las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación”, no siendo necesaria la negociación *ad hoc*. No se precisa el momento en el que se debe producir dicha información, si debe ser proporcionada inexcusablemente antes de la adopción de la decisión o una vez acordada la misma. Tampoco se aclara a qué organizaciones sindicales procede informar, ni si se debe entrar en contacto independiente con cada una de ellas, o bien corresponde hacerlo de manera conjunta a través de la convocatoria pertinente de la comisión paritaria o de la comisión negociadora. La falta de precisión al respecto da pie a admitir cualquiera de los momentos y procedimientos utilizados. Incluso no sería descabellado pensar que un posible incumplimiento de un deber tan débil como el de información no va a provocar la nulidad del acuerdo inaplicativo, pues el elemento central radica en la concurrencia de las causas objetivas que avalan la medida. Bien diferente hubiera sido que la norma exigiera un trámite de consulta preceptivo pero no vinculante a las organizaciones sindicales más representativas, con carácter previo a la adopción de la medida, pero el legislador no lo ha dispuesto así<sup>100</sup>.

No obstante, procede distinguir entre los dos términos: “suspensión”, como su propio nombre indica, implica una congelación de la aplicación o de los efectos de la norma, mientras que “modificación” tiene un alcance mucho más incisivo, ya que altera el contenido de la norma pactada. Por ello, se considera apropiado manifestar que para “suspender” convenios o acuerdos puede ser suficiente con informar sobre las consecuencias de dicha medida en aras a la mejora de la situación económico-financiera de la Administración local en cuestión, pero para “modificar” se ha de justificar individualmente en cada caso cuáles son las razones que conducen a esa alteración unilateral, no en vano cabe presumir que el control judicial de estos actos de suspensión o modificación va a ser diferente en su intensidad según se opte por una u otra fórmula<sup>101</sup>. Ambas actuaciones tendrán lógicamente un alcance temporal, que debe precisarse con exactitud en el acto administrativo y que, como máximo, ha de coincidir con la vigencia del convenio original<sup>102</sup>.

Salta a la vista que no se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación o modificación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de la situación de excepcionalidad, tratándose a la postre de un acto jurídico reglado y, como tal, controlable en su legalidad por los tribunales (del orden social a la luz de la nueva LRJS). En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida y el ámbito en el que estas se adoptan (estatal, autonómico o –por lo que aquí interesa– local), el contenido e intensidad de las actuaciones que se adopten, así como el carácter temporal de las mismas. De este modo, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación. Si bien el artículo 32 EBEP resulta algo impreciso respecto del contenido convencional objeto de inaplicación, es obvio que una lectura finalista del precepto viene a exigir que la exclu-

98. STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid, 30 junio 2011.

99. STSJ, Social, Castilla-La Mancha, 8 febrero y 21 enero 2012.

100. CRUZ VILLALÓN, J., “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, cit., p. 33.

101. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Gestión de personas en los ayuntamientos en un marco de contención presupuestaria y de reforma de los Gobiernos locales”, *Jornada-Taller Estudi.Con-LKS*, 2012, p. 47.

102. MARÍN ALONSO, I., “La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desmantelamiento del derecho a la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2013, pp. 29 y ss.

sión del cumplimiento solo pueda afectar a contenidos vinculados a las causas excepcionales que justifican la medida, y únicamente en tanto que tales actuaciones sirvan para paliar la situación negativa en la que se encuentra la Administración local derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas. Por tal razón, exclusivamente los contenidos negociales que tengan directa imbricación con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue. Ello no quiere decir, empero, que solo lo relativo a retribuciones y percepciones extrasalariales pueda ser objeto de inaplicación o modificación, dado que también otras condiciones de trabajo (léase tiempo) presentan una inmediata afectación a los costes de personal globalmente considerados de la Administración local como parte empleadora. Pero lo que tampoco cabe es presumir que toda estipulación convencional pueda ser afectada sin más por aplicación del artículo 32 EBEP, pues, en muchos casos, su valor primordial y objetivo se sitúa en ámbitos distintos de los estrictamente económicos<sup>103</sup>. Lo que está claro es que corresponde a la Administración local justificar y acreditar, con informes y datos, los planes de ajuste, el reequilibrio de cuentas y la reducción del déficit ante una suspensión o modificación unilateral del convenio (en materia de dedicación horaria por lo que aquí interesa), teniendo la parte sindical la capacidad de impugnar la medida si esa información no avala una decisión que deja temporalmente sin efectos el instrumento convencional<sup>104</sup>.

En fin, la regulación recogida por el nuevo artículo 32 EBEP es idéntica a la establecida en el artículo 38.10 EBEP para los pactos o acuerdos funcionariales. Aunque el precepto no lo dice, cabe entender que esta posibilidad se extiende únicamente al personal laboral afectado por el EBEP (artículo 11.1), por lo que parece que quedaría fuera del mismo el personal de empresas públicas, fundaciones y consorcios con forma de socie-

dad mercantil, vinculados a la Administración local<sup>105</sup>. Si se quieren modificar las condiciones de trabajo de estos colectivos, en concreto en lo que afecta a la jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y trabajo a turnos, ha de seguirse el procedimiento de consultas que prevé el artículo 82.3 ET, que, por una parte, exige la concurrencia de causas económicas, técnicas y organizativas, entendidas en el sentido anteriormente explicado, si bien para las económicas el parámetro temporal se fija en dos trimestres consecutivos en lugar de tres, y, por otra, permite también la desvinculación de lo pactado en convenio en lo que se refiere a "jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos". Una vez más hay que distinguir aquí entre las instituciones "jornada", que se refiere al *quantum* del tiempo de trabajo, a cuánto tiempo debe destinar el trabajador al desarrollo de su prestación, y "horario", que hace referencia a la distribución del tiempo de actividad, cuándo se empieza a trabajar y cuándo se termina, si esos períodos son continuados o no, si se desarrollan durante el día o durante la noche, etc.<sup>106</sup> De esta forma, el artículo 82.3 ET permite regular jornadas de trabajo más amplias, respetando en todo caso los máximos legales, pero en ningún caso es factible que a través del descuelgue se pueda producir una conversión de contratos a jornada completa en contratos a tiempo parcial, atendiendo, una vez más, al tenor del artículo 12.4 e) ET, que exige la concurrencia del requisito de la voluntariedad<sup>107</sup>.

En todo caso, la materialización de los descuelgues convencionales en materia de tiempo de trabajo dentro de estos límites requiere acuerdo con los representantes de los trabajadores, en los términos ya conocidos del artículo 41.4 ET<sup>108</sup>. En caso de desacuerdo, han de observarse unos trámites cargados de serias dificultades que hacen prácticamente inviable este mecanismo, no en vano cualquiera de las partes "podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio,

103. CRUZ VILLALÓN, J., "Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones", cit., p. 32.

104. TOLOSA TRIBIÑO, C., "La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 364, 2013, p. 43.

105. JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Reformas líquidas (II). Ajustes en el empleo público. Primera valoración", [www.estudi.com](http://www.estudi.com).

106. FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 27.

107. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo de eficacia general", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.

108. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, p. 9.

que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada". Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos de aplicación general y directa que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal y autonómico a los que se refiere el artículo 83 ET, incluido el compromiso de someterse a arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que el acuerdo en período de consultas, y será recurrible solo conforme al procedimiento y en base a los motivos señalados en el artículo 91 ET (ilegalidad o lesividad)<sup>109</sup>. Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior, o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá igualmente la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas, y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Esta conclusión, en virtud de la cual el artículo 32 EBEP solo se aplica al personal del EBEP y el resto se acomoda a lo previsto en el artículo 82.3 ET, viene avalada por lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que distingue dos situaciones: la del "personal laboral de las Administraciones Públicas" y la del que preste sus servicios en "las sociedades es-

tatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza". Atendiendo a tal diferenciación, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos no podrá ejercer sus funciones decisorias reguladas en el citado Real Decreto en relación con los descuelgues cuando se trate de acuerdos colectivos para el personal laboral de las Administraciones Públicas "a los que resulta de aplicación la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público", siendo necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 45 EBEP<sup>110</sup>.

Sea como fuere, la regulación del artículo 82.3 ET es, como puede imaginarse, de difícil aplicación en el seno de las entidades vinculadas a la Administración local, pues algunos acuerdos autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos, que han creado procedimientos de mediación y arbitraje, excluyen expresamente de su ámbito de aplicación los conflictos que afectan a las Administraciones Públicas. Además, los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal (y también autonómico) son negociados y gestionados, del lado de la patronal, por las asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal (o de comunidad autónoma) en las que no participan las Administraciones Públicas y cuyos máximos dirigentes se manifiestan claramente a favor de la reducción del sector público, con lo que el conflicto de intereses es más que evidente. A título de ejemplo, el V Acuerdo Interprofesional sobre solución autónoma (extrajudicial) de conflictos laborales colectivos (ASAC V) excluye de su ámbito de aplicación, en su artículo 1.2, "a aquellos conflictos colectivos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los mismos".

Tal exclusión permite barajar dos opciones. La primera sería, en la senda de lo hecho ya por algunas autonomías<sup>111</sup>, proceder a incorporar al ámbito del ASAC también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. La segunda consistiría en que se diseñase un procedimiento de resolución de los conflictos colectivos

109. REY GUANTER, S. DEL, "Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial", *Temas Laborales*, núm. 107, p. 182.

110. TOLOSA TRIBIÑO, C., "La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos", cit., p. 40.

111. Sirvan de ejemplo el Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 8 de abril de 1996 (BOJA, de 23 de abril), y el Acuerdo de 4 de mayo de 2005 (BOJA, de 8 de abril).

común para el conjunto de los empleados públicos, que incorporase al unísono al personal laboral y a los funcionarios públicos; alternativa esta que debería, por la propia singularidad de régimen jurídico –naturaleza subjetiva de destinatarios, legitimidad representativa de los negociadores, así como objetiva de la normativa aplicable–, articularse en paralelo, pero también extramuros, del ASAC. En muchas vertientes los asuntos laborales que les afectan son similares, los conflictos tienden a converger entre personal laboral y funcionarios, se aspira a homogeneizar también su régimen jurídico por vía de ósmosis y de equiparación, incluso se comienzan a reconocer en la propia legislación positiva los acuerdos mixtos para funcionarios y laborales. Esta es, en fin, la propia lógica en la que se desenvuelve el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>112</sup>.

Todo ello sin olvidar que el recurso al arbitraje en el ámbito de las Administraciones Públicas puede presentar disfunciones adicionales, pues va a ser una persona ajena por completo al organigrama administrativo la que tome decisiones de gran envergadura económica, decidiendo la solución del conflicto. Quiebra, por tanto, un principio esencial de la organización administrativa, cual es que la competencia resulta irrenunciable y debe ser ejercitada por el órgano que la tiene atribuida como propia. El arbitraje supone dejar la satisfacción del interés general en manos de ese tercero, con el agravante de que el laudo solo se puede impugnar ante la jurisdicción social en dos supuestos: cuando no se hubieran observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (artículo 91.2 ET), sin que se mencionen para nada aquellas circunstancias en las que el pronunciamiento arbitral pueda contradecir el interés público. Ello contrasta con lo que ocurre con cualquier tipo de acto o resolución de la Administración, que siempre es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando no respete el interés general<sup>113</sup>.

Frente a las dificultades que plantea el artículo 83.2 ET, resulta mucho menos complejo el recurso al artículo 32 EBEP, cuando concurren los requisitos para ello y

de personal laboral al servicio de la Administración local se trate (no de sociedades, consorcios, fundaciones o entidades de análoga naturaleza).

## 6. El período de prueba: la dedicación provisional

Ni la LRRL ni el EBEP se refieren a la existencia de un período de prueba cuando de un contrato laboral del sector público se trata, algo que habría sido conveniente, tal como sugirió el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación de la Ley 7/2007, exigiendo de la Administración que motivara la no superación del período probatorio por un trabajador determinado, para evitar decisiones arbitrarias y en fraude de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así, puesto que nada se establece en la normativa básica de empleo público ni en la de régimen local, habrá que aplicar en esta materia el derecho laboral común (artículo 14 ET), si bien con ciertas peculiaridades dignas de mención, algunas de ellas modificadas por el Real Decreto-ley 16/2013, capaces de convertir este período en un espacio temporal de dedicación provisional del empleado público a su prestación de servicios, ante las grandes facilidades para la rescisión del vínculo.

1.- En el sector privado, el período de prueba (durante el cual el empresario puede comprobar en qué medida el trabajador reúne las condiciones profesionales idóneas para el servicio) puede pactarse, siempre por escrito, si las partes lo estiman conveniente, sin que el convenio colectivo pueda obligar a ello<sup>114</sup>. En cambio, cuando el empresario es una Administración Pública, la existencia del período de prueba ha de establecerse igualmente por escrito como condición *sine qua non*, pero nunca puede derivar del libre resultado del acuerdo entre el órgano competente y el aspirante a trabajador reclutado en el proceso selectivo. Antes al contrario, solo puede ser el resultado último y necesario de su previsión obligatoria en las bases de la correspondiente convocatoria<sup>115</sup>.

112. CRUZ VILLALÓN, J., "El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011, pp. 365 y ss.

113. CANTERO MARTÍNEZ, J., "Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de crisis", cit., p. 17.

114. STS, Social, 5 octubre 2001.

115. Tal y como reconocen las SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha, 30 noviembre 1996 y 19 diciembre 2006, Galicia, 26 marzo 1999, y Madrid, 23 abril 2002 y 10 marzo 2003.

2.- El período de prueba ha de tener, por su propia naturaleza, carácter temporal. Según el artículo 14 ET, la duración del mismo será la fijada en el convenio colectivo que resulte de aplicación, en defecto de lo cual no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados o de dos o tres meses para los demás trabajadores, según la empresa tenga más o menos de veinticinco empleados. El Real Decreto-ley 16/2013 añade una importante matización: que en el supuesto de contratos temporales de duración determinada (por obra o servicio, eventuales o de interinidad) concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

Esta novedad merece una valoración positiva, por su signo tuitivo, e incluso de estricta racionalidad jurídica y social, pues con esta notoria limitación del período de prueba se puede evitar que en algunos contratos de corta duración tal período casi coincida con la extensión temporal del vínculo, en especial para el personal técnico titulado, con lo que se desnaturalizaría este período de prueba, convirtiéndolo en una vía para mutar el carácter causal de la extinción (bien por la llegada del término final, bien por la alegación de una causa extintiva *ante tempus*) en libre (desistimiento). No obstante, el convenio colectivo puede ampliar o reducir este plazo, sin límite de disponibilidad, salvo, claro está, la prohibición de abuso de derecho<sup>116</sup>.

Los convenios colectivos de muchas Administraciones locales regulan la duración máxima del período de prueba atendiendo a la clasificación profesional, y, en general, lo hacen estableciendo períodos inferiores a los que con carácter dispositivo establece el ET. Esta regulación convencional previa seguirá siendo de aplicación a los períodos de prueba concertados con anterioridad al Decreto-ley 16/2013, atendiendo a su disposición transitoria única.

3.- En cuanto a la posible interrupción del período de prueba en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción y acogimiento, a las cuales el Real Decreto-ley 16/2013 añade el riesgo durante el

embarazo y la lactancia y la paternidad, en las que, como es obvio, la prueba no podrá realizarse, el artículo 14.3 ET deja claro que solo se producirá dicha interrupción si hay acuerdo entre las partes, sin que el convenio colectivo ni tampoco –cabe entender– las bases de la convocatoria puedan establecer precisión alguna al respecto.

4.- El aspecto que más interés tiene, y donde mejor se aprecia la singularidad del sector público, que no ha sido afectado por la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2013, es el de la rescisión del vínculo contractual por decisión unilateral del empresario. La regulación jurídica de la que parte el ET pretende conseguir un concreto objetivo: que cualquiera de las partes pueda durante la extensión temporal de la prueba resolver el contrato sin dar explicación alguna, sin preavisar y sin derecho a indemnización. Quiebran, por tanto, las garantías del despido, cuyas reglas y principios no son aplicables<sup>117</sup>. Esta situación de provisionalidad es la esencia misma de este pacto que favorece al empresario, permitiéndole conocer mejor al trabajador con quien va a convenir. La decisión extintiva no precisa ser justificada, existiendo un solo límite al respecto: que se funde o esté motivada en razones discriminatorias o que vulnere derechos fundamentales<sup>118</sup>. De esta forma, si la parte que haga uso de la libertad de resolución del contrato (normalmente, el empresario) no viola aquellos derechos constitucionales, no tendrá que explicar por qué las experiencias objeto de la prueba no dieron resultado, ni siquiera es necesario que se comunique por escrito a la contraparte<sup>119</sup>. En cualquier caso, la extinción no genera ningún tipo de indemnización, pero sí conllevará el abono de todas las percepciones generadas entre tanto el contrato de trabajo desplegó sus efectos<sup>120</sup>.

Sin embargo, tal libertad extintiva, recogida en el artículo 14 ET, es de difícil aplicación cuando el empresario es una Administración Pública, pues el trabajador ha acreditado mérito y capacidad suficientes para ocupar la plaza en cuestión. Los poderes públicos no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino por el de legalidad, que, en este caso, exige, por una parte,

116. MOLINA NAVARRETE, C., "La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial", cit., p. 137. En la doctrina judicial, SSTs 12 noviembre 2007 y 20 julio 2011.

117. STS 27 marzo 1992.

118. SSTs 6 julio 1990 y 6 febrero 2009.

119. STS 2 abril 2007.

120. SEMPERE NAVARRO, A. V., "Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013, pp. 11 y ss.

la realización por el empresario público de las experiencias objeto de la prueba, y, por otra, la expresión objetiva y motivada de la no superación de la misma<sup>121</sup>. Si la Administración pudiera libremente desistir durante el período de prueba, de la misma forma que hacen los empresarios privados, la arbitrariedad acamparía por sus anchas. De nada serviría el establecimiento de un proceso selectivo objetivo si con posterioridad el órgano administrativo pudiera decidir libremente quién lo supera y quién no<sup>122</sup>.

Es habitual que los convenios colectivos de las Administraciones locales establezcan previsiones limitativas a este respecto, pero aun cuando no establecieran tal cautela, la rescisión del vínculo contractual por parte del empresario público que no obedezca a causa objetiva alguna ligada a la aptitud profesional del trabajador, debe considerarse técnicamente un despido nulo por vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público en régimen laboral (artículos 23.2 y 103.3 CE). La fundamentación específica de la extinción del contrato durante el período de prueba a instancias de la Administración no puede ser otra distinta de la falta de adaptación del trabajador al trabajo encomendado, la cual puede consistir en una realización defectuosa de sus cometidos, en una disminución cuantitativa del rendimiento en promedio con otros trabajadores de idéntica o equivalente cualificación en la misma situación de prueba, en la falta de habilidad para el trabajo, en la imposibilidad prolongada de prestación de servicios imputable exclusivamente al trabajador, o en faltas de asistencia o puntualidad injustificadas, siendo necesario, además, que haya transcurrido un tiempo mínimo y prudencial para que la Administración tenga suficientes elementos de juicio, sin precipitación o ligereza, no en vano el trabajador ha pasado el tamiz inicial de las pertinentes técnicas de selección de personal. No obstante estas cautelas, el período de prueba somete el vínculo laboral a una condición resolutoria implícita, que hace al trabajador vulnerable en cuanto a su dedicación a la prestación laboral. ■

---

121. STSJ, Social, Madrid, 28 diciembre 2007.

122. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Contratación", en CARDENAL CARRO, M. (dir.), *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 311.

35<sub>QDL</sub>

**Ponencias, crónicas y notas**





---

## El derecho a la ciudad\*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat  
Magistrado del Tribunal Supremo\*\*

1. El derecho a la ciudad: ¿un derecho simbólico?
2. De la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint-Denis, 2000) a la Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad (Florencia, 2011)
3. El derecho a la ciudad en un mundo globalizado
4. La fortaleza de la ciudad como fórmula convivencial e inclusiva de la vida democrática colectiva

### Resumen

El derecho a la ciudad se reconoce como un derecho humano emergente, que trata de fortalecer el estatuto de ciudadanía del que son titulares todos sus habitantes. La ciudad constituye una comunidad política integrada por ciudadanas y ciudadanos libres e iguales que aspiran a desarrollar su vida colectiva unidos fraternalmente por vínculos de solidaridad. La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad y la Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad, son instrumentos de reivindicación e implementación de políticas públicas inclusivas, destinadas a garantizar la convivencia democrática de los residentes de una ciudad en condiciones acordes con la dignidad humana.

Palabras clave: *ciudad; democracia local; derechos humanos de proximidad; políticas públicas contra los apartheids.*

### *The right to a city*

#### **Abstract**

*The right to a city is being recognized as an emerging human right to all its citizens and its aim is to strength the status of the citizenship. The city constitutes a political community that is integrated by free and equal citizens, which aspire to develop their collective life all together, fraternally and with solidarity. The European Charter for the Safeguarding of Human Rights in the City and the Global-Charter Agenda for Human Rights in the City are tools for recognizing and implementing inclusive public policies aimed to guarantee democratic coexistence between citizens of a city according to human dignity.*

Keywords: *city; local democracy; proximity human rights; public policies against apartheids.*

---

*Artículo recibido el 26/12/2013; aceptado el 20/05/2014.*

\* Texto preparatorio de la alocución pronunciada el 12 de diciembre de 2012 en el Stade de France de Saint-Denis, en el marco del I Encuentro mundial de ciudades por el derecho a la ciudad.

\*\* Fue presidente de la Comisión Científica que redactó la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, proclamada en la ciudad de Saint-Denis el 18 de mayo de 2000.

## 1. El derecho a la ciudad: ¿un derecho simbólico?

El derecho a la ciudad se configura como un derecho humano emergente que, extendiendo y complementando el catálogo de derechos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, determina el reconocimiento de un revalorizado estatuto de ciudadanía, derivado de la consideración de la ciudad como espacio público colectivo que garantiza a todos sus habitantes el goce más amplio de los derechos políticos, económicos, sociales, culturales y medioambientales<sup>1</sup>.

El derecho a la ciudad, que se fundamenta, desde la perspectiva de su significación ideológica, en el redescubrimiento de la ciudad como ámbito espacial de convivencia democrática y diversidad, es proclamado y reconocido para asegurar la materialización y realización de la libertad y la igualdad.

El derecho a la ciudad es la expresión de un derecho colectivo que aspira a recomponer la ciudad, a reconstruir este privilegiado espacio de socialización, a definir los procesos de urbanización en parámetros no mercantilistas, desde los postulados que informan la noción de los derechos humanos.

El derecho a la ciudad se caracteriza como un derecho democrático, que promueve la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones del Gobierno local; como un derecho de resistencia contra las políticas municipales antisociales, segregadoras, excluyentes o discriminatorias; como un derecho de disidencia, que alienta el surgimiento de movimientos políticos y sociales alternativos; y como un derecho de liberación, en cuanto estimula la lucha por la dignidad humana a favor de los desposeídos.

La ciudad se concibe como el marco institucional de ejercicio de la libertad y de consecución de la democracia más cercano a los ciudadanos.

La ciudad es, ante todo, una comunidad de ciudadanos libres e iguales, que desarrollan su vida colectiva unidos fraternalmente por deberes recíprocos de solidaridad.

Los habitantes, residentes de una ciudad determinada, integran la “comunidad política local”, que adopta fórmulas democráticas de gobierno, legitimadas por su gestión comprometida con el respeto a los valores fundamentales de dignidad humana, tolerancia, ética social y justicia.

La ciudad es, en este sentido, el escenario “natural” de emancipación de los seres humanos, de reivindicación y conquista de los derechos humanos.

La ciudad es a la vez un espacio de aprendizaje de derechos y un ámbito de aplicación y concreción de los derechos de ciudadanía, de afirmación de los derechos de participación política.

La formulación del derecho a la ciudad se corresponde con la noción de “derechos humanos de proximidad”, que engloba las libertades urbanas, identificadas como los derechos y libertades cuya realización tiene virtualidad en el ámbito específico territorial local<sup>2</sup>.

La configuración dogmática de los derechos humanos de proximidad, se fundamenta en la idea de que la profundización de la democracia local requiere la elaboración y aplicación por los Gobiernos locales de políticas públicas efectivas de promoción y defensa de los derechos humanos, en el ámbito espacial de las ciudades.

La exigibilidad de implementar una acción de gobierno comprometida con la protección de los derechos humanos de todos los habitantes de la ciudad, constituye un paradigma axiológico de la gobernanza local, que da expresividad a la idea de territorialización de la democracia.

El derecho a la ciudad garantiza un complejo haz de derechos civiles y políticos, que configuran un estatuto de “ciudadanía local”, tendente a promover y fomentar la participación política de todos los habitantes del municipio en la gestión de los asuntos públicos que conciernen a la colectividad local.

Los ciudadanos tienen reconocido en sus Constituciones nacionales el derecho a participar en la vida política local mediante la elección de sus representantes, que integran el Gobierno municipal. Pero el derecho a

1. Sobre el derecho a la ciudad, *vid.* BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “Derechos humanos de proximidad y democracia local: El significado de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la ciudad”, en *16 ensayos sobre democracia, justicia y derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 273 y ss. Disponible en <http://www.eljusticiadearagon.com/documentos/N49Ensayos.pdf>. *Vid.*, asimismo, VIANA GARCÉS, Andréa, “El derecho a la ciudad: Diagnóstico de un derecho emergente”, y PONCE SOLÉ, Juli, “Derecho a la ciudad y desarrollo local”, en la Conferencia Internacional *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Universidad de Alcalá, junio de 2011.

2. Sobre la noción de libertades urbanas, *vid.* BORJA, Jordi, *La ciudad conquistada*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

la ciudad comporta la extensión de este derecho de participación política, al imponer el reconocimiento de la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a todas aquellas personas mayores de edad no nacionales que cumplan determinadas condiciones de residencia en la ciudad.

La centralidad del principio representativo y del sufragio universal, como presupuestos de la democracia local y como base de legitimidad del Gobierno local, resulta plenamente compatible con el reconocimiento del derecho de los ciudadanos, y de las asociaciones vecinales y grupos o colectivos en que se integran, a participar en los procedimientos de toma de decisiones del ayuntamiento.

El derecho a la ciudad promueve la institucionalización de mecanismos de participación ciudadana que favorezcan el diálogo permanente, leal y responsable entre los representantes políticos municipales y la ciudadanía, que permitan corregir la devaluación de la democracia local<sup>3</sup>.

El derecho a interpelar a las autoridades locales, el derecho a formular peticiones y a presentar mociones a la corporación local, y el derecho a ser informados y consultados respecto de los asuntos de interés público que conforman la actividad municipal, constituyen elementos básicos de participación ciudadana y de control democrático del Gobierno local, que evitan el distanciamiento de los vecinos de los asuntos públicos.

El derecho a la ciudad compromete también el reconocimiento de un complejo elenco de derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales.

Las ciudades se reconocen como institución de solidaridad, en la medida en que los Gobiernos locales asumen la responsabilidad política de promover la integración y la inclusión social, y de combatir la segregación, impulsando políticas que persigan reducir de forma efectiva las desigualdades<sup>4</sup>.

El Gobierno local es un poder público u organización pública constituido para proveer el bien público de la solidaridad. El Gobierno de la ciudad debe asegurar y garantizar a todos sus residentes, sin excepción, el derecho general de acceder a los servicios públicos de protección social.

La ciudad se identifica como “manto protector” del Estado de Bienestar, en cuanto debe formular y ejecutar políticas sociales consecuentes con el valor de la dignidad humana, destinadas a los ciudadanos y colectivos más desfavorecidos y vulnerables.

El derecho a un desarrollo urbanístico sostenible de la ciudad se comprende en la formulación del derecho a la ciudad de forma esencial, en cuanto es determinante de las condiciones estructurales de habitabilidad del territorio municipal.

La ciudad, desde esta perspectiva de ordenación y regulación de su ámbito territorial, es gestión racionalizadora del espacio público ciudadano, que requiere la aplicación de políticas transformadoras que favorezcan la integración social de sus habitantes.

La urbanización de la ciudad, que constituye un elemento básico del desarrollo local, debe ser acorde con los fundamentos que sustentan el derecho a la ciudad, de modo que debe promover la construcción y conservación de los espacios públicos colectivos con el objetivo de favorecer la redistribución social.

El derecho a la ciudad medioambientalmente sostenible implica que las autoridades locales se comprometen a adoptar medidas adecuadas que preserven la calidad de los elementos ambientales que condicionan la vida de sus habitantes, que permitan excluir cualquier tipo o clase de contaminación que comprometa la salud o el bienestar colectivo.

La “ciudad ecológica” se sustenta en una concepción equilibrada del desarrollo socioeconómico del medio urbano, que preserve los valores medioambientales relativos al aire, el agua, el paisaje, los espacios verdes, los parques y jardines, y los bienes del patrimonio cultural.

El derecho a la ciudad garantiza el derecho a acceder a una vivienda digna como un elemento fundamental de las políticas de integración y cohesión social, cuya ejecución corresponde a los Gobiernos locales.

La ciudad se presenta como un conjunto de residencias, de albergues o alojamientos públicos o privados a los que los ciudadanos pueden acceder de forma asequible con la finalidad de desarrollar su vida privada y familiar.

3. Sobre el desarrollo institucional de los instrumentos de participación de los ciudadanos en la vida pública, *vid.* DOMÍNGUEZ VILA, Antonio, “Democracia real o democracia representativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, octubre 2012, pp. 74 y ss.

4. La necesidad de impulsar políticas que combatan el fenómeno “de la ciudad dual” que surge en las grandes urbes metropolitanas, y promuevan la inclusión social, es puesta de manifiesto por BORJA, Jordi y CASTELLS, Manuel, *Local y global – La gestión de las ciudades en la era de la información*, Taurus, Madrid, 1997, pp. 59 y ss.

El derecho al trabajo, a un empleo digno, no puede considerarse como un derecho social desvinculado del ámbito de competencias del Gobierno local, porque las ciudades no son ajenas a las políticas de incentivación del empleo y de lucha contra el paro que pueden adoptar las autoridades estatales.

El derecho a la ciudad exige de las autoridades locales, en colaboración con las autoridades estatales, la adopción de estrategias públicas contra la segregación urbana, producida por prácticas discriminatorias que rigen en el mercado inmobiliario y que favorecen el *apartheid* urbano, con el objetivo de impedir en nuestras urbes la formación de guetos por razones étnicas, económicas, sociales o culturales.

El derecho a la ciudad no es solo un derecho entrañable, desde el punto de vista de su formulación, en cuanto pretende regular las relaciones sociales y la convivencia ciudadana en el ámbito urbano desde la adhesión y el respeto a los valores inderogables que identifican a nuestra civilización -dignidad, libertad, igualdad y no discriminación-.

El derecho a la ciudad no se configura como un mero derecho programático, orientador de la política local, porque es un derecho con fuerza jurídicamente vinculante para el Gobierno local, que, en un Estado constituido como Estado social, asume la responsabilidad pública de revocar aquellos obstáculos que dificulten la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de la comunidad local<sup>5</sup>.

Las legislaciones de numerosos Estados democráticos ponen a disposición de los ciudadanos un conjunto de acciones que, amparadas en el reconocimiento del derecho a la ciudad, pueden ser ejecutadas ante los tribunales de justicia contra aquellas decisiones de las autoridades locales que lesionen los derechos políticos, económicos, sociales y ambientales.

El derecho a la ciudad no se describe como un derecho desagregado o fragmentado en un complejo elenco de derechos sociales de carácter autonómico o independiente, porque se sustenta en una concepción unitaria como corresponde a su consideración de derecho humano, cuya protección se garantiza de forma integral e indivisible<sup>6</sup>.

## 2. De la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint-Denis, 2000) a la Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad (Florencia, 2011)

El derecho a la ciudad emerge en los albores de este siglo XXI, en el marco de un movimiento político y social integrado por ciudades y ciudadanos que reivindicaban el protagonismo institucional de las colectividades locales en la defensa de los derechos humanos<sup>7</sup>.

La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (CEDHC), suscrita el 18 de mayo de 2000, en la ciudad de Saint-Denis, y ratificada en la actualidad por más de 400 ciudades europeas, constituye, prevalentemente, un documento de carácter político y con vocación normativa en que se plasma el compromiso de los Gobiernos locales signatarios de promover un sistema eficiente de protección de los derechos humanos a nivel del municipio, mediante el reconocimiento de un complejo catálogo de derechos individuales y colectivos, cuya aplicación contribuye a asegurar la realización política, económica, social, ecológica y cultural, sin discriminación, de todos sus habitantes<sup>8</sup>.

La CEDHC nace con la finalidad específica de proyectar en el ámbito espacial de la ciudad el lenguaje

5. Un análisis crítico de la concepción de los derechos humanos, sociales y económicos como derechos programáticos, en POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 93 y ss.

6. André Viana Garcés ha puesto de relieve que el derecho a la ciudad se garantiza como un bloque sistemático, y no como una suma de componentes que admiten protección dispersa y en el grado en que el operador jurídico considera oportuno o conveniente de acuerdo con criterios ajenos al propio derecho (*opus cit.* nota 1, p. 110).

7. La idea de considerar y caracterizar el derecho a la ciudad como un nuevo derecho humano emergente, y de codificar en una Carta el complejo haz de derechos que se engloban en el derecho a la ciudad, con el objetivo de que los Gobiernos locales asumieran un mayor protagonismo en la protección y salvaguarda de los derechos humanos, fue propuesta por el autor de este artículo, José Manuel Bandrés, designado coordinador científico de la Conferencia Europea de Ciudades por los Derechos Humanos que se celebró en Barcelona los días 15 y 16 de octubre de 1998, con ocasión de la conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. *Vid.* Memoria Conferencia Europea de Ciudades por los Derechos Humanos, Ayuntamiento de Barcelona - Fundación ONCE, Barcelona, 2000.

8. La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, fue elaborada por un Comité Científico presidido por José Manuel Bandrés e integrado por Monique Chemillier-Gendreau, catedrática de Derecho Internacional de

universal de los derechos humanos, el lenguaje de “ciudadanía”. La CEDHC surge con el propósito rector de introducir e irradiar en los hábitats urbanos el discurso emancipador y reivindicativo de los derechos humanos.

La CEDHC, en cuanto que texto que codifica y confiere densidad normativa a alguno de los derechos políticos y económicos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos y Sociales y de Derechos Civiles y Políticos, y reconoce su titularidad a favor de todos los habitantes de la ciudad, constituye el punto de partida de las acciones del Gobierno local vertebradoras de la ciudad.

La ambición de la CEDHC es dar coherencia y valor democrático a las políticas sectoriales municipales, porque la “governabilidad de la ciudad” se vincula de forma inexorable a la observancia por el Gobierno local del mandato de respeto a los derechos humanos, que implica la reafirmación de las nociones de universalidad, interdependencia e indisociabilidad, de modo que el desarrollo y el progreso de la ciudad se anudan y se conforman con el desarrollo progresivo de los derechos humanos.

La CEDHC actualiza y complementa dos convenios adoptados por el Consejo de Europa, que configuran, respectivamente, el orden público de las libertades y el orden público institucional de los entes locales: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y la Carta Europea de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985.

La CEDHC establece la obligación de los poderes públicos locales de respetar los derechos humanos en ella enunciados, y de adoptar las medidas necesarias para asegurar el reconocimiento y la aplicación eficaz a todas las personas residentes en la colectividad local. La CEDHC tiene como fundamento la consideración de los entes locales como instituciones esenciales de un régimen democrático, dotadas de autonomía política y administrativa, e investidas de competencias para hacer efectivos los derechos democráticos, políticos, eco-

nómicos, sociales, culturales y medioambientales de los ciudadanos.

Las Conferencias de ciudades por los derechos humanos celebradas en Venecia (9 y 10 de diciembre de 2002, convocada con el eslogan “El aire de la ciudad nos hace libres”), Núremberg (9 y 10 de diciembre de 2004, “Cómo implementar los derechos humanos en la ciudad”), Lyon (11 y 12 de diciembre de 2006), Ginebra (8 y 9 de diciembre de 2008, “Derechos humanos: las ciudades se comprometen concretamente”) y Tuzla (7 a 9 de octubre de 2010), siguiendo la estela de las Conferencias de Barcelona (1998) y de Saint-Denis (18 y 19 de mayo de 2000), han permitido consolidar una alianza estable e informal de ciudades por los derechos humanos, que ha propiciado el intercambio de iniciativas, experiencias y programas desarrollados para aplicar la CEDHC, y ha contribuido a crear una plataforma ideológica en favor de los derechos humanos y de combate contra la intolerancia, la xenofobia, el racismo, la desigualdad social y la pobreza<sup>9</sup>.

La Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad, adoptada por Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU) en la ciudad de Florencia, el 11 de diciembre de 2011, tiene como objetivo básico impulsar las políticas locales de promoción y consolidación de los derechos humanos, partiendo de la idea esencial de que los habitantes que residen en ciudades, con carácter permanente o no, son considerados “ciudadanos y ciudadanas” dotados de dignidad y de un estatus político que prohíbe cualquier clase de discriminación.

La Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad (CAMDHC) se articula en la formulación de un complejo haz de derechos y en la configuración de los programas o acciones exigibles para llevar a cabo su aplicación.

En la CAMDHC se reconocen expresamente el derecho a la ciudad, el derecho a la democracia participativa, el derecho a la paz cívica y a la seguridad, el derecho a la igualdad de mujeres y hombres, el derecho a la igualdad de niñas y niños, el derecho a servicios básicos de proximidad, la libertad de conciencia, religión, opinión e

---

la Universidad de París, Asbjorn Eide, presidente del Instituto de Derechos Humanos de Noruega, Lorenzo Martín-Retortillo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Patrice Meyer-Bisch, presidente del Instituto de Derechos Humanos de Friburgo, Giovanni Pitruzzella, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Palermo, Madeleine Reberiooux, presidenta de la Liga Francesa de Derechos Humanos, y Jaume Saura, profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Barcelona y director adjunto del IDHC.

9. Vid. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “La Carta Europea de Salvaguarda dels Drets Humans a la Ciutat: perspectives i reptes. ‘Més drets per a més ciutadans’”, *Barcelona Societat*, núm. 18, 2010, pp. 17-22.

información, los derechos de reunión, asociación y sindicación, derechos culturales, el derecho a la vivienda y al domicilio, el derecho al agua potable y a la alimentación, y el derecho al desarrollo urbano sostenible.

La CAMDHC se inspira en los postulados de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint-Denis, 2000), la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad (Porto Alegre, 2001), la Carta de Derechos y Responsabilidades de Montreal (2006), la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad (México, 2010), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (Barcelona-Monterrey, 2007).

La CAMDHC compromete a los Gobiernos locales a impulsar acciones de muy diferente signo, que incentiven la efectividad de los derechos humanos proclamados, que suponen la determinación de unos estándares mínimos de protección del derecho garantizado. Sirvan de ilustración a esta apelación a la responsabilidad de los Gobiernos locales de favorecer el ejercicio de derechos sociales básicos, las propuestas que se formalicen respecto del derecho a la vivienda y el domicilio:

“A corto-plazo

“a) Evaluación de las necesidades de alojamiento en función del perfil de la población de la ciudad y creación o refuerzo de un servicio municipal de apreciación de dichas necesidades.

“b) Evaluación de la situación de los asentamientos informales, en la ciudad y diálogo con sus actores para asegurar sus posesiones y estatus y mejorar sus condiciones de vida.

“c) Suspensión inmediata de los desalojos que no cuenten con todas las garantías procesales, respeten el principio de proporcionalidad y prevean una compensación justa, especialmente para los asentamientos informales; así como establecimiento de un sistema de protección y alojamiento alternativo para las personas que son desalojadas.

“d) Incremento de suelo público a través de un desarrollo urbano, planeamiento y distribución por zonas bien planificado y con participación ciudadana a favor de la población de baja renta.

“e) Establecimiento de un servicio especializado para migrantes con la voluntad de integrar y colaborar

con las asociaciones de migrantes en los procesos de negociación y gestión de las políticas y servicios locales relativos a vivienda y domicilio.

“f) Observación atenta de las necesidades de las personas de paso y otras poblaciones nómadas en el ámbito de la vivienda.

“g) Adopción de un plan de construcción de vivienda pública o protegida, accesible para las personas de baja renta, así como de provisión de refugios dignos para las personas sin hogar”.

### 3. El derecho a la ciudad en un mundo globalizado

Las ciudades, que conforman el espacio vital de nuestro planeta, donde cada vez residimos más personas, no pueden permanecer impasibles ante los desafíos que representa la globalización, porque son decisivas en la adopción y aplicación de políticas que tratan de recomponer este mundo fragmentado.

En un mundo globalizado e interdependiente, desde la perspectiva política, económica, social y medioambiental, las ciudades emergen asumiendo nuevas funciones y responsabilidades que trascienden de la esfera local, convirtiéndose en actores políticos estratégicos de la gobernanza de la mundialización.

Las ciudades se interrelacionan entre sí forjando alianzas cooperativas en los distintos ámbitos de su actividad, que se proyectan impulsando y consolidando “redes de ciudades” que, por defender intereses comunes, actúan como si se tratara de una “sola ciudad global”<sup>10</sup>.

Las ciudades irrumpen en la escena mundial aportando un modelo social de convivencia democrática, que descansa en la fuerza institucional de los derechos humanos como imperativo local y como imperativo global.

Las ciudades asumen la responsabilidad de coorganizar el “espacio planetario”, por lo que deben adoptar estrategias que respeten los bienes colectivos universales ligados a la conservación de la naturaleza, que eviten la urbanización salvaje y especulativa del territorio, como propugnaba Henri Lefebvre<sup>11</sup>.

10. Sobre la globalización y los retos de la buena gobernanza, *vid.* BERGGRUEN, Nicolas y GARDENS, Nathan, *Gobernanza inteligente para el siglo XXI*, Taurus, Madrid, 2012.

11. Sobre la exigencia de organización del espacio planetario y las responsabilidades de los Gobiernos locales de adoptar medidas y estrategias de desarrollo urbanístico que respeten la naturaleza, *vid.* LEFEBVRE, Henri, *Tiempos equívocos*, Kairós, Barcelona, 1976, pp. 221 y ss.

Las ciudades se comprometen con la Declaración del Milenio, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 8 de septiembre de 2000, que promueve que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del planeta y sea plenamente inclusiva y equitativa.

Por ello, las ciudades, como fuerzas activas de la globalización humanista, junto a los Estados, de los que forman parte, asumen la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, comprometiéndose a intensificar esfuerzos solidarios en pos de la democracia, la libertad y el desarrollo sostenible de nuestro entorno.

El derecho a la ciudad asume esta vocación transnacional e internacionalista en la medida en que constituye una respuesta de las ciudades a los retos y desafíos de la globalización, en aras de alcanzar “un orden global” equilibrado, mas justo y solidario.

El derecho a la ciudad se sanciona con el decidido propósito de poner de relieve que el orden civilizatorio global se construye con el trascendente y decisivo concurso de los Gobiernos locales, que promueven políticas de desarrollo institucional de los derechos humanos.

#### **4. La fortaleza de la ciudad como fórmula convivencial e inclusiva de la vida democrática colectiva**

La fortaleza de la ciudad reside en la capacidad movilizadora de sus habitantes para la creación, en el ámbito municipal, de condiciones de vida colectiva acordes con el respeto a la dignidad humana.

Las ciudades se significan y se redescubren como instituciones al servicio de la vertebración y el desarrollo de la democracia real, y como organizaciones colectivas que promueven la igualdad de derechos y la justicia social, porque participación política e inclusión social son los dos postulados esenciales que fundamentan la gobernanza local y que legitiman el poder local.

Las ciudades deben identificarse por su pasión por la libertad, por depositar sus esperanzas en el respeto a los derechos humanos como signo civilizatorio, que exige de los ciudadanos y de los Gobiernos locales ofrecer respuestas a los desafíos de la solidaridad en estos tiempos equívocos de desconcierto global.

Un planeta integrado por ciudades solidarias, comprometidas con el devenir de los seres humanos como personas libres e iguales en dignidad y derechos, constituye uno de los retos de este milenio para cuya consecución debemos trabajar.

El alma de la ciudad, la esencia democrática de la ciudad, se evidencia, como expresa el artículo I de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, en su ambición, en su convicción, en su aspiración, en su potencialidad de afrontar procesos de transformación de la convivencia social en el ámbito de nuestras urbes y metrópolis, en aras de alcanzar la realización de la libertad, la igualdad y la justicia, que permita desterrar, definitivamente, las desigualdades y las discriminaciones ilegítimas que atentan contra el futuro común de nuestra humanidad. ■

---

# El control de la legalidad por el concejal disidente

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter estatal

1. Introducción
2. Interposición de recurso por concejales disidentes
3. Tutela judicial efectiva e impugnación contencioso-administrativa
4. La participación en asuntos públicos y el cargo representativo
5. La legitimación para recurrir del concejal disidente y su estatuto jurídico
6. El grupo político y el concejal disidente
7. El cómputo del plazo para recurrir por los concejales disidentes
8. Conclusión

## Resumen

Nuestro Estado de derecho encuentra uno de sus pilares en el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, para cuya realización se habilitan diversos mecanismos de control. Entre ellos, en el presente trabajo se analizará la posibilidad que se habilita a los concejales y diputados para velar por el correcto funcionamiento de la Administración local en la que ostentan un cargo representativo, con un requisito determinante como es el voto en contra del acto que impugnan, y sin perjuicio de la interpretación amplia que para este tipo de control se reconoce a dicha legitimación por el Tribunal Constitucional desde la STC núm. 173/2004, de 18 de octubre, por la presencia en esta actuación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: control; concejales; legitimación; voto en contra.

## *The review of legality by dissenting councilmembers*

### **Abstract**

*One of the basic pillars of the rule of law is that the Public Administration is subject to the law and, therefore, several mechanisms are available to assure the respect of this principle. Among them, this article analyses the possibility of councilmembers and members of intermediate local governments to watch over the proper functioning of their local Administrations through a relevant mechanism that is to vote against the act that they challenge. This article also takes into account the extensive interpretation carried out by the judgment n°173/2004, of 18 of October, of the Spanish Constitutional Court regarding this mechanism of control because of the involvement of the right to a fair trial.*

Keywords: control; councilmembers; standing; vote against.

---

Artículo recibido el 11/11/2013; aceptado el 02/06/2014.

## 1. Introducción

La base de nuestro Estado de derecho es el respeto al principio de legalidad, de manera que el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos al mismo (STC 101/1983) sea, según la profesora Beladiez Rojo<sup>1</sup>, uno de los contenidos del principio de legalidad, cuyo respaldo constitucional se encuentra no solo en que su significación esté pacíficamente aceptada y constituya, desde su formulación, uno de los contenidos que han integrado este principio, sino en que además esta concreta significación ha encontrado una consagración expresa en los artículos 9.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución (en adelante CE). Preceptos que, a su vez, constituyen concreciones del más genérico principio del Estado de derecho que reconoce el artículo 1.1 CE. A lo que añadir que si es un principio clave en una democracia el de la transparencia, el mismo se constituye tanto en premisa como en condición para la efectividad de la participación ciudadana, y en garante de la existencia de la función de control, que según Herro de Miñón<sup>2</sup> es esencia del constitucionalismo, ya que según este autor solo el poder frena al poder.

A partir de las previsiones constitucionales de los artículos 103 y 106 CE, que imponen el sometimiento pleno de la Administración, como dice el artículo 103, a la ley y al derecho, y que la Administración pueda ser controlada jurídicamente por los jueces y tribunales en lo que se refiere a su sometimiento a los fines que la justifican, se convierte esta cuestión, como señala el profesor Rodríguez-Arana<sup>3</sup>, en elemento central, por cuanto el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican no quiere decir, ni mucho menos, que dicho poder pueda hacer un juicio genérico acerca de tal sometimiento. Más bien, lo que el precepto quiere decir es que las técnicas jurídicas de control de la discrecionalidad, cuya máxima expresión es la determinación del interés general, deben proyectarse acerca de si la Administración opera bajo el imperio del inte-

rés general concreto que preside esa actuación. Principios constitucionales del artículo 103 que llevan al profesor Carro Fernández-Valmayor<sup>4</sup> a delimitar la íntima relación existente entre los principios constitucionales de objetividad e imparcialidad, en la que este último aparece como el presupuesto necesario del primero.

## 2. Interposición de recurso por concejales disidentes

El hecho de saber que el régimen de impugnación previsto en el capítulo III del título V de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL) no atenta contra la autonomía local<sup>5</sup>, lleva a que Corral García<sup>6</sup> especifique que, a diferencia de la previsión del artículo 9 de la derogada Ley 40/1981, de 28 de octubre, por la que se aprobaban determinadas medidas sobre el régimen jurídico de las corporaciones locales, que exigía que los miembros no hubieran votado favorablemente el acuerdo objeto de impugnación, los actuales artículos 63.1.b) LRBRL y 209.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF 2568/86), exigen como requisito el voto en contra del acuerdo que se impugna, de manera que se restringe la legitimación en sede jurisdiccional, no siendo suficiente el voto en blanco o la abstención, como veremos. Ahora bien, tras una cierta evolución jurisprudencial, el criterio actual es el que sentó la STC 173/2004, de 18 de octubre, que reconoció legitimación especial para impugnar actos y acuerdos locales a los concejales que, por no formar parte de los órganos que adoptaron estos acuerdos, no pudieron votar en contra de los mismos. Además, siguiendo el contenido del artículo 109.1.h) ROF 2568/86, que establece: "1. De cada sesión el Secretario extenderá acta en la que habrá de constar: [...] h)

1. BELADIEZ ROJO, M., "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, p. 320.

2. HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003, pp. 61-69.

3. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, núm. 14, 2010, p. 686.

4. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010, p. 17.

5. SSTS de 2, 4 y 30 de octubre de 1999.

6. CORRAL GARCÍA, E., *El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: sus sesiones*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 467.

Votaciones que se verifiquen y en el caso de las nominales el sentido en que cada miembro emita su voto. En las votaciones ordinarias se hará constar el número de votos afirmativos, de los negativos y de las abstenciones. Se hará constar nominalmente el sentido del voto cuando así lo pidan los interesados”<sup>7</sup>, el miembro corporativo con intención de ejercer el derecho de impugnación, vía artículo 63.1.b) LRBRL, que establece: “1. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: [...] b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”, podrá hacer uso del derecho que le reconoce este precepto para que quede constancia nominal en el acta de la sesión del sentido de su voto. Ahora bien, si en materia de votaciones el artículo 101 ROF 2568/86 dispone: “Las votaciones pueden ser ordinarias, nominales y secretas. Son nominales aquellas votaciones que se realizan mediante llamamiento por orden alfabético de apellidos y siempre en último lugar el Presidente y en la que cada miembro de la Corporación, al ser llamado, responde en voz alta ‘sí’, ‘no’ o ‘me abstengo’”, de deber aplicarse escuetamente esta regla se crearían dificultades para determinar el sentido del voto, en ciertos supuestos en los que es necesario conocerlo a la luz del contenido de los artículos 63.1.b) y 78.2 LRBRL, al reconocer que “son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente”. Dificultades que encontraríamos para probar el voto contrario en el primer caso y favorable en el segundo de no saberse el sentido del voto en el acta; y el intentar remediarlo con la referencia del artículo 109.1.h) ROF 2568/86 no parece suficiente si el representante no sabe o no considera necesaria tal petición y las votaciones se agrupan por grupos políticos. A lo que añadir que la exigencia de la constancia de los acuerdos en el acta, de la que es responsable el secretario de la corporación [artículo 2.c) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico

de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional], no impide (SSTS de 5 de julio de 1935, 14 de febrero de 1952 y 26 de junio de 1965) admitir como existentes -apuntaba Ballesteros Fernández<sup>8</sup>- acuerdos municipales no documentados en el libro de actas, cuando su contenido se demuestre suficientemente.

### 3. Tutela judicial efectiva e impugnación contencioso-administrativa

En el artículo 24 CE se reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en estos términos: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Además, la actuación de los poderes públicos está sujeta al ordenamiento jurídico guiándose por el principio de objetividad (artículo 9.3 CE), que viene referida a la actuación de la organización administrativa en cuanto tal, en la que se debe dar siempre una ponderación de los intereses en juego, mientras que la imparcialidad habría de predicarse de la actuación personal de los servidores públicos, a los que estaría vedado el llevar a cabo preferencias indebidas o discriminatorias, lo que en relación con el contenido del artículo 24 CE habilitó a Fernández Pastrana<sup>9</sup> a considerar que quedaba al arbitrio judicial determinar cuándo, según la naturaleza del caso y de la sanción, resultaba afectado el derecho fundamental del artículo 24 CE.

7. *Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales*, 3.ª edición, La Ley-Actualidad - El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2005, p. 758.

8. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración Local*, 5.ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 292; y DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 1412-1430.

9. FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., “La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 120, septiembre-diciembre 1989, p. 283.

Hay asimismo que señalar que dispone el artículo 117.3 CE que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, de manera que será una cuestión de competencia de los órganos judiciales según este precepto, por ser de legalidad ordinaria, analizar y determinar cuándo concurre ese interés, y por tanto si existe legitimación activa en sede contencioso-administrativa (SSTC 47/1988, de 21 de marzo, 93/1990, de 23 de mayo, 143/1994, de 9 de mayo, y 252/2000, de 30 de octubre). Así, en materia de legitimación en sede contencioso-administrativa, tenemos que hacer referencia tanto a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), como a la LRBRL. En cuanto a la primera, en su artículo 19.1 reconoce: “Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo. [...] e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales”. A lo que añadir que, según el artículo 209.2 ROF 2568/86: “Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”. Por tanto, *a sensu contrario*, no podrá recurrirse -asevera Cano Mata<sup>10</sup>- un acuerdo municipal del alcalde por él dictado.

Resulta, pues, preciso ser miembro del órgano que adoptó el acuerdo impugnado para poder votar en contra del mismo, según criterio jurisprudencial (SSTS de 23 de febrero de 1989 y 16 de diciembre de 1999) donde se afirmó la legitimación de varios concejales por vía del artículo 63.1.b) LRBRL, una legitimación de carácter excepcional que no puede extenderse a quienes no eran miembros de la comisión municipal de go-

bierno (junta de gobierno local actual), ni siquiera concejales en ese momento. Estamos, así, ante una legitimación de la que son titulares los miembros de la corporación *ex lege*, en virtud de su mandato de naturaleza representativa, y no, según la STC 173/2004, de 18 de octubre, ante una legitimación fundada en un interés abstracto en la legalidad, y que además responde al obligado interés de ese concejal en el correcto y ajustado a derecho funcionamiento de la corporación a la que pertenece. En términos generales, por tanto, si un miembro de la corporación local estuvo ausente y en consecuencia no pudo votar en contra, no podrá impugnar por falta de legitimación; sin embargo, hay que realizar una interpretación del caso a la luz de la STC 173/2004, de 18 de octubre, que resolvió un recurso de amparo contra la negativa a reconocer legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa un acuerdo municipal a un concejal que, por no formar parte del órgano municipal que lo adoptó, no pudo votar en contra del mismo, reconociéndole legitimación como titular de una legitimación *ex lege* amplia, en base a una reinterpretación de los artículos 23 y 24 CE en relación con el artículo 63 LRBRL.

Además, a efectos de la votación, la trascendencia del acto de votar la refleja el artículo 22.2 ROF 2568/86, al reconocer que “de los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones Locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente”, relacionado con el genérico artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al reconocer que “en cada órgano colegiado corresponde a sus miembros: Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican”. Así, si -como hemos señalado- la legitimación es cuestión de legalidad ordinaria, los tribunales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, prohibiéndose la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad

10. CANO MATA, A., “Impugnación de acuerdos de las entidades locales por los propios miembros de la corporación que no hubieran votado favorablemente”, *Revista de Estudios de la Vida Local* (REVL), núm. 223, 1984, p. 285.

del derecho a la tutela judicial efectiva, o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, 188/2003, de 27 de octubre, 3/2004, de 14 de enero, y 112/2004, de 12 de julio). Derecho de configuración legal en el que no resulta aplicable con la misma intensidad el principio *pro actione*, por lo que la inadmisión de los recursos de forma motivada, en base a la aplicación de una causa legal y la interpretación de las normas procesales que la regulan, constituye una función jurisdiccional de exclusiva competencia de los jueces y tribunales (SSTC 105/2006, de 3 de abril, 265/2006, de 11 de septiembre, 22/2007, de 12 de febrero, 246/2007, de 10 de diciembre, y 27/2009, de 26 de enero).

La actividad municipal de los concejales, pues, encuentra reconocimiento normativo en estas previsiones, sabiéndose que es al número de concejales presentes a lo que se atiende para computar el quórum exigible para la constitución del pleno, entendido no como acto constitutivo tras las elecciones, señala Lliset Borrell<sup>11</sup>, sino para la determinación, sesión por sesión, de que el órgano cuente con la asistencia de miembros suficientes para iniciar los debates y votaciones de los asuntos incluidos en el orden del día (artículo 90.1 ROF 2568/86: “Un tercio del número legal de miembros de la Corporación, que nunca podrá ser inferior a tres”); junto a las posibilidades de intervención individual de aquellos en los debates, los acuerdos se adoptarán con su voto favorable personal e indelegable (artículo 99.5 ROF 2568/86), como es también personal la responsabilidad de los concejales que hubieren votado favorablemente por los acuerdos de los órganos colegiados del ayuntamiento (artículos 78.2 LRRL y 22.2 ROF 2568/86). De esta responsabilidad que forma la voluntad de un órgano colegiado, la decisión adoptada representa la voluntad del órgano, y vincula a todos sus integrantes, aunque hubieran disentido de ella, si bien esta vinculación a la decisión mayoritaria no impide a los concejales que hubieran votado en contra de los actos adoptados su impugnación jurisdiccional, lo que indujo a la STS de 16 de mayo de 1994 a que no es en el concepto de interés directo que emplea el artículo

28.1.a) LJ de 1956 [actual artículo 19.1.a) LJCA] donde se puede encontrar el punto de conexión entre la cuestión de fondo planteada en un proceso y quien interviene en él como recurrente y que le atribuye la cualidad de parte legítima, sino en la específica previsión del artículo 63.1.b) LRRL, que, independientemente de quién la posea para impugnar los acuerdos de las corporaciones locales por tener interés directo en ello, se la concede individualmente a unas personas, los miembros de las corporaciones que hubieren votado en contra, que en otro caso no la tendrían.

En el supuesto de que a los concejales no adscritos se les impidiera votar en las comisiones informativas, aunque no asistir y participar en las deliberaciones, según la STC 169/2009, de 9 de julio, esta decisión provocará una lesión al derecho del artículo 23.2 CE, por cuanto se entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial.

En materia de legitimación, pues, aunque en principio todo administrado que goce de capacidad procesal en los términos del artículo 18 LJCA puede acudir a los tribunales del orden contencioso-administrativo, salvo en los casos de la acción popular –señalaba el profesor García de Enterría<sup>12</sup>–, para ser parte en un concreto proceso de esta clase necesita estar legitimado activamente, mediante una relación previa con el acto o disposición administrativa, con una actuación activa o pasiva de la Administración que haga legítima la presencia del sujeto en ese proceso donde impugna tal actuación o situación. A lo que sumar que, reconociéndose en la Constitución el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24.1, se debe admitir que este derecho permite diferenciar un triple contenido, desplegando sus efectos –según el profesor González Pérez<sup>13</sup>– en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Derecho a la tutela judicial efectiva que es derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio (STC 89/1985), con un núcleo que no significa

11. LLISSET BORRELL, F., *Manual de Derecho Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2001, p. 406.

12. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 11.ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 631.

13. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 59.

sino acceder a la jurisdicción (SSTC 27/1995, 223/2001, 73/2004, 237/2005, 119/2008 y 29/2010)<sup>14</sup>, que podrá ser satisfecho cuando la resolución sea de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal; en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de estas decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos (STC 203/2002, de 28 de octubre), dado que nos encontramos ante el control de resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción, y, por tanto, impositivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, supuesto en el que despliega su máxima eficacia el principio *pro actione* (STC 220/2003, de 15 de diciembre), exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad.

Si la legitimación en sentido estricto (*legitimatío ad causam*) -dice la STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2001- es el requisito de aptitud personal para intervenir en un proceso judicial, y presupone una relación especial entre un sujeto y el concreto objeto del litigio, la legitimación activa confiere al sujeto en cuestión, por razón de dicha relación, la aptitud necesaria para asumir la posición procesal de parte demandante en el juicio. Pues bien, desde este punto de vista, el artículo 20.a) LJCA veda la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo, aun cuando lo sea por la vía especial de la protección de los derechos fundamentales, ya que el artículo 114.1 LJCA remite a las reglas generales de la jurisdicción contencioso-administrativa lo expresamente no previsto en el proceso especial de derechos fundamentales y libertades públicas, a los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente. De manera que estamos ante una legitimación del artículo 63.1.b) LRBRL, que no es sino una

excepción a esta prohibición, que encuentra su explicación en que el miembro de un órgano colegiado no es un órgano de la Administración Pública en sentido propio, por cuanto no constituye un centro de imputación, sino un elemento personal de una de las unidades orgánicas en las que aquella se estructura (SSTS de 4 de junio de 1979 y 10 de mayo de 1983).

Ahora bien, dicha posibilidad de impugnación de los actos de las entidades locales en las que se integran ha de resolverse, por expresa remisión de la Ley Jurisdiccional, con arreglo a lo previsto en la citada legislación de régimen local, resultando precisamente ese voto en contra el que determina y habilita la legitimación activa necesaria para comparecer en juicio, impugnados los actos del órgano en el que se integra, y rota la eventual excepción de acto propio que podría oponerse.

#### 4. La participación en asuntos públicos y el cargo representativo

La Constitución reconoce el derecho a participar en asuntos públicos en su artículo 23.1, al establecer que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”, de manera que la legitimación del concejal, determinada como personalísima (STS de 24 de julio de 1995), se enlaza con que es el concejal quien es elegido para ejercitar el mandato representativo, y quien, siguiendo el artículo 23 CE<sup>15</sup>, participa en asuntos públicos -ya que quedó precisado por la STC 5/1983 que el cargo de concejal no pertenece al partido, sino a la persona-. Al concejal, pues, se dirige el mandato del artículo 73 LRBRL según STS de 16 de diciembre de 1999, para integrarse en grupos políticos a los efectos de la actuación corporativa (artículo 23.1 ROF 2568/86). A lo que podemos añadir -con la profesora Martín Sanz<sup>16</sup>- que los concejales son, así, titulares de un *ius in officium*, en cuanto con-

14. ALONSO GARCÍA, E., “El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1991, pp. 973-1026.

15. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Artículo 23”, en GARRIDO FALLA, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 511 y ss.

16. MARTÍN SANZ, V., “La organización municipal”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 1164.

junto de derechos concretos inherentes al desempeño de su misión constitucional (SSTC 32/1985, de 6 de marzo, y 161/1988, de 20 de septiembre), corroborándolo el supremo intérprete de la Constitución, para quien el derecho fundamental reconocido en el artículo 23 CE es un derecho de configuración legal, correspondiendo a la ley ordenar los derechos y facultades inherentes a los distintos cargos y funciones públicas, pasando aquellos, en virtud de su creación legal, a quedar integrados en el estatus propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares defender, al amparo del artículo 23.2 CE, ese *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido (STC 220/1991, de 25 noviembre), y así contribuir a verificar -como apunta el profesor Blanquer Criado<sup>17</sup>- que la actividad burocrática se ajusta al ordenamiento jurídico, sin perder de vista que autonomía y control en sede de los órganos colegiados no son -especifica el profesor Cosculluela Montaner<sup>18</sup>- incompatibles, pues la autonomía no implica soberanía, independencia (STC 4/1981, de 2 de febrero).

A este respecto interesa recordar que la jurisprudencia determinó que el presupuesto de la legitimación del artículo 63.1.b) LRRL, el voto en contra, no se tendrá por cumplido si el concejal o diputado no ha asistido a la sesión en la que el acto o acuerdo se hubiere adoptado o si simplemente se ha abstenido, sino que resulta necesaria su manifestación explícita e inequívoca de votar en contra (SSTS de 7 de noviembre de 1985 y 22 de octubre de 1992), partiendo del hecho de que el cargo de concejal pertenece a la persona titular del mismo, y no al partido, federación, coalición o agrupación por la que se presentó como candidato quien después fue elegido por los ciudadanos (STC 5/1983).

Una duda que la legitimación presenta para poder impugnar por la vía del artículo 63.1.b) LRRL, es si resulta necesario que los concejales conserven su condición hasta que concluya el proceso, o si basta con que lo sean en el momento de interponerlo. En definitiva, lo que planteamos es el alcance de la legitimación, partiendo del hecho de que los concejales que no forman parte del órgano municipal que resolvió puedan impugnar sus actos en virtud de las reglas generales sobre la legitimación (STS de 16 de diciembre de

1999). Así, aunque un concejal no llegara formalmente a emitir un voto en contra de los acuerdos que ha impugnado, si eso se debió a que fueron adoptados por la junta de gobierno local, de la que no formaba parte, hace que quepa atribuir a la reclamación que presentara contra el primero de ellos el valor de oposición que la ley exige para reconocer la legitimación de la que hablamos, resultando irrelevante, a los efectos que aquí importan, la posición que pueda mantener el grupo o la fuerza política a la que representaba el recurrente.

Se trata, pues, de uno de los elementos que se integran en el ámbito del derecho a acceder, a permanecer y a ejercer las atribuciones del cargo público representativo que reconoce el artículo 23.2 CE, que tiene su sentido en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, de manera que la protección de los derechos de estos sirve para hacer efectivos los de aquellos, llegando la STS de 1 de diciembre de 2003 a afirmar que debemos admitir la legitimación del recurrente si, además de haber votado en contra o haberse opuesto a los acuerdos a impugnar, ese precepto solamente exige que se ostente el cargo de concejal en el momento de la interposición, aun cuando la STS de 23 de febrero de 1989, en un caso en que varios concejales impugnaron el acuerdo de la comisión municipal de gobierno por el que se nombraron consejeros de una caja de ahorros, determinó que la legitimación del artículo 63.1.b) LRRL es una legitimación de carácter excepcional, que no puede extenderse a quienes no eran miembros de la comisión municipal de gobierno, ni siquiera concejales en ese momento.

El Tribunal Constitucional ha realizado, desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución, una interpretación amplia de esta previsión legal, tanto en relación con concejales (SSTC 173/2004 y 210/2009) como respecto de diputados provinciales (STC 108/2006). Así, la previsión normativa de esta legitimación se canaliza en sede local, lo que llevó a que recientemente el Tribunal Supremo (STS de 20 de mayo de 2013) denegara legitimación a los miembros de las juntas generales de Bizkaia, porque carecían de legitimación para impugnar en vía contencioso-administrativa los actos y disposiciones a cuya aprobación se ha-

17. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 815.

18. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 6.ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 266.

bían opuesto, procurando defender su legitimación vinculándola con su derecho fundamental ex artículo 23.1 CE. El artículo 20.a) LJCA niega legitimación activa para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos de una Administración Pública a los órganos de la misma y a los miembros de sus órganos colegiados, salvo la excepción para el caso de que una ley lo autorice expresamente, que se encuentra en el ámbito local en el artículo 63.1.b) LRBR. Esta solución no contradice la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, que se ha centrado en la aplicación del artículo 63.1.b) LRBR a concejales (a los que el profesor Fanlo Loras<sup>20</sup> denomina “guardianes de la legalidad” de la actuación de los entes locales) y diputados provinciales, debiendo interpretarse su visión amplia desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, pero que no necesariamente debe extenderse al entorno de otras Administraciones, habida cuenta del carácter de derecho fundamental de configuración legal que el propio Tribunal Constitucional reconoce al proclamado en el mencionado precepto constitucional. El contenido esencial de esa garantía constitucional no reclama que los junteros que quedan en minoría puedan impugnar las decisiones de las juntas generales que no comparten.

Para el máximo intérprete de la Constitución, pues, no se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino que deriva directamente de la condición de representante popular, y se justifica en el interés de controlar el correcto funcionamiento de la entidad local, que no solo alcanza a los miembros del órgano que hubieren votado en contra o manifestado su disidencia de otra manera, sino también a los que no hubieren formado parte del mismo por causas ajenas a su voluntad (SSTC 173/2004, 109/2006 y 210/2009), lo que no está lejos de la postura del profesor Leguina Villa<sup>21</sup>, para quien, si la cuestión de fondo planteada por la pretensión procesal del actor prevalece sobre la cuestión

procesal de la legitimación, no debe ser esta un obstáculo infranqueable que impida al juez entrar en el conocimiento y decisión de aquella.

La STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2004 señaló que cuando el Grupo Mixto se compone de un solo miembro, aun así, aquel tiene derecho a participar en todas las comisiones informativas (también STSJ de Madrid de 23 de abril de 2003, y STSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2002). Así, para Jiménez Luna<sup>22</sup>, de acuerdo con el principio democrático y representativo que informa nuestro ordenamiento jurídico público, los órganos colegiados de gobierno de las Administraciones Públicas territoriales tienen carácter y composición pluralistas, en el concreto sentido de que sus miembros representan y defienden intereses varios, distintos y hasta divergentes: su legitimación es esencialmente política, y la justificación última del colegio mismo radica, en suma, en la pluralidad política de su composición. No obstante, el profesor Martínez Morales<sup>23</sup> considera que no estamos ante un interés especial de los miembros de la corporación, sino que se eleva a categoría procesal el interés político, en cuanto que la participación política a través del partido político y la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos dan lugar a un derecho efectivo de fiscalización de los actos de estas corporaciones locales.

## 5. La legitimación para recurrir del concejal disidente y su estatuto jurídico

En relación con el estatuto de los miembros de las corporaciones locales, dispone el artículo 73.2 y 3 LRBR que “los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las

19. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, tomo I, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 2003.

20. FANLO LORAS, A., “La impugnación de acuerdos locales por los miembros de la Corporación que hubieran votado en contra. ¿Un caso de judicialización de las discrepancias políticas locales?”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989, p. 69.

21. LEGUINA VILLA, J., “Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos: El valor normativo de las disposiciones organizatorias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 49, enero-abril 1966, p. 200.

22. JIMÉNEZ LUNA, P. A., “Procedimiento y acto complejo en los colegios representativos (En torno a la teoría de la colegialidad)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 98, mayo-agosto 1982, p. 110.

23. MARTÍNEZ MORALES, J. L., “El régimen jurídico de los recursos de los Concejales y Diputados provinciales contra actos de sus Corporaciones, en la Ley 7/1985”, *REDA*, núm. 42, 1984, pp. 525-533; y RIVERO Y SERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 5.ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 130-132.

Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquél. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos”, y sin perjuicio de que según las SSTC 5/1983 y 10/1983 la expulsión del partido no puede implicar la pérdida de la condición de concejal (STS de 28 de diciembre de 1986). Aun cuando los concejales no adscritos no dejen de ser concejales, verán muy mermada, por lo que luego diremos, su participación en la vida municipal, ya que -según la profesora Alonso Mas<sup>24</sup>- este artículo 73.3 LRBRL, en cuanto que limita drásticamente los derechos de los concejales en caso de expulsión de su partido, es contrario al artículo 23 CE, porque provoca una ilegítima perturbación en el derecho al cargo del concejal. Es el concejal (SSTC 5/1983, 10/1983 y 167/1991) el que ostenta la condición de representante, y no su partido. Así que la decisión de asociación al mismo -según el profesor Satrústegui Gil-Delgado<sup>25</sup>- supone que la libertad de asociación, en tanto que derecho individual, postula una determinada relación entre el afiliado y el ente asociativo, y tal relación no es de sometimiento o de sujeción, sino de participación, y se encuadra, por tanto, genéricamente, en el modelo de la democracia interna. Todo ello conduce a la profesora Larios Paterna<sup>26</sup> a afirmar que, en los países de nuestro entorno, el derecho que tienen los parlamentarios a abandonar su grupo y conservar el escaño se deriva generalmente de la prohibición de mandato imperativo que contienen sus Constituciones. En nuestro país, el mantenimiento de la titularidad del cargo por el diputado se ha considerado derivado del derecho reconocido en el artículo 23 CE, a raíz de la interpretación que de este precepto realizó el Tribunal Constitucional<sup>27</sup>.

## 6. El grupo político y el concejal disidente

En el supuesto de ser un concejal disidente quien interpone el recurso, tramitándolo como concejal, y no el grupo político, es admitido por la jurisprudencia dicho recurso en este caso, con base en que no demanda el grupo político, sino el concejal que votó en contra, por lo que tiene legitimación para recurrir. Lo sustantivo, dice la STSJ de La Rioja de 19 de julio de 2011, es que es un concejal, además de portavoz de grupo; esto último es adjetivo, además de que haya de estarse a favor del recurso por el principio *pro actione*, partiendo de la interpretación amplia para la legitimación a los concejales reconocida así por la actual jurisprudencia (SSTS de 12 de noviembre de 2001, 1 de diciembre de 2003 y 7 de noviembre de 2005, y SSTC 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de 3 de abril). En este sentido, sabiendo que los grupos políticos son “el cauce o medio esencial para que los representantes populares que forman las respectivas Corporaciones participen en la actividad decisoria de estas” (STS de 8 de febrero de 1994), siguiendo el criterio jurisprudencial en esta materia (SSTS de 16 de mayo de 1994 y 16 de diciembre de 1999), la función de los grupos municipales es estrictamente corporativa, y se desarrolla en el ámbito interno, sin que puedan sustituir a los concejales, que los integran, en el ejercicio de sus facultades, entre las que están la emisión del voto y el ejercicio de acciones frente al acuerdo municipal del que expresamente hubiesen discrepado. A lo que podemos añadir a su vez, en materia de organización de los ayuntamientos y diputaciones provinciales, lo reflejado en el artículo 20.3 LRBRL: “Los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas a las que se refiere el número anterior”, y en el 32.2: “todos los grupos políticos integrantes de la corporación tendrán derecho a participar en dichos órganos, mediante la presencia de Diputados pertenecientes a los mismos, en proporción al número de Diputa-

24. ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J., “El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre 2005, p. 105.

25. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M., “La reforma legal de los partidos políticos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46, enero-abril 1996, p. 85.

26. LARIOS PATERNA, M.<sup>a</sup> J., “El grupo mixto y el transfuguismo político. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, de 13 de febrero”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46, enero-abril 1996, p. 252.

27. SSTC 5/1983, 10/1983, 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 26 de abril, y 30/1983, de 26 de abril.

dos que tengan en el Pleno”; regulación que se complementa con la referida en el título I, capítulo II, “Grupos políticos”, del ROF 2568/86 (artículos 23 a 29), comenzando por señalar que “los miembros de las Corporaciones Locales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos” (siguiendo el mismo contenido de los artículos 73.3 LRBR y 23.1 ROF 2568/86), y sin que podamos equiparar partido y grupo político (STC 30/1993, de 25 de enero), ya que los grupos políticos municipales son órganos internos del ayuntamiento, de carácter auxiliar o complementario y sin funciones externas, ya que sus funciones de carácter interno son, como ha señalado el profesor Morell Ocaña<sup>28</sup>, de “mediadores” en relación con el electorado y órganos de la corporación; de “apoyo” al desempeño de los derechos y deberes de los concejales, y de “formación y defensa” de una opinión común en el Gobierno y la Administración municipales, y esta naturaleza de órganos internos les impide la interposición de recursos contencioso-administrativos, de manera que literalmente el artículo 63.1 LRBR no les otorga legitimación, que el apartado b) circunscribe exclusivamente a los miembros de la corporación que hubiesen votado en contra del acto administrativo o acuerdo.

Por tanto, con carácter general, no estará legitimado el grupo político del que sean parte los concejales disidentes, dada la literalidad del artículo 63.1.b) LRBR, que se lo concede de manera exclusiva a los miembros de la corporación a título individual. No obstante, manifestó la STS de 7 de febrero de 2007 que, si se ejercita la acción por esa agrupación de concejales, prevista legalmente (artículos 20.3 LRBR y 23 ROF 2568/86), cuando todos ellos hubieran votado en contra de los acuerdos de la corporación, y hubieran manifestado la decisión unánime de ejercitar contra dichos acuerdos las oportunas acciones en sede jurisdiccional, conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 18 y 19.1.b) LJCA, que establece legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para “Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para

la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”, debe considerarse al grupo municipal demandante legitimado para sostener las referidas acciones, porque si cada uno de los concejales que forman el grupo hubieran manifestado su intención de recurrir, no cabe negar legitimación a ese grupo municipal en que legalmente se integran, para que pueda ejercitar la acción en nombre de todos sus componentes.

La jurisprudencia<sup>29</sup> viene afirmando con reiteración que una correcta elaboración de la voluntad individual —antecedente preciso de la colegiada de un órgano administrativo— requiere, como apunta la profesora Gallardo Castillo<sup>30</sup>, que el sujeto se percate de cuál sea el objeto o la materia sobre la que ha de manifestarse, y realice un proceso intelectual reflexivo propio de aquel, a fin de que pueda llegar a trabar conocimiento de las posibles soluciones jurídicamente correctas y escoger, con plena autonomía y libertad, entre las que considere pertinentes al caso, provocando la nulidad de pleno derecho la vulneración del derecho de los miembros colegiales a obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder del órgano colegiado, y resulten precisos para el desarrollo de la función (SSTS de 22 de noviembre de 1989 y 15 de marzo de 1991).

Según la jurisprudencia constitucional (STC 88/1997 y 38/1998), el test aplicable al acceso a la jurisdicción es un test de proporcionalidad, y no un deber de maximización de la tutela judicial efectiva. Esto significa que solo tienen relevancia constitucional aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. De manera que resultaría contraria —precisa la profesora Díez Sastre<sup>31</sup>— al derecho constitucional de acceso a la jurisdicción una interpretación excesivamente gravosa o rigorista de los requisitos de procedibilidad, así como una interpretación de las reglas de acceso que lleve a que los derechos e intereses legítimos afectados carezcan de todo cauce procesal para ser defendidos.

28. MORELL OCAÑA, L., *El Régimen Local Español*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 515 a 521.

29. SSTS de 5 de enero de 1988, 22 de noviembre de 1989 y 24 de noviembre de 1993, para una adecuada información para las votaciones.

30. GALLARDO CASTILLO, M.ª J., “Los vicios del procedimiento y el principio de conservación del acto: Doctrina jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre-diciembre 2006, p. 235.

31. DIEZ SASTRE, S., “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2012, 04, 2013, p. 313.

Analizando el contenido del derecho fundamental a la participación reflejado en el artículo 23 CE, fue la jurisprudencia constitucional (SSTC 141/2007, de 18 de junio, 64/2002, de 11 de marzo, y 169/2009, de 9 de julio) la que precisó que el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria, y, en aplicación de este criterio, llegó a la conclusión de que la facultad de constituir grupo parlamentario, en la forma y con los requisitos que el Reglamento establece, corresponde a los diputados, y de que dicha facultad pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria. Dada la configuración de los grupos parlamentarios en los actuales Parlamentos, como entes imprescindibles y principales en la organización y el funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal estatus, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante.

Analizando si hubo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la justicia, como consecuencia de la inadmisión del recurso, el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de derechos sustantivos fundamentales, como son los reconocidos en el artículo 23 CE, que encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático (STC 108/2006, de 3 de abril). Si bien -señala la profesora Alonso Mas<sup>32</sup>- la previsión del artículo 63 LRRL es consecuencia lógica de la composición multicolor de los plenos, los concejales y diputados no son órganos de esa Administración aisladamente considerados (aunque puedan serlo, caso de los concejales y diputados delegados), pero sí son, añade, miembros de un órgano colegiado de la Administración autora del acto, y es por ello que la previsión del artículo 63 LRRL sea consecuencia del principio democrático, de manera que la sentencia que inadmite el recurso infringirá el derecho a la tutela judicial efectiva y de participación del artículo 23 CE. Principio democrático que, no obstante, no podrá lle-

gar a habilitar una impugnación por un concejal por el hecho de serlo, cuando su corporación es otra que la autora del acto. Razón por la que de la STS de 3 de diciembre de 2001, interpretado *a contrario sensu* el artículo 63.1 LRRL, resulta que por su simple condición de concejal de otro ayuntamiento el recurrente no tiene más legitimación que la que resulta, con carácter general, para el proceso contencioso-administrativo, porque el apartado 2 del expresado artículo 63 LRRL no confiere una legitimación específica a miembros de corporaciones locales distintas a las que adoptan los actos o acuerdos que se impugnan, siendo criterio jurisprudencial el de mantener una interpretación ampliada del interés directo que contempla el artículo 28.1.a) LJCA en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que nos conduce, en definitiva, al interés legítimo del artículo 19.1.a) LJCA. Esta interpretación se apoyó en la conformidad con el principio *pro actione*<sup>33</sup> para que el artículo 63.1.b) LRRL deba ser objeto de una interpretación extensiva, de modo que permita el ejercicio, razonable y prudente, sí, pero lo más amplio posible, de esa facultad de control de la legalidad de los actos municipales. Pues, como señala la STS de 24 de julio de 1995, se desestimó la argumentación impugnatoria de las partes adheridas a la apelación en el extremo de la capacidad procesal de un determinado grupo municipal, porque el artículo 63.1.b) LRRL reconoce la legitimidad para impugnar actos de las corporaciones locales a los miembros de las mismas que hubiesen votado en contra de tales acuerdos, y es llano que tal disposición muestra una clara tendencia a favorecer, e incluso impulsar, el control de la legalidad de los actos y acuerdos de esas entidades locales. De manera que, votando en contra del acto impugnado, estarán legitimados los miembros de la corporación local para impugnarlo, al comprenderse dentro de la legitimidad procesal contemplada en el artículo 63.1.b) LRRL tanto los miembros individuales disidentes del acuerdo como el grupo municipal como tal, integrado por tales concejales contrarios al acuerdo. Sabiendo que para que exista interés legítimo la actuación impugnada debe reper-

32. ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J., "Impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones", en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.<sup>a</sup> edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 1237.

33. Principio *pro actione*: En caso de duda, esta debe resolverse atendiendo a la interpretación más favorable al derecho de acción, al derecho del interesado (ejemplo, el artículo 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: "El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter").

cutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo), sobre la base de que los grupos municipales se configuran como agrupaciones de concejales legalmente previstas en el artículo 23.1 ROF 2568/86, conforme al que “los miembros de las Corporaciones locales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos”, en relación con el artículo 20.3 LRBRL. A lo que añadir que dispone el artículo 69.b) LJCA que “La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: [...] b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada”, lo que nos lleva a analizar la posible falta de legitimación de un recurrente para comparecer en nombre de un partido político, pues, según criterio jurisprudencial (SSTS de 16 de mayo de 1994, 16 de diciembre de 1999 y 7 de febrero de 2007), la función de los grupos municipales es estrictamente corporativa, y se desarrolla en el ámbito interno, sin que puedan sustituir a los concejales que los integran en el ejercicio de sus facultades, entre las que están la emisión del voto y el ejercicio de acciones frente al acuerdo municipal del que expresamente hubiesen discrepado, de manera que el concejal de un grupo municipal, que personalmente hubiese aceptado un acuerdo, no está legitimado para impugnarlo, aun cuando el resto o la mayoría del grupo hubiesen emitido su voto en contra, y a la inversa, es decir, que aunque el resto o la mayoría de los concejales del grupo hubiesen contribuido a la adopción del acuerdo, el disidente está legitimado ex artículo 63.1.b) LRBRL para deducir contra él el oportuno recurso contencioso-administrativo; consideraciones que llevan a la STSJ de Castilla y León de 29 de abril de 2011 a que si el recurso contencioso-administrativo no se interpuso por el grupo municipal, sino que en el escrito que lo anunciaba la procuradora compareció en representación de la portavoz de ese grupo municipal, una cosa es que pretenda comparecer como parte actora una persona jurídica, unión sin personalidad o agrupación sin personalidad -que lo haría a través de la persona física que legalmente la representa y sobre la que cabría discutir su capacidad procesal ante este orden jurisdiccional-, lo que aquí no ha ocurrido, y otra que comparezca como demandante una persona física que, además, haga constar en el encabezado una determinada cualidad que justifique o pueda justificar su interés legítimo. En este sentido, debemos significar que el poder otorgado a la citada

procuradora por la concejal recurrente lo fue además de “en su calidad de Portavoz del Grupo municipal específicamente en su propio nombre y derecho”, por lo que como persona física la actora ostentaba capacidad para ser parte ex artículos 18 LJCA y 6.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, de manera que se determinó la desestimación del alegato de inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación de la recurrente para comparecer en nombre del partido, por no haber acreditado que el ente colectivo hubiera adoptado el acuerdo para el ejercicio de acciones a que se refiere el artículo 45.2.d) LJCA: “El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación”, pues la recurrente no comparece en nombre y representación del partido político, sino que actúa en su propio nombre y derecho, aunque además haya hecho constar en el encabezado del escrito de personación su cualidad de portavoz -lo que presupone su condición de miembro de la corporación, como concejal de un determinado grupo municipal-.

## 7. El cómputo del plazo para recurrir por los concejales disidentes

En cuanto al plazo para la impugnación, lo será desde la fecha de la sesión en la que se adoptó el acuerdo impugnado, por cuanto la notificación del acto cumple la función de dar a conocer el contenido de dicho acto (SSTS de 18 de marzo de 1992, 14 de abril de 1989 y 5 de julio de 1999), lo que resulta innecesario cuando el miembro de la corporación ya conoce dicho contenido por haber votado en contra del mismo en esa sesión. Para ello, recordemos que dispone el artículo 211.3 ROF 2568/86 que “El plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo”. Resultando que el concejal tendrá conocimiento del acto que impugna en el momento de votar en contra del mismo y que luego impugna (STSJ de Canarias 610/95, de 1 de junio), de manera que, a efectos del plazo de impugnación, la STS de 18 de marzo de 1992 manifestó que no era en absoluto necesaria la notificación de un acto cuyo contenido se conocía, y, por ello, a partir del momento de votar en contra es cuando empieza a trans-

currir el plazo (que en el caso enjuiciado era de diez días para interponer el recurso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona).

No olvidemos que el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece con carácter general, para todos los ciudadanos -y no solo para los ciudadanos cualificados, como menciona a los concejales Rodríguez Drincourt<sup>34</sup>-, que las notificaciones surten efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución objeto de la notificación, y tenemos que convenir en que no hay mayor conocimiento del contenido de una resolución que aquel que proviene de haber sido protagonista y creador de la resolución misma, como ocurre en estos casos previstos en los artículos 211.3 del ROF 2568/86 y 63.1.b) LRBRL. Así, también la STS de 18 de marzo de 1992 antes citada consideró que, por ser contraria al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, no solo la petición de notificación de un acuerdo por quienes ya lo conocían carece de base legal alguna, sino que quedaría al capricho del peticionario de la notificación el momento de la misma.

Esta conclusión es a la que se llega cuando, celebrada sesión plenaria, transcurre el plazo de dos meses desde la misma, de manera que, a partir de entonces, el acto queda firme y consentido para el concejal recurrente que, en su calidad de tal, disintió y votó contra él, resultando inadmisibles la interposición de recurso contencioso por dicho concejal disidente, pues el día de la sesión constituye el *dies a quo* para el cómputo (STS de 3 de abril de 2003).

Partiendo de que la legitimación supone una relación directa entre el actor y el objeto del caso, el criterio apuntado en las SSTs de 5 de julio de 1999 y 23 de mayo de 2000 en relación con la aprobación del presupuesto municipal, dudándose si el momento a considerar para el cómputo era el de la votación o el de la publicación del mismo, llegó a la conclusión de que el recurso contra la fecha de publicación formal del acuerdo que se impugnó en la instancia no podía ad-

mitirse, ni producir el efecto de reabrir un plazo que ya había fenecido para el concejal recurrente, que quedó plenamente enterado del contenido del acto en el día de celebración de la sesión en que el mismo se aprobó. Pues, aunque en la sesión aprobatoria disintió y votó en contra, el concejal participó activamente como miembro de la corporación en la formación del acto impugnado. Esa realidad, que le legitimó en su momento para impugnar el acuerdo, en contra de un principio general que, al margen del artículo 63.1.b) LRBRL, podría abocar a la prohibición de recurrir del artículo 20.a) LJCA, al establecer: "No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente", impide tomar en consideración el acto de publicación formal del acuerdo como *dies a quo* para recurrir, eliminando del mundo del derecho una realidad previa, que ostenta relieve a efectos del artículo 28 LJCA, que dispone: "No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma" y del cumplimiento de los requisitos procesales del proceso.

De plantearse por un concejal la postura de no querer votar en sesión de un órgano colegiado, debemos partir de que tendrá la opción, antes de comenzar el debate, de abandonar la sesión (artículo 100.1, segundo párrafo, ROF 2568/86), y de que se le permite reingresar hasta que termine la votación, pues de optar por quedarse en la sesión su comportamiento de no querer votar será objeto de consideración como abstención, ya que, según los artículos 46.2.b) LRBRL y 100.1 ROF 2568/86: "El voto puede emitirse en sentido afirmativo o negativo, pudiendo los miembros de la Corporación abstenerse de votar. A efectos de la votación correspondiente se considerará que se abstienen los miembros de la Corporación que se hubieren ausentado del salón de sesiones una vez iniciada la deliberación de un asunto y no estuviesen presentes en el momento de la votación. En el supuesto de que se hubiesen reintegrado al Salón de Sesiones antes de

34. RODRÍGUEZ DRINCOURT, J., "El cómputo del plazo para la impugnación contencioso-administrativa de los actos de los órganos colegiados locales por los concejales y miembros disidentes (La sentencia de 1 de junio de 1995 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas, TSJ de Canarias, en relación con la sentencia del TS de 18 de marzo de 1992, Rf. 3378)", *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995, p. 230.

la votación podrán, desde luego, tomar parte de la misma”, y así lo reflejará el secretario de la corporación en el acta que levante. Al respecto, el artículo 12 ROF 2568/86 reconoce a los concejales el derecho y el deber de asistir, con voz y voto (acto personal e indelegable, artículo 99.5 ROF 2568/86), a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, concluyéndose: que la “no votación” no es posible, por cuanto los derechos de sufragio activo y pasivo encarnan la participación política de los ciudadanos en que consiste el sistema democrático; que ambos derechos son aspectos de una misma institución, pues los representantes políticos elegidos por los ciudadanos son los que dan efectividad al derecho de estos últimos a participar en asuntos públicos; y que, aunque esos representantes se puedan organizar en grupos políticos, la participación política corresponde a dichos representantes y no a los grupos. Todo ello es lo que explica que ese voto personal no pueda ser considerado como un mero trámite secundario: es un mecanismo inexcusable para visualizar de manera inequívoca ante los ciudadanos cómo es ejercitado el derecho de participación política por cada uno de sus representantes (STS de 22 de marzo de 2006).

Dispone el artículo 211.3 ROF 2568/86: “El plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo”. Regulación que provocó que, si votaron en contra del otorgamiento de licencia en la sesión municipal, circunstancia esta expresamente reconocida en el expediente administrativo, determinase la STS de 18 de marzo de 1992 que estos concejales estaban perfectamente enterados, no solo de los antecedentes de la cuestión que se estaba debatiendo -la concesión o no de licencia-, sino también de las opiniones a favor y en contra, y en definitiva del resultado. Y, por esta razón, que dicha sentencia concluyera que no era en absoluto necesaria la notificación de un acto cuyo contenido conocían los concejales, y por ello es a partir de esa sesión cuando tenemos que computar el transcurso del plazo de un mes para interponer el recurso de reposición. Transcurrido dicho plazo sin que interpusieran recurso alguno, el acto de la concesión de licencia quedó para ellos firme y consentido, y además inimpugnabile en vía contencioso-administrativa, a tenor del artículo 40 de la derogada Ley de 27 de diciembre de 1956, que se corresponde con el actual artículo 28

de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), al establecer que: “No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”, en relación con el 82.c) de la Ley Jurisdiccional [actual artículo 69.c): “La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: (...) c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación”]. Sobre esta notificación, y no considerando la existencia de extemporaneidad, fue el caso analizado por la STS de 30 de junio de 2000, en la que no se apreció extemporaneidad respecto de la impugnación del acuerdo del consejo de gobierno de un Gobierno autonómico, que estimó el recurso de reposición interpuesto por un alcalde contra la resolución que había atendido el recurso de un concejal -particular por la sencilla razón de que este último tenía la condición formal y material de interesado y el Gobierno regional no le notificó dicho acuerdo-. Si era necesaria en este caso, a diferencia de lo que antes se dijo de los acuerdos de la sesión plenaria, una notificación formal al particular, ya que no se trataba, ahora, de un acuerdo municipal que le afectase como concejal que votó en contra de un acuerdo que contribuyó a formar, sino del acto de una Administración Pública distinta, ante la que él había comparecido como un simple recurrente y, por ello, como interesado. A diferencia de lo previsto asimismo en la STS de 16 de marzo de 2001, para la que resultó innecesaria la notificación a dichos miembros, pues, siendo coautores del acto impugnado, necesariamente tuvieron conocimiento de él desde la fecha misma en que fue adoptado; ya que el cómputo del correspondiente plazo, en el caso de la impugnación de actos de las entidades locales por miembros de la propia corporación, debe iniciarse, como regla general, desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado.

Aunque no como razón de decidir, también se afirma esa limitación de legitimación en la STS de 16 de mayo de 1994, para la que no supone que sea en el concepto de interés directo que emplea el artículo 28.1.a) LJCA donde se puede encontrar el punto de conexión entre la cuestión de fondo planteada en un proceso y quien interviene en él como recurrente, y que le atribuye la cualidad de parte legítima, sino en la específica previsión del artículo 63.1.b) LRBRL, que, in-

dependientemente de quien la posea para impugnar los acuerdos de las corporaciones locales por tener interés directo en ello, se la concede individualmente a unas personas, los miembros de las corporaciones que hubieren votado en contra, que en otro caso no la tendrían.

En materia de las sesiones de la junta de gobierno local, se dispone en el artículo 113.1.b) ROF 2568/86 que: "Las sesiones de la Comisión de Gobierno no serán públicas, sin perjuicio de la publicidad y comunicación a las Administraciones Estatal y Autonómica de los acuerdos adoptados. Además, en el plazo de diez días deberá enviarse a todos los miembros de la Corporación copia del acta", lo que no podrá ser utilizado por el concejal para, nueve meses después de adoptado un acuerdo y tres meses después de haber sido nombrado concejal, alegando el desconocimiento del acuerdo, solicitar su notificación para reabrir un plazo ya fenecido, por lo que estaremos ante un caso de inadmisibilidad del recurso por razón de extemporaneidad en su interposición (STS de 23 de febrero de 1989).

La disconformidad del concejal así manifestada a la hora de votarse el acuerdo supone un requisito del legislador, que ha excepcionado expresamente el régimen general de la legitimación, que no se cumplirá cuando se pretenda la legitimación de un concejal fundamentándola en el interés de todo concejal en que la actuación de los órganos municipales sea conforme a derecho, para que pueda impugnar cualquiera de sus acuerdos; por cuanto este argumento, según criterio jurisprudencial (SSTS de 7 de noviembre de 1985, 23 de febrero de 1989 y 14 de marzo de 2002), nos llevaría a prescindir de la exigencia del interés legítimo (artículo 24.1 CE) o del interés directo [artículo 19.1.a) LJCA] para la legitimación del demandante, y a admitir como fuente de esta el puro interés por la legalidad, que, llevado al absurdo, permitiría admitir la legitimación de cualquier concejal para impugnar las resoluciones del alcalde, lo que no parece tenga mucho sentido.

No se admite el argumento de un concejal para recurrir vía artículo 63.1.b) LRBRL empleando el fundamento de que en otro supuesto y en otro recurso se admitió su legitimación para impugnar, pues tenía que haber acreditado que en ese otro recurso se admitió su legitimación. Resultando ser una legitimación que no es -STS de 20 de septiembre de 2005- sino un supuesto que se contempla, constituye una excepción a la prohibición que en otro caso alcanzaría a quienes forman parte de la corporación como miembros de la mis-

ma y han contribuido a la formación de su voluntad mediante el voto. Esto no es sino la manifestación de la relación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el alcance de la legitimación para recurrir del artículo 63.1.b) LRBRL (SSTS de 5 de julio de 1999, 25 de junio de 2001, y 3 de abril y 1 de diciembre de 2003), ya que esta legitimación no puede utilizarse para trasladar al ámbito judicial la controversia política ni el enfrentamiento de partidos, pero sí sirve para potenciar los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone en manos de los concejales para que lleven a cabo sus funciones, acudiendo, incluso, a la vía judicial, siempre que trate de hacer valer eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico.

La excepción a la legitimación para recurrir actos de la entidad pública por parte de los órganos que la conforman, prevista en el artículo 20.a) LJCA, es admitida también en la STS de 14 de noviembre de 2005, excepción al contenido de la proscripción de la posibilidad de recurrir los actos de una entidad pública por parte de los órganos que la componen, que hace que su contenido, advirtiendo el argumento a la luz de los artículos 209.2 y 211.3 ROF 2568/86, reitere la necesidad del voto en contra, que no se podrá apreciar en el caso de encontrarse presentes y no votar en contra del acuerdo (SSTS de 12 de enero de 1994 y 21 de enero de 2003) y en caso de que el concejal no forme parte del órgano en concreto, el cual podrá impugnar sus acuerdos según las reglas generales (STS de 16 de diciembre de 1999).

Si la norma analizada exige el voto en contra del acto recurrido, los recurrentes tendrían conocimiento del mismo al estar presentes en la sesión, de manera que, siguiendo la STS de 3 de julio de 2006, estos también conocían el contenido del acuerdo antes de la notificación formal. Así, dispone el artículo 80.3 ROF 2568/86 que "la convocatoria, orden del día y borradores de actas deberán ser notificados a los Concejales o Diputados en su domicilio", regulando la notificación a los concejales o diputados, en su domicilio, de la convocatoria, orden del día y borradores de actas, en consonancia con lo preceptuado en el artículo 46.2.b) LRBRL, a su vez desarrollado, en cuanto a la formación del expediente, por el artículo 81 ROF 2568/86, para el que "La convocatoria para una sesión, ordinaria o extraordinaria, dará lugar a la apertura del correspondiente expediente, [...]. Siendo preceptiva la notificación a los miembros de las Corporaciones Locales de las correspondientes órdenes del día, en la Secretaría

General deberá quedar debidamente acreditado el cumplimiento de este requisito". Por eso, a pesar de que las actas deben ser notificadas a los concejales que votaron en contra y ahora recurren, siguiendo el criterio jurisprudencial, el plazo para la impugnación no comienza cuando se reciba dicha notificación, porque se conoció el acto al ser parte de la formación de la voluntad del órgano colegiado votando en contra. No obstante, habrá excepciones a este criterio, como son por aplicación de los principios de buena fe y seguridad jurídica, imponiéndose admitir el plazo desde la notificación si es la Administración la que, al notificar el acto, comunicó expresamente que el plazo de impugnación comenzaba con la notificación, debiendo en este caso el plazo ser asumido por el órgano emisor de la notificación, y así respetar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Para la admisión del recurso por el concejal haciendo uso del contenido del artículo 63.1.b) LRBRL se precisa también la coherencia del objeto del recurso, en el sentido de que el asunto del que se disiente tendrá directa conexión con el objeto del recurso (STS de 22 de octubre de 1992). Así, si lo que instan los demandantes y que motivó su voto contrario se centra en algunos de los extremos del contenido urbanístico, renunciando implícitamente a votar por motivos lingüísticos contra el Proyecto que resultó aprobado, ello supone que carecen de legitimación para impugnar ahora, en vía jurisdiccional, los actos cuya anulación pretenden, por cuanto la pretensión anulatoria que constituye el objeto de este proceso entraña una desviación de los motivos de oposición inicial del acuerdo que ahora se impugna, y que les llevaron a formular voto en contra. Hecho que llevó a la sentencia a considerar que estábamos ante un supuesto de causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.b) LJCA, conduciendo a la aplicación del artículo 81.1.a) LJCA y por tanto a decretar la inadmisión del recurso.

Lo que no puede confundirse -apunta la profesora Carbonell Porrás<sup>35</sup>- es el voto en contra respecto de acuerdos plenarios, para cuya impugnación los miembros de las corporaciones están legitimados conforme a las reglas generales de la LJCA, con el voto en contra previsto en el artículo 63.1.b) LRBRL. En el primer caso, es el comportamiento jurídicamente exigible al miem-

bro legitimado que desea impugnar; en el segundo, el voto en contra es el presupuesto de una legitimación especial, que permite recurrir a quien no puede hacerlo según las reglas generales de legitimación.

## 8. Conclusión

Si el artículo 204 CE reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, es criterio del supremo intérprete de la Constitución que, a la luz de los artículos 19.1.a) LJCA, que reconoce legitimación ante el orden contencioso-administrativo a "Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo", y 20.a) LJCA, que no permite "interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente", este interés legítimo ha sido caracterizado como "una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (en este amparo, la resolución administrativa impugnada) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto" (SSTC 65/1994, de 28 de febrero, 105/1995, de 3 de julio, 122/1998, de 15 de junio, y 1/2000, de 17 de enero), debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético), lo que para la efectividad de la tutela judicial en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y visto el contenido de los artículos 19.1.a) y 20.a) LJCA, en su conexión con el artículo 63.1.b) LRBRL, fue el objeto de análisis de la STC 173/2004, de 18 de octubre, que manifestó que junto a la legitimación general [artículo 19.1.a) LJCA] existe, pues, la legitimación *ex lege* reconocida en la LRBRL, que deviene, concretamente, por razón del mandato representativo recibido de los electores, directamente derivado de la condición de representante popular, que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento y que, según el Tribunal Constitucional, ha de presuponer lógicamente el *príus* de la legitimación del representante popular de una entidad local, procediendo a una ampliación de

35. CARBONELL PORRAS, E., "El 'interés concreto' de los concejales 'en el correcto funcionamiento de la corporación local' como título de legitimación", *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre 2005, p. 190.

esta vía de control jurisdiccional. Pues no tendría sentido -dice el Tribunal- admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios. Y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación, ya que es al concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio, para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (artículo 19.2 LRBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), al que se reconoce legitimación para impugnar, en vía contencioso-administrativa, un acuerdo municipal en cuya adopción no pudo intervenir, habilitándole el acceso a la jurisdicción por existir expresa previsión legal y ser portador de un interés concreto y legítimo.

En el mismo sentido se pronunció la STC 108/2006, de 3 de abril, para manifestarse contra una interpretación restrictiva de la legitimación para diputados y concejales, en el sentido de que solo quienes hubieran integrado uno de los órganos colegiados (pleno y junta de gobierno local) y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquellos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado título legitimador se tratara; por ello, teniendo un interés el diputado o concejal disidente en el correcto y ajustado a derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece, ha de presuponersele lógicamente el *prius* de la legitimación para la impugnación jurisdiccional vía artículo 63.1.b) LRBRL.

De manera que, si la legitimación debe ser entendida -como señala el profesor Ortega Álvarez<sup>36</sup>- como un mero requisito procesal, y, por tanto, su estudio debe insertarse dentro del proceso contencioso-administrativo como un elemento cuyo examen es previo a la cuestión de fondo, aparecerán vinculados a los principios de la tutela judicial efectiva los principios *pro ac-*

*tione* (STS de 23 de septiembre de 2002) y *perpetuatio legitimationis* (STS de 12 de noviembre de 2001)<sup>37</sup>, lo que es la razón que ha conducido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a interpretar ampliamente la legitimación del artículo 63.1.b) LRBRL (STS de 19 de diciembre de 2001) para fortalecer los mecanismos de control en manos de los concejales, y que sea esta una excepción a las reglas generales existentes en materia de legitimación. ■

36. ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La inmediatez del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977, p. 212.

37. También las SSTs de 12 de febrero de 1996 y de 14 de noviembre y 6 de abril de 1989.

---

# Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal<sup>1</sup>

Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes

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

1. **Introducción. La empresa pública local y el nuevo marco jurídico a la luz de las *Directrices* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2011 y de las novedades legislativas de 2013**
2. **La política de propiedad en la sociedad mercantil local**
3. **Los deberes de la entidad local**
4. **Relaciones con los accionistas minoritarios y con las partes interesadas**
5. **Códigos de ética**
6. **Transparencia**
7. **Auditoría interna y externa**
8. **El principio de publicidad activa en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG)**
9. **El órgano de administración de la empresa pública**
10. **Responsabilidad y tratamiento equitativo de los accionistas**
11. **Deber de facilitar la participación de los accionistas minoritarios en las juntas de accionistas**
12. **Gerente general**
13. **Las responsabilidades de los directivos de empresas públicas**
14. **La responsabilidad penal de la empresa pública local**

## Resumen

El presente trabajo trata de las implicaciones que para la Administración local y, en concreto, para la empresa pública de la que es "entidad propietaria" la primera, tiene el desarrollo de la actividad empresarial. Es decir, cuando es titular de las acciones corresponde, de forma significativa, a la propia corporación local (directamente o a través de un organismo expresamente creado), siendo responsable del ejercicio de los derechos económicos y políticos.

El desarrollo de la exposición toma como punto de partida las *Directrices* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2011, así como la acción legislativa relacionada con esta materia de 2013: (i) la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; (ii) la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; y (iii) el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Del contenido del trabajo se colige que la actividad empresarial pública ha de simplificar sus prácticas operativas y su régimen jurídico, debiéndose "equiparar", en la medida de lo posible, al mismo marco legal previsto para las empresas privadas. Esto aumenta la transparencia y facilita el control mediante parámetros de comparación, además de igualar las condiciones para los competidores privados en mercados cada vez más desregulados y competitivos. Para ello la legislación o la regulación deben establecer claramente cualquier obligación y responsabilidad que se exija a una empresa pública en términos de servicios públicos, más allá de las normas

---

Artículo recibido el 28/01/2014; aceptado el 26/05/2014.

1. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda, organizado por la Diputación de Barcelona, el 24 de enero de 2014.

generalmente aceptadas, que deben comunicarse a la opinión pública, al igual que todo lo referido a los costos asociados a razones de interés general/social, que han de estar claramente identificados, revelados y debidamente compensados por el presupuesto municipal, sobre la base de disposiciones legales concretas y/o mediante mecanismos contractuales, como pueden ser los contratos de gestión o de servicios, todo ello con la finalidad de prevenir actuaciones ilícitas que darían lugar a responsabilidad administrativa, civil y/o penal.

Palabras clave: Directrices OCDE; Gobierno corporativo de las empresas públicas; buen gobierno y códigos de ética; publicidad activa; transparencia; corrupción; responsabilidad administrativa, civil y penal de los directivos de las empresas públicas; gerente general.

### ***Municipal trading company: the new legal framework and criminal accountability***

#### **Abstract**

*This article deals with the implications to the local Administration and, especially to the public companies, of businesses activities. The latter are carried out by the local Administration (directly or through a public company) being it responsible for economic and political rights.*

*The article takes as starting point the Guidelines of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) of 2011, as well as the legislative measures passed in this field in 2013: (i) Law 19/2013, of 9 of December, on Transparency, Access to Public Information and Good Governance; (ii) Law 27/2013, of 27 of December, on Rationalization and Sustainability of Local Administration; and (iii) Bill of Organic Law that amends the Criminal Code, approved by Organic Law 10/1995.*

*The article concludes that public business activities should be simplified and its legal framework must be placed on an equal footing to private business activities. If these two factors are implemented, it would be bolstered transparency, the control would be easier thanks to the existence of comparison parameters and the conditions would be the same to all the competitors that operate in deregulated and competitive markets. To achieve that, the legal framework should establish clearly the obligations imposed to public companies regarding the exercise of public services, beyond the common general rules that are accepted, and it should communicate these obligations to the public opinion. At the same time, all the expenses related to satisfy public or general interests should be clearly identified, make public and compensated through the municipal budget, taking into account specific legal provisions or other contractual mechanisms such as management contracts or services contracts. All of these should be done in order to avoid illegal conducts that could imply administrative, civil or criminal accountability.*

Keywords: *Guidelines of the OECD; public companies; good governance and ethical codes; active publicity; transparency; corruption; administrative, civil and criminal accountability of public managers; general manager.*

## **1. Introducción. La empresa pública local y el nuevo marco jurídico a la luz de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2011 y de las novedades legislativas de 2013**

La actividad empresarial de la Administración Pública se lleva a cabo, en lo que se refiere a este trabajo, a través o por medio de la "empresa pública", es decir, aquella en que, bajo la forma de sociedad de capital<sup>2</sup>, la Administración Pública posee, si no la totalidad, sí una importante participación accionarial en su capital,

2. Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

lo que le permite ostentar un control significativo en su gobierno y dirección. Esta titularidad completa, mayoritaria o minoritaria, significativa de las acciones representativas del capital, lleva consigo el derecho de voto para las decisiones de gobierno o gestión.

En el último trimestre del año recién terminado (2013) ha tenido lugar la publicación de importantes leyes y de un proyecto de ley orgánica que afectan de forma directa a la materia que se va a tratar: (i) la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno – LTAIPBG- (que modifica, entre otras, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); (ii) la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local); y (iii) el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 4 de octubre de 2013).

Todo este elenco normativo ha sido propiciado por múltiples causas y antecedentes, siendo uno de estos la publicación de las *Directrices* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2011, a las que más adelante me referiré, que alienan el establecimiento en los países que integran dicha organización de un nuevo marco jurídico de la actividad empresarial pública, tendente a la simplificación de las prácticas operativas y del régimen jurídico con el que funcionan las empresas públicas, que, sin perjuicio de que pueden presentar el suyo propio, distinto del de otras empresas (solo justificado ante la necesidad de garantizar la continuidad en el suministro de servicios públicos), ha de basarse, en la medida de lo posible, en el mismo marco legal que regula las empresas privadas (evitando la creación de un régimen jurídico específico cuando esto no resulte absolutamente necesario para los objetivos de la empresa). La simplificación del régimen jurídico de las empresas públicas es buena no solo porque aumenta la transparencia y facilita el control mediante parámetros de comparación, sino también porque iguala las condiciones para los competidores

privados en mercados cada vez más desregulados y competitivos.

Ante la presencia de las empresas públicas en el mercado, compitiendo con el sector privado, es deseable –y, más que deseable, exigible– un marco jurídico y regulatorio que garantice la igualdad de condiciones entre todos los operadores, con el fin de evitar alteraciones en el funcionamiento del mercado, debiendo simplificarse las prácticas operativas y el régimen jurídico con el que funcionan<sup>3</sup>. La legislación o la regulación deben establecer claramente cualquier obligación y responsabilidad que se exija a una empresa pública en términos de servicios públicos, más allá de las normas generalmente aceptadas. Y dichas obligaciones y responsabilidades deben comunicarse a la opinión pública, al igual que todo lo referido a los costos asociados a razones de interés general/social, que han de estar claramente identificados, revelados y debidamente compensados por el presupuesto municipal, sobre la base de disposiciones legales concretas y/o mediante mecanismos contractuales, como pueden ser los contratos de gestión o de servicios. Esta compensación debe estructurarse de tal forma que evite la distorsión del mercado, sobre todo cuando las empresas en cuestión se encuentran en sectores competitivos de la economía.

Dado el cariz tan importante de las empresas públicas en el mercado competitivo y globalizado, la OCDE, que constituye un foro excepcional en el que los Gobiernos de 30 países trabajan conjuntamente con el fin de hacer frente a los desafíos económicos, sociales y medioambientales planteados por la globalización, ha publicado el pasado 2011 unas *Directrices* sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, justificando las mismas en los siguientes términos: “el gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante reto en muchas economías. Pero, hasta ahora, no ha habido ninguna clase de referencia internacional que ayude a los gobiernos a evaluar y mejorar la forma en que ejercen la propiedad de dichas empresas, que a menudo constituyen una proporción significativa de la economía. Las presentes *Directrices* de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas cubren esta importante laguna, y su desarrollo ha suscitado el interés global de diversas partes interesadas”.

3. Además, la experiencia ha demostrado, como recuerda la OCDE, que el buen gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante requisito previo para llevar a cabo una privatización efectiva desde el punto de vista económico, dado que hará que las empresas resulten más atractivas para los posibles compradores, aumentando su valoración.

La experiencia compartida por los países que han empezado a reformar el Gobierno corporativo de las empresas públicas a la luz de estas *Directrices*, es que se trata de una tarea importante, pero también compleja.

Pues bien, en este trabajo se va a tratar cuanto se recoge en dichas *Directrices* en la medida en que es aplicable *mutatis mutandi* al ámbito municipal, al que ahora nos referimos, en el que la tenencia de las acciones de la empresa pública corresponde a la propia corporación local directamente o a través de un organismo expresamente creado para ser, en terminología de las *Directrices* de la OCDE, una “entidad propietaria” (es decir, la entidad responsable del ejercicio de los derechos económicos y políticos de propiedad municipal, como podría ser un organismo autónomo<sup>4</sup>).

Una “entidad propietaria” necesita competencias únicas y debe disponer de profesionales con cualificaciones jurídicas, financieras, económicas y de gestión con experiencia en el desempeño de responsabilidades fiduciarias (en nombre del ayuntamiento). Es necesario que dichos profesionales también comprendan claramente sus papeles y responsabilidades como empleados públicos con respecto a las empresas públicas. Además, la entidad propietaria debe incluir competencias relacionadas con las obligaciones concretas que algunas de las empresas públicas que supervisa deben realizar, en términos de suministro de servicios públicos.

Uno de los principales retos en el gobierno de las empresas públicas, es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad (como puede ser el nombramiento de los integrantes del órgano de administración) y al mismo tiempo abstenerse de realizar “interferencias políticas” indebidas en la gestión de la empresa. Otro importante desafío consiste en garantizar iguales condiciones para todos, en los mercados en los que las empresas privadas pueden competir con las empresas públicas, así como en que la Administración Pública no distorsione la competencia a la hora de utilizar sus poderes regulatorios o de supervisión.

Estos problemas –y retos– no lo son solo del Estado. Como ya se ha dicho: cuanto se expone en las *Directrices* es igualmente aplicable para ámbitos de administración inferiores al Estado, como son, en nuestro caso, las empresas públicas en el ámbito local.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, ha modificado el apartado 2 del artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), todo ello en línea con los objetivos marcados por las *Directrices*: mejora y sostenibilidad y eficiencia de la Administración Pública; dice así el artículo 85.2 LBRL:

“2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

“A) Gestión directa:

“a) Gestión por la propia Entidad Local.

“b) Organismo autónomo local.

“c) Entidad pública empresarial local.

“d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

“Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

“B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, [...]”.

Si las *Directrices* se aplican debidamente a las sociedades mercantiles locales, se garantizaría el ejercicio profesional y responsable de la propiedad pública, y se permitiría que el ente local desempeñe un papel importante en la mejora del Gobierno corporativo, en la totalidad de los sectores donde ejerce sus competencias. El resultado supondría la existencia de empresas más sanas, competitivas y transparentes.

4. Esta fórmula de la “entidad propietaria” permite una deseable separación entre la función de propiedad municipal y las demás funciones de la corporación local que pueden influir sobre las condiciones para las empresas públicas, especialmente en lo que se refiere a la regulación del mercado.

## 2. La política de propiedad en la sociedad mercantil local

En este trabajo vamos a referirnos, básicamente, a las cuestiones atinentes a las sociedades mercantiles locales como medio de gestión de los servicios públicos de competencia local, a que se refiere la LBRL, cuyo recientemente reformado artículo 85 ter dice:

“1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

“2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad.

“3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas”.

Se advierte que, tanto en los supuestos de gestión directa como en los de gestión indirecta, la entidad local debe actuar, para cumplir con la gestión sostenible y eficiente, como un propietario informado y activo, y establecer una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno corporativo de las empresas públicas se realiza de forma transparente y responsable, con el nivel necesario de profesionalidad y efectividad. Para ello se debe desarrollar y publicar una política de propiedad, que será objeto de epígrafe aparte, que defina los objetivos generales así como el papel del ayuntamiento en el gobierno corporativo de las empresas públicas de su ámbito respectivo, y de qué forma llevará a cabo su política de propiedad. En muchas ocasiones es la existencia de múltiples objetivos contradictorios de la propiedad lo que provoca una conducta pasiva de las funciones de propiedad, o, por el contrario, lo que da lugar al exceso de intervención pública en temas o decisiones que deberían dejarse en manos de la empresa y de sus órganos de gobierno corporativo. Para que la entidad local se posicione claramente como propietaria, debe aclarar y priorizar sus

objetivos. Los objetivos pueden incluir evitar distorsiones de mercado y la búsqueda de rentabilidad, expresada en forma de objetivos específicos, como la tasa de retorno y la política de dividendos.

La política de propiedad y los objetivos asociados de la empresa pública deben ser documentos públicos, de acceso público, y ser ampliamente difundidos entre los pertinentes organismos, directivos de empresas públicas y Administración. Los medios fundamentales para el ejercicio por parte municipal de una propiedad activa e informada son una estrategia de propiedad clara, un proceso estructurado para el nombramiento de los miembros del órgano de administración, y el ejercicio efectivo de los derechos de propiedad establecidos, siendo deseable evitar cualquier involucración en la gestión cotidiana (la capacidad de la entidad propietaria de dirigir a la empresa o a sus directivos debería limitarse a los temas y políticas de naturaleza estratégica).

Con el fin de evitar una interferencia política indebida o una propiedad pública pasiva, resulta importante que el ayuntamiento o la entidad propietaria se centren en ejercer de forma efectiva los derechos de propiedad. El ayuntamiento como propietario debe conducirse como cualquier accionista importante cuando se encuentre en situación de influir significativamente sobre la empresa, y ser un accionista informado y activo cuando se encuentre en una situación de accionista minoritario, a fin de ejercer sus derechos de la manera que mejor proteja su propiedad y optimice su valor. En este sentido, el ayuntamiento como propietario tiene, como en cualquier sociedad, cuatro derechos básicos del accionista mercantil: i) participar y votar en las juntas generales de accionistas; ii) obtener suficiente información relevante sobre la empresa a tiempo y con regularidad; iii) elegir y remover a los miembros directivos; y iv) aprobar transacciones extraordinarias. En la empresa municipal, el ayuntamiento o la entidad propietaria debe ejercer dichos derechos de forma plena y juiciosa, lo que le permitiría tener la influencia necesaria sobre las empresas públicas sin inmiscuirse en su gestión cotidiana. La efectividad y credibilidad del gobierno corporativo y supervisión de las empresas públicas dependerán, en gran medida, de la capacidad de la entidad propietaria de hacer un uso bien fundado de sus derechos como accionista, y de ejercer de forma efectiva sus funciones de propiedad en las empresas públicas.

A la hora de proponer y elegir a los miembros de los órganos directivos, se ha de tener muy en cuenta que

estos ejerzan sus responsabilidades de forma profesional e independiente. La independencia exige que todos ellos cumplan sus obligaciones de una forma imparcial con respecto al resto de accionistas si la entidad local no fuera la única propietaria. Lo anterior significa, según las *Directrices* de la OCDE, que los miembros del órgano de administración no deben guiarse por interés político alguno a la hora de cumplir con sus obligaciones como tales, excepto cuando ello resulte compatible con los estatutos de la empresa o con sus objetivos explícitos.

### 3. Los deberes de la entidad local

La entidad local tiene, para con el funcionamiento de la empresa pública, las siguientes responsabilidades:

*Primera.* Estar representada en las juntas generales de accionistas. La entidad local como propietaria debe ejercer su derecho de voto (o al menos dar una explicación si no lo hace, sin encontrarse en la situación de no haber reaccionado a las propuestas presentadas a las juntas generales de accionistas privados de las empresas públicas).

Para que el ayuntamiento pueda expresar su opinión sobre los temas presentados para aprobación en las juntas de accionistas, es necesario que la entidad propietaria se organice para poder presentar una opinión informada sobre dichos temas, y manifestarla a los órganos directivos de las empresas públicas a través de las juntas generales de accionistas.

*Segunda.* La creación de procesos de nombramiento de órganos directivos bien estructurados y transparentes en las empresas públicas en las que la entidad local tenga la totalidad de la propiedad o sea el accionista mayoritario, participando activamente en el nombramiento de los directivos de todas las empresas públicas, basado en una evaluación de las diversas habilidades, capacidades y experiencias requeridas. Los requerimientos de capacidad y experiencia deben derivar de una evaluación del directivo en ejercicio y de las exigencias alineadas con la estrategia a largo plazo de la empresa en cuestión.

La corporación municipal o la entidad propietaria deben asegurarse de que todas las empresas públicas dispongan de directivos profesionales eficientes, y de que funcionen correctamente, con la combinación de competencias necesaria para cumplir sus responsabilidades.

Cuando el ayuntamiento es el accionista mayoritario, se encuentra en una posición excepcional para proponer y elegir el órgano de administración *sin* el consentimiento de los demás accionistas (privados). Este derecho legítimo lleva consigo una gran responsabilidad a la hora de identificar y elegir a dichos miembros. En este proceso, y con el fin de minimizar los posibles conflictos de interés, debería evitarse elegir un “número excesivo” de miembros de la Administración Pública (lo que resulta especialmente importante en el caso de empresas en las que el ayuntamiento no es el único accionista).

Cuando la entidad local no sea la única propietaria del accionariado de la empresa pública, debe consultar a los restantes accionistas con anterioridad a la celebración de la junta general de accionistas.

*Tercera.* El establecimiento de sistemas de divulgación que hagan posible el seguimiento y la evaluación regular del desempeño de la empresa pública. Con el fin de que los representantes de la entidad local en la empresa pública puedan tomar decisiones fundadas en temas corporativos clave, debe asegurarse de que reciban a tiempo toda la información necesaria y pertinente. También debe crear medios que les permitan la supervisión continua de la actividad y desempeño de las empresas públicas. Igualmente se debe asegurar la existencia de sistemas externos de divulgación de información para todas las empresas públicas, a fin de proporcionar una imagen fidedigna del desempeño y de la situación financiera de la empresa pública, permitiéndoles reaccionar a tiempo y ser selectivos en su intervención. Para ello se deben desarrollar los mecanismos apropiados y seleccionar los métodos adecuados de valoración, para supervisar la actuación de las empresas públicas respecto a los objetivos establecidos.

*Cuarta.* Cuando el sistema legal y el nivel de propiedad lo permitan (empresas públicas 100 % municipales), el mantenimiento de un diálogo continuo con los auditores externos, así como con órganos específicos de control, a través de un intercambio regular de información, reuniones o discusiones ocasionales cuando se presenten problemas específicos. Los auditores externos proporcionarán una opinión externa, independiente y calificada sobre el desempeño y la situación financiera de la empresa pública.

Cuando las empresas públicas no sean 100 % municipales, se deben respetar los derechos y debe darse un tratamiento justo a los accionistas minoritarios. El diálogo con los auditores externos no debe proporci-

nar información privilegiada alguna, y debe respetar la regulación relativa a la información privilegiada y confidencial.

*Quinta.* Garantizar que los planes de remuneración para los miembros de los órganos directivos de la empresa pública promueven el interés a largo plazo de la empresa y pueden atraer y motivar a profesionales calificados, debiendo aproximarse las remuneraciones de los directivos de empresas públicas hacia las prácticas existentes en el sector privado. Es importante hacer mención a lo recogido en la disposición adicional 12.<sup>a</sup> LBRL, modificada por la LTAIPBG, en la materia, relativa a las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local, y su publicidad en la página web de la corporación local y en su memoria de actividades.

#### 4. Relaciones con los accionistas minoritarios y con las partes interesadas

Cuando la entidad local no sea la única propietaria del accionariado de la empresa pública, se deben reconocer los derechos de todos los accionistas y debe garantizarse un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa, manteniendo un elevado nivel de transparencia con todos los accionistas. Las empresas públicas deben desarrollar una política activa de comunicación y consulta con todos los accionistas, facilitando la participación de los accionistas minoritarios en las juntas generales de accionistas, con el fin de permitirles participar en las decisiones fundamentales de la empresa.

Igualmente deben reconocerse plenamente las responsabilidades de las empresas públicas con las partes interesadas (contratantes, terceros, proveedores, financiadores, etc.), y debe pedirse que informen sobre sus relaciones con estas. Las relaciones con las partes interesadas presentan una importancia especial en el caso de las empresas públicas, ya que pueden resultar decisivas para el cumplimiento de obligaciones de servicios generales, en caso de haberlos, y dado que las empresas públicas pueden tener, en algunos sectores de infraestructura, un impacto fundamental sobre el potencial de desarrollo económico y sobre las comunidades en las que son activas. Además, algunos inversores tienen en cuenta cada vez más los temas relativos a partes interesadas en sus decisiones de inversión, y consideran los posibles riesgos de litigio relacionados

con las mismas. Por lo tanto, resulta importante que se reconozca el impacto de una política activa sobre partes interesadas en el objetivo estratégico y el prestigio de la empresa a largo plazo. De esta forma, deben desarrollarse y revelarse de forma apropiada políticas claras sobre las mismas.

En su condición de accionista dominante, la entidad local puede controlar la toma de decisiones corporativas, y estar en posición de tomar decisiones que perjudican a las partes interesadas. Por lo tanto, es importante establecer mecanismos y procedimientos que protejan los derechos de partes interesadas. La entidad propietaria debe disponer de una clara política en este sentido. Las empresas públicas deben respetar plenamente los derechos de las partes interesadas creados por ley, regulaciones y mutuo acuerdo. Para ello, las empresas públicas deben asegurarse de que las partes interesadas tengan acceso a información pertinente, suficiente y fiable, que les sea facilitada a tiempo y de forma habitual para poder ejercer sus derechos. Igualmente, las partes interesadas deben tener acceso a un sistema que reconozca sus derechos en caso de violación de los mismos. Los empleados también deben poder comunicar libremente sus preocupaciones sobre prácticas ilegales o no éticas, y sus derechos no deberían verse comprometidos por hacerlo.

Sin embargo, no se deben utilizar las empresas públicas para perseguir objetivos que difieran de los existentes en el sector privado, a menos que sea compensado de alguna forma. Cualquier derecho específico otorgado a partes interesadas o cualquier influencia sobre el proceso decisorio deberían ser explícitos. Con independencia de los derechos que la legislación conceda a las partes interesadas o de las obligaciones especiales que la empresa pública deba asumir en este sentido, los órganos de la empresa, especialmente la junta general de accionistas y el órgano de administración, deben conservar sus poderes decisorios.

#### 5. Códigos de ética

La plasmación positiva de las normas éticas o de buen gobierno de las Administraciones, recibe el nombre genérico de códigos de ética pública o de buenas prácticas administrativas -propias de las Administraciones, sus autoridades y funcionarios-, que engloban "diversos tipos de códigos": (i) *códigos éticos*, los textos que contienen referencias para gestionar el funcionamien-

to de la organización, sus operaciones y actividades, plasmados de los valores y principios que han de inspirar dicha actuación entre el colectivo de directivos y empleados de la Administración, constituyendo “su marca”, que pretende destacarla de las demás; (ii) *códigos de conducta*, que se refieren más precisamente al comportamiento o a las pautas de actuación que se esperan de los miembros de la organización, sirviendo de complemento o interpretación a los que estuvieran recogidos en textos de superior rango; y (iii) *códigos de buen gobierno*, que van dirigidos a los directivos de la organización, responsables de las políticas de eficacia, transparencia y, en suma, buena administración. Junto a estos códigos están las normas de procedimiento o cumplimiento normativo de las empresas, en este caso de las empresas públicas, establecidas para prevenir la corrupción y cualquier otra actuación ilícita o delictiva.

El código ético debe proporcionar orientación clara y detallada sobre la conducta que se espera de todos los empleados, y han de crearse programas de cumplimiento, cuyo desarrollo sería deseable que se llevara a cabo de una forma participativa, con el fin de implicar a todos los empleados y partes interesadas afectadas.

Debe exigirse a los directivos de las empresas públicas el desarrollo, aplicación y comunicación de programas de cumplimiento de códigos éticos internos. Dichos códigos éticos deben aplicarse tanto a la empresa como, en su caso, a sus filiales. Se trata de algo que favorece el interés a largo plazo de cualquier empresa como una forma de hacerse creíble y fiable en sus actividades cotidianas y con respecto a sus compromisos a más largo plazo.

Resulta especialmente necesario recoger en el código ético las respectivas responsabilidades de carácter personal y público, cuando los funcionarios municipales forman parte del órgano de administración de las empresas públicas. Los funcionarios implicados podrían tener que revelar cualquier participación personal que tuviesen en la empresa pública y seguir la normativa correspondiente sobre información privilegiada. Además, deben desarrollarse directrices o códigos éticos para los miembros de la entidad propietaria, e indicarle cómo habría que tratar la información confidencial transmitida a la entidad local por los miembros públicos del órgano directivo.

El código ético debe incluir indicaciones sobre los procesos de compra, así como desarrollar mecanismos específicos que protejan y promuevan a las partes interesadas, y especialmente a los empleados, a informar

sobre cualquier conducta ilegal o no ética por parte de los ejecutivos de la empresa. En este sentido, debe asegurarse que las empresas públicas realmente cuenten con protecciones para las quejas que puedan presentar los empleados, bien en persona o a través de sus órganos de representación, u otras personas que no formen parte de la empresa. Igualmente, los códigos de ética también deben incluir medidas disciplinarias, en caso de que se encuentre que las denuncias realizadas carecen de sustento y no se hicieron de buena fe, son frívolas o son de carácter vejatorio.

Las entidades locales deben desarrollar información consistente sobre las empresas públicas y publicar anualmente un informe sobre estas, manteniendo un elevado nivel de transparencia y desarrollando procedimientos eficientes de auditoría interna.

## 6. Transparencia

Las empresas públicas deben revelar la información importante sobre todos los temas relativos a gobierno corporativo, y además centrarse en las áreas de interés especial para la corporación local como propietaria y el público en general. Las empresas públicas deben como mínimo cumplir dichas exigencias, incluyendo resultados financieros y de explotación, políticas de remuneración, operaciones con partes relacionadas y las estructuras y políticas de gobierno corporativo. Las empresas públicas deben comunicar si aplican algún código de gobierno corporativo, y, en caso afirmativo, indicar cuál. La información debería incluir las cláusulas relativas a terminación y jubilación, así como cualquier beneficio específico o remuneración en especie que se facilite a los miembros del órgano directivo.

Entre los ejemplos de dicha información se incluyen:

1. Una declaración clara dirigida al público de cuáles son los objetivos de la empresa y su cumplimiento. Es importante que cada empresa pública tenga claridad sobre sus objetivos generales.

Cuando el ayuntamiento es el accionista mayoritario o ejerce el control efectivo de la empresa pública, los objetivos de la empresa deben ser clarificados a todos los demás inversores, al mercado y al público general. Dichas obligaciones de divulgación animarán a los ejecutivos de la empresa a clarificarse a sí mismos cuáles son los objetivos, y también podrían aumentar el

compromiso de la Administración en la búsqueda de dichos objetivos.

Las empresas públicas deben informar sobre cómo cumplieron sus objetivos, divulgando indicadores clave de desempeño. Cuando la empresa pública también se utiliza para la consecución de objetivos de política pública, como pueden ser las obligaciones de prestación de servicios generales, debe asimismo informar sobre su grado de consecución.

2. Es importante que las estructuras de propiedad y voto de las empresas públicas sean transparentes, de forma que todos los accionistas entiendan claramente qué proporción tienen de los derechos económicos y de voto. Debe revelarse cualquier derecho o acuerdo especial que pudiese distorsionar la estructura de propiedad o de control de la empresa pública (como las acciones de oro y la capacidad de veto).

Se pueden presentar graves dificultades cuando las empresas públicas emprenden estrategias ambiciosas sin haber identificado claramente, evaluado o informado debidamente sobre los riesgos asociados a las mismas. Si no informan adecuadamente los factores de riesgo importantes, las empresas públicas pueden dar una imagen falsa de su situación financiera y de su desempeño global. A su vez, lo anterior puede conducir a la toma de decisiones estratégicas inadecuadas y a pérdidas financieras imprevistas.

La divulgación adecuada por parte de las empresas públicas de la naturaleza y alcance del riesgo incurrido en sus actividades, exige el establecimiento de sólidos sistemas internos de gestión del riesgo que identifiquen, gestionen, controlen e informen sobre el mismo. Las empresas públicas deben proveer información con arreglo a estándares nuevos y en constante evolución, y divulgar la totalidad de sus activos y obligaciones mantenidos fuera de balance. Cuando resulte adecuado, dicha divulgación podría incluir las estrategias de gestión del riesgo, así como los sistemas implementados para aplicarlas.

También se deben revelar debidamente los consorcios público-privados. Esas iniciativas suelen caracterizarse por transferencias de riesgos, recursos y beneficios entre socios públicos y privados para el suministro de servicios públicos o infraestructura pública, y por lo tanto podrían inducir nuevos y específicos riesgos importantes.

3. Cualquier ayuda financiera -incluidas las garantías- recibida del sector público, y los compromisos asumidos en nombre de la empresa pública con el fin

de proporcionar una imagen veraz y completa de la situación financiera de la empresa pública, deben ser informados debidamente para conocerse la existencia de obligaciones recíprocas, ayuda financiera o mecanismos para compartir el riesgo con otras las empresas públicas. La divulgación debe incluir información detallada sobre cualquier ayuda o subsidio público recibidos, cualquier garantía otorgada a la empresa pública para realizar sus actividades, así como cualquier compromiso asumido por el sector público en nombre de una empresa pública.

Las empresas públicas deben asumir condiciones competitivas a la hora de acceder a financiación. Sus relaciones con bancos, instituciones financieras y otras empresas públicas deben basarse exclusivamente en términos comerciales. A menudo se ha asumido la existencia de una garantía pública implícita sobre la deuda de las empresas públicas. Esta situación ha conducido en muchos casos a endeudamiento excesivo, desperdicio de recursos y distorsión del mercado, en perjuicio tanto de los acreedores como del contribuyente. Además, los bancos públicos y otras instituciones financieras suelen ser el acreedor más significativo, si no el principal, de las empresas públicas. Esta situación ofrece amplias posibilidades para la aparición de conflictos de interés, pudiendo provocar créditos impagados en los bancos (llegando a pensar la empresa que no está obligada a devolver el préstamo).

Deben desarrollarse mecanismos que gestionen los conflictos de interés, y que garanticen que las relaciones de las empresas públicas con bancos, otras instituciones financieras, así como otras empresas públicas, tienen lugar sobre bases estrictamente comerciales. Los bancos públicos deben conceder crédito a las empresas públicas con arreglo a las mismas condiciones que para las empresas privadas.

4. Las operaciones entre empresas públicas y entidades relacionadas, como por ejemplo una inversión realizada por una empresa pública en el capital de otra empresa pública, podrían constituir una fuente de abusos potenciales y deberían revelarse. La entrega de información sobre operaciones con entidades relacionadas debe facilitar todos los datos necesarios para poder evaluar la imparcialidad y conveniencia de estas operaciones.

Las empresas públicas deben mantener un elevado nivel de transparencia desarrollando información, dirigido al público en general, a los órganos de la entidad local y a los medios de comunicación. Dicha informa-

ción debe desarrollarse de tal forma que permita a todos los lectores obtener una visión clara del desempeño y evolución global de las empresas públicas. Además, la entrega de información también es fundamental para poder profundizar su comprensión del desempeño de la empresa pública y poder clarificar su propia política. También debería facilitar información sobre la organización de la función de propiedad, así como una visión general de la evolución de las empresas públicas, información financiera e información sobre los cambios en los directivos de las empresas públicas. El informe también debería facilitar los principales indicadores financieros, incluyendo ventas totales, utilidades, flujo de caja proveniente de las operaciones, inversión bruta, retorno al patrimonio, ratio patrimonio/activos y dividendos.

Se insiste: un requisito fundamental para proteger a los accionistas minoritarios es garantizar un elevado nivel de transparencia, sobre todo en relación con la información financiera que garantiza un tratamiento equitativo. Cuando mantienen relaciones estrechas con inversores y con partícipes del mercado, las empresas deben tener cuidado de no violar este principio fundamental de trato equitativo. Los accionistas minoritarios deben tener acceso a toda la información necesaria para poder tomar decisiones bien fundadas. Cualquier acuerdo entre accionistas, incluyendo los acuerdos de información que cubren a los directores, debe ser divulgado.

El desarrollo de una página web, que permite al público acceder fácilmente a la información, debe proporcionar información tanto sobre la organización de la función de propiedad y la política general de propiedad como sobre el tamaño, evolución, desempeño y valor del sector público.

En el campo de la contratación pública, esta información y participación no podrían llevarse a cabo adecuadamente si el proceso contractual –todo- no se rigiera por mecanismos que hicieran del mismo un procedimiento prefijado normativamente, transparente y público. Al fin y al cabo, la inversión pública constituye un importante factor de desarrollo y crecimiento económico; pero ello exige unas peculiares normas de actuación para acertar en la selección no solo del contratante, sino también de las “obras de inversión”, atendiendo a los recursos disponibles, y en su ejecución, atendiendo a la escala de prioridades, debiendo buscar un necesario equilibrio entre la eficiencia, que insta a anteponer los proyectos de mayor intensidad de

uso y efecto multiplicador en la actividad económica y empleo, y la solidaridad, que contribuye a la expansión de las áreas y sectores menos favorecidos. Para obtener la mayor eficiencia en el proceso de contratación pública, es necesario que se lleven a cabo correctamente los procedimientos y se respeten los principios que los sustentan. Los principios de publicidad, concurrencia y transparencia sirven al propósito múltiple de respetar la igualdad de oportunidades, ampliar el abanico de opciones asequibles, y garantizar la lealtad competitiva, lo que contribuye a la reducción de costes, el aumento de calidad, la reducción de plazos de ejecución, la mejora de características de cada proyecto, y, por supuesto, el aumento del bienestar social.

## 7. Auditoría interna y externa

La auditoría interna constituye una actividad de consultoría que ofrece una garantía objetiva e independiente, diseñada para aumentar el valor y mejorar las actividades de una organización, ayudando a la misma a alcanzar sus objetivos mediante la contribución de un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la efectividad de los procesos de gestión del riesgo, control y gobierno corporativo. Los auditores internos desempeñan un papel importante a la hora de garantizar un proceso de divulgación eficiente y sólido, así como controles internos adecuados en un sentido amplio.

Las empresas públicas deben desarrollar procedimientos eficientes de auditoría interna, y crear una función de auditoría interna que esté monitoreada por el órgano directivo y el comité de auditoría o el órgano societario equivalente, y dependa directamente del mismo. Se deben definir los procedimientos para la recolección, compilación y presentación de información suficientemente detallada. También debe asegurarse que los procedimientos de la empresa se aplican debidamente, y garantizarse la calidad de la información divulgada por la empresa.

Con el fin de aumentar su independencia y autoridad, los auditores internos deben trabajar y reportar directamente al órgano directivo y su comité de auditoría en los sistemas de un nivel, al directivo en los sistemas de dos niveles, o a los directivos de auditoría, en el caso de haberlos.

Según las *Directrices* de la OCDE, las empresas públicas, y especialmente las de mayor tamaño, deben

estar sometidas a una auditoría externa anual independiente, basada en estándares internacionales. La existencia de procedimientos estatales específicos de control no sustituye la necesidad de contar con una auditoría externa independiente, aunque, ciertamente, las empresas públicas no están necesariamente sujetas a ser auditadas por auditores externos independientes, normalmente por la existencia de sistemas específicos de auditoría que se consideran suficientes para garantizar la calidad y exhaustividad de la información contable.

Pero, con el fin de reforzar la confianza en la información facilitada, la entidad local debe exigir que, además de las auditorías especiales, al menos la totalidad de las grandes empresas públicas se sometan a auditorías externas, debiéndose desarrollar procedimientos adecuados para la selección de los auditores externos, siendo crucial que estos sean independientes tanto de la Administración como de los accionistas dominantes (de la entidad local en el caso de las empresas públicas). Además, los auditores externos deben estar sometidos a los mismos criterios de independencia que en las empresas privadas.

Las empresas públicas deben someterse a eficaces estándares de contabilidad y de auditoría. Todas las empresas públicas deben divulgar su información financiera y no financiera. Lo anterior implica que los miembros directivos de las empresas públicas firman los estados financieros, y que los gerentes generales y los directivos financieros de Finanzas certifican que dichos informes presentan de forma adecuada y razonable, en todas las cuestiones importantes, las actividades y la situación financiera de la empresa pública.

## 8. El principio de publicidad activa en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG)

Mucho de cuanto se ha venido exponiendo –derivado de las *Directrices* de la OCDE– se recoge, como ya se ha adelantado, en la LTAIPBG, que si bien, tal y como recoge su artículo 2.1.g), es de aplicación a las “sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100”, nada impide su toma en consideración, cuando proceda, para supuestos de menor participación accionarial pública.

Sobre las sociedades de la letra g) se proyecta el principio de publicidad activa, desarrollado en los artículos 5 a 8, cuyo tenor literal se transcribe por su interés y novedad:

### Artículo 5. Principios generales:

“1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.

“2. Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.

“3. Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.

“4. La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.

“Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas.

“5. Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos”.

### Artículo 6. Información institucional, organizativa y de planificación:

“1. Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a

las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional.

“2. Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.

“En el ámbito de la Administración General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas”.

#### Artículo 7. Información de relevancia jurídica:

“Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:

“a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos.

“b) Los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación.

“c) Los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública.

“d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

“e) Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación”.

#### Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística:

“1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la

información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

“a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

“Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

“b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

“c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

“d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

“e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

“f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.

“g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados

públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.

“h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.

“i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente”.

## 9. El órgano de administración de la empresa pública

La composición de los órganos de administración de las empresas públicas debería permitir el ejercicio de un juicio objetivo e independiente. Una buena práctica –recomendada por las *Directrices* de la OCDE– exige la separación de los cargos de presidente y de gerente general.

Un requisito previo fundamental a la hora de dotar de poder a los directivos, es estructurarlos de tal forma que puedan ejercer de forma efectiva un juicio objetivo e independiente, estar en condiciones de supervisar a la alta Administración y tomar decisiones estratégicas. El nombramiento de todos los miembros del órgano de administración debe realizarse mediante un proceso transparente, y debe quedar claro que su obligación es la de actuar en interés de la empresa en su conjunto (y no como representantes individuales de los que los nombraron). Los órganos directivos de las empresas públicas deben también estar protegidos de una interferencia política indebida y directa que pudiera distraer su atención del logro de los objetivos.

Un requerimiento fundamental para potenciar la objetividad de los directivos de las empresas públicas, es nombrar un número suficiente de miembros no ejecutivos competentes en el consejo de administración, capaces de tener un juicio independiente. Dichos

miembros del órgano de administración deben disponer de la capacidad y experiencia pertinentes, y resulta aconsejable, según recomiendan las *Directrices* de la OCDE, que procedan del sector privado, lo que contribuirá a que los órganos directivos estén más orientados a los negocios, especialmente en el caso de las empresas públicas que actúan en mercados competitivos. Su competencia profesional también podría incluir las cualificaciones relacionadas con las obligaciones y objetivos de política específicos de las empresas públicas.

Deben desarrollarse mecanismos con el fin de evaluar y mantener la efectividad del desempeño e independencia del órgano de administración. Estos incluyen, por ejemplo, la limitación del número posible de mandatos de los miembros del consejo, así como la asignación de recursos al órgano directivo para que tenga acceso a información independiente o para llevar a cabo una evaluación independiente.

Una definición adecuada y clara de las funciones del órgano directivo y de su presidente, contribuirá a prevenir situaciones en que la separación podría provocar una oposición ineficiente entre los dos altos cargos de la empresa. De manera similar, en el caso de los sistemas de dos niveles, se considera una buena práctica que el gerente general no pase a ser el presidente del consejo en el momento de su jubilación. La separación del cargo de presidente del consejo de administración del cargo de gerente general resulta especialmente importante en las empresas públicas, en las que se suele considerar necesario potenciar la independencia del consejo de administración. El presidente desempeña un papel clave al orientar al consejo de administración, garantizando que funciona eficientemente, y promoviendo la participación activa de los miembros individuales del órgano directivo en la orientación estratégica de la empresa pública. Cuando el cargo de presidente y el de gerente general se encuentran separados, el primero también debe tener un papel en acordar con la entidad propietaria las habilidades y la experiencia profesional que el consejo de administración debería incluir para actuar de forma efectiva. Por lo tanto, la separación de la presidencia del cargo de gerente general, debe considerarse una medida fundamental a la hora de establecer órganos directivos eficientes en las empresas públicas.

Deben crearse procedimientos que faciliten la profesionalidad y la verdadera independencia de los miembros del órgano directivo que representan al per-

sonal, y que garanticen que estos respetan su deber de confidencialidad. Dichos procedimientos deben incluir mecanismos electorales adecuados, transparentes y democráticos, capacitaciones, y procedimientos claros para la gestión de los conflictos de intereses. Para que los miembros del consejo de administración que representan al personal puedan contribuir de forma positiva al trabajo del órgano, los demás miembros de este, así como la administración de la empresa pública, deberán estar dispuestos a aceptarlos y a cooperar con ellos.

Los directivos de las empresas públicas deben contar con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la Administración, actuando con integridad y asumiendo la responsabilidad por sus acciones ante la entidad local propietaria.

Otorgar más poder y mejorar la calidad de los directivos de las empresas públicas, constituye un paso fundamental en la mejora del gobierno corporativo de las empresas públicas. Es importante que las empresas públicas cuenten con órganos fuertes que puedan actuar en el interés de la empresa y supervisar a la Administración de forma efectiva, sin sufrir interferencias políticas indebidas. Para ello, será necesario garantizar la competencia de los directivos de las empresas públicas, potenciar su independencia y mejorar su funcionamiento. También resulta necesario permitirles asumir plena y clara responsabilidad de sus funciones, y garantizar que actúen con integridad.

Deben restablecerse y evaluarse cuidadosamente los supuestos de inhabilitación e incapacidad, y las situaciones de conflicto de interés, con indicación sobre la forma de tratarlas y solucionarlas. En especial, lo anterior implica que los directivos no deben participar en las decisiones que afectan a la misma empresa pública, ni tener obligaciones o restricciones específicas que les impidan actuar con arreglo al interés de la empresa. De forma más general, cualquier posible conflicto de interés que afecte a cualquier miembro directivo debe ser comunicado, y debería ser revelado junto con la información sobre la forma en que se está gestionando.

## 10. Responsabilidad y tratamiento equitativo de los accionistas

El órgano directivo debe ser responsable, directa o indirectamente, ante los órganos que representan los intereses del público en general, como la junta general

de accionistas y, también, el pleno municipal, debiendo estar claramente definida su responsabilidad, al igual que la de las propias empresas públicas, que no debe verse diluida como resultado de la relación de dependencia ante aquel.

Por su parte, se deben reconocer los derechos de todos los accionistas, garantizando un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa. Al ayuntamiento le conviene garantizar que en todas las empresas en las que participa los accionistas minoritarios reciban un trato equitativo, puesto que su reputación en este sentido influirá sobre su capacidad para atraer financiación externa y sobre la valoración de la empresa. Por consiguiente, debe asegurarse que los demás accionistas no perciban a la entidad local como un propietario opaco, impredecible e injusto. Por el contrario, el ayuntamiento debe crear una reputación ejemplar y seguir las buenas prácticas en lo relativo al tratamiento de los accionistas minoritarios.

Cuando parte del capital de una empresa pública se encuentra en manos de accionistas privados, institucionales o individuales, debe reconocer sus derechos. Debe protegerse a los accionistas minoritarios de las acciones abusivas de los accionistas controladores, o que benefician a estos, tanto directa como indirectamente, prohibiéndose el uso de información privilegiada y los actos abusivos en provecho propio.

Como accionista dominante, el ayuntamiento está muchas veces en condiciones de tomar decisiones en la junta general de accionistas sin el acuerdo de ningún otro accionista. Si bien dicho poder de decisión constituye un derecho legítimo que es consecuencia de la propiedad, resulta importante que el ayuntamiento no abuse de su papel de accionista dominante, por ejemplo buscando el logro de objetivos que no convienen a la empresa y que por lo tanto resultan perjudiciales para otros accionistas. El abuso se puede producir mediante transacciones relacionadas inapropiadas, decisiones de negocios sesgadas, o cambios en la estructura de capital que favorecen a los accionistas dominantes. Las medidas que se pueden adoptar incluyen una mejor divulgación, el deber de lealtad de los miembros directivos, así como la necesidad de mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas.

Hay grandes posibilidades de abuso cuando el sistema legal permite, y el mercado acepta, que los accionistas controladores ejerzan un nivel de control que no se corresponde con el nivel de riesgo que asumen

como propietarios gracias al uso de instrumentos legales para separar la propiedad del control.

### 11. Deber de facilitar la participación de los accionistas minoritarios en las juntas de accionistas

El derecho a participar en la junta general de accionistas constituye un derecho fundamental de estos. Los accionistas minoritarios pueden estar preocupados de que en la práctica las decisiones se tomen fuera de las juntas de accionistas o de las reuniones de los directivos de la empresa.

Con el fin de promover la participación activa de los accionistas minoritarios en la junta general de accionistas de las empresas públicas, y de facilitar el ejercicio de sus derechos, las empresas públicas pueden adoptar mecanismos específicos, como son incluir mayorías cualificadas para determinadas decisiones de los accionistas (y, cuando se considere que las circunstancias lo justifican, la posibilidad de utilizar normas de elección especiales, como puede ser la acumulación de votos). Entre las medidas adicionales se deberían incluir el facilitar el voto de los no presentes o el desarrollo del uso de medios electrónicos como forma de reducir los costos de participación. Es importante que cualquier mecanismo especial para la protección de los minoritarios sea cuidadosamente ponderado, debiéndose favorecer a todos los accionistas minoritarios, y de ninguna manera contradecir el concepto de tratamiento equitativo. Tampoco se debe impedir que la entidad local como accionista mayoritario ejerza su influencia legítima sobre las decisiones, ni tampoco se debería permitir a los accionistas minoritarios bloquear el proceso decisorio.

### 12. Gerente general

Los directivos de las empresas públicas deben realizar sus funciones de supervisión de la administración y de guía estratégica, sujetos a los objetivos establecidos por el Gobierno municipal, debiendo disponer de la autoridad necesaria para nombrar y cesar al gerente general. En muchos casos, los directivos de las empresas públicas no reciben la plena responsabilidad y autoridad para la guía estratégica, supervisión de la administración y control sobre la divulgación de informa-

ción. Los papeles y responsabilidades de los directivos de las empresas públicas pueden verse invadidos desde dos extremos: por las entidades propietarias y por la Administración. La entidad propietaria, si es que no el Gobierno municipal mismo, puede verse tentada a implicarse en exceso en temas estratégicos, si bien es responsabilidad suya definir los objetivos generales de la empresa, especialmente si se tiene en cuenta que la diferencia entre la definición de objetivos y la fijación de estrategias puede no ser muy clara.

La designación y el cese del gerente general deben ser funciones clave de los órganos de administración de las empresas públicas. Sin esta autoridad resulta difícil que los directivos de las empresas públicas puedan ejercer plenamente su función supervisora, y sentirse responsables del desempeño de las empresas públicas. Con independencia de cuál sea el procedimiento, las designaciones de gerentes generales deberían basarse en criterios profesionales. Las normas y los procedimientos para nombrar y designar al gerente general deben ser transparentes y respetar la línea de responsabilidad entre el gerente general, el órgano directivo y la entidad propietaria. Debe revelarse cualquier acuerdo entre accionistas relativo a la nominación del gerente general.

De la obligación que tienen los directivos de las empresas públicas de evaluar y hacer un seguimiento del desempeño de la administración, se sigue que estos también deberían ejercer una influencia decisiva sobre la remuneración del gerente general. Deben asegurarse de que la remuneración del gerente general se encuentre vinculada al desempeño, y de que sea debidamente divulgada.

### 13. Las responsabilidades de los directivos de empresas públicas

Los directivos de las empresas públicas deben contar con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la Administración. Deben actuar con integridad y asumir la responsabilidad por sus acciones.

Los directivos de las empresas públicas deben, en principio, tener las mismas responsabilidades y obligaciones que se estipulan en la Ley de Sociedades de Capital. Las responsabilidades de los directivos de las empresas públicas deberían articularse a través de la legislación, de las regulaciones, de la política de pro-

piedad pública y de los estatutos sociales de la empresa. Es fundamental que todos los miembros del órgano directivo tengan la obligación legal de actuar en interés de la empresa, y de tratar a todos los accionistas equitativamente. Debe indicarse con claridad la responsabilidad, tanto colectiva como individual, de los miembros del órgano directivo, no debiendo haber diferencia alguna entre las responsabilidades de los distintos miembros de administración o dirección, con independencia de que hayan sido nombrados por la entidad local o por cualquier otro accionista o parte interesada.

Con el fin de que los miembros del órgano de gestión de las empresas públicas estén informados sobre sus responsabilidades y obligaciones, debe requerirse su capacitación. Para subrayar las responsabilidades del órgano de gestión, habría que facilitar un informe de gestión de los directivos junto con el balance anual y remitirlo a los auditores externos. El informe de gestión de los directivos debe proporcionar información y observaciones sobre la organización, desempeño financiero, factores de riesgo importantes, acontecimientos significativos, relaciones con partes interesadas, y efectos de las instrucciones de la entidad coordinadora o propietaria.

Estos deberes de los administradores vienen recogidos en los artículos 225 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, y la responsabilidad por su incumplimiento en los artículos 236 y siguientes del mismo texto, cuyo desarrollo escapa del objetivo de este trabajo.

#### 14. La responsabilidad penal de la empresa pública local

Aparte de las responsabilidades políticas, civiles o incluso penales de las personas físicas, directivos o administradores de la empresa pública, existe, como es sabido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulada en el Código Penal (CP), en su artículo 31 bis (y, para las entidades que no ostenten personalidad jurídica, excluidas por esta razón de dicho precepto, en el artículo 129). Esta responsabilidad es independiente –y acumulativa– de la de las personas físicas, tanto por

acción u omisión directa como por acción u omisión indirecta (en los términos indicados del artículo 31 CP).

El apartado 1 del artículo 31 bis CP recoge el ámbito subjetivo de esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, distinguiendo (i) los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, y (ii) los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

El artículo 31 bis CP no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos tipificados en el Código Penal, sino que sigue un sistema de *numerus clausus*. Así, a pesar de ser el artículo 31 bis una norma contenida en la parte general del Código, el catálogo de delitos en los que el legislador ha previsto expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas es taxativo, recogiendo, entre otros delitos: la estafa (artículo 251 bis), las insolvencias punibles (artículo 261 bis), el cohecho (artículo 427) y el tráfico de influencias (artículo 430), que pudieran ser de interés para este trabajo.

Tampoco todas las personas jurídicas son susceptibles de ser inculpidas penalmente. En lo que interesa a este trabajo, el CP tiene excluida de forma expresa la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas que refiere, con mejor o peor acierto, en el apartado 5 del artículo 31 bis<sup>5</sup>, entre las que se encuentran las “sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

No existe regulado un estatuto penal de las empresas y sociedades públicas, y la regla del artículo 31 bis 5 CP no es, como se puede observar, precisamente clara, especialmente en lo referente a “servicio de interés económico general”, lo que podría propiciar un poco justificado tratamiento penal distinto de las empresas “públicas” respecto de las privadas, con el riesgo de “favorecer por omisión” la práctica de conductas corruptas.

5. Estas exclusiones no se dan si dicha forma jurídica se ha tomado para evitar una eventual responsabilidad penal, es decir, con carácter “instrumental”.

El precepto en cuestión exige, por otra parte, hacer dos precisiones:

Por un lado, que esta exclusión no rige para las sociedades mercantiles estatales que desarrollen una actividad estrictamente mercantil, en el sentido de lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Estas podrán ser imputables conforme al artículo 31 bis en todos aquellos aspectos en los que se rigen por el derecho privado, cuando no estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general.

Y, por otro, pese a la dicción literal, que la exclusión también alcanza a las sociedades públicas autonómicas, provinciales o locales, porque, aunque pudiera pensarse que la omisión obedece a una intención del legislador, parece evidente que tal distinto trato es contrario a una interpretación teleológica y garantista de la norma -propia del derecho penal-, que obliga a considerar que dichas sociedades se encuentran igualmente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 31 bis, toda vez que constituyen instituciones del Estado y la *ratio* para excluir a las primeras debería servir, en idéntica medida, para evitar la aplicación de la responsabilidad penal a las segundas, en cuyo seno pueden cometerse por el administrador de hecho o de derecho o por un empleado las conductas delictivas tipificadas en el CP, susceptibles de “ser cometidas” por la persona jurídica, sobre la que recaería la pena legalmente prevista<sup>6</sup>.

Afortunadamente, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se reforma el Código Penal<sup>7</sup> introduce un nuevo artículo 31 quinquies, cuyo apartado 2 establece:

“En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser imputadas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será apli-

cable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

Este nuevo artículo –actualmente en proyecto– “arregla” de alguna manera la comprensión del supuesto de no responsabilidad aún vigente –apartado 5 del artículo 31 bis CP–, no distinguiéndose entre sociedades estatales y no estatales ni exceptuándose dicha responsabilidad en todos los supuestos de actuación delictiva.

Igualmente el referido artículo 31 bis 1, de aprobarse el referido Proyecto de reforma, quedaría redactado de forma más clara, como sigue:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

“a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

“b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Dicho Proyecto de reforma del CP, en referencia a la imputación y a la culpabilidad, introduce unos nuevos artículos 31 ter y 31 quáter, con el siguiente contenido:

Artículo 31 ter:

“1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien

6. En este sentido se manifiesta la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, que al tratar este tema dice: “En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiéndolo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales”.

7. Actualmente se encuentra dicho Proyecto discutiéndose en la respectiva Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

“2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”.

#### Artículo 31 quáter:

“Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

“a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

“b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

“c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

“d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

El Proyecto de reforma del Código Penal recoge los supuestos de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si el delito fuere cometido por los representantes legales o administradores de hecho o derecho, si se cumplen las siguientes condiciones:

“1.<sup>a</sup>) que el órgano de administración ya ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;

“2.<sup>a</sup>) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

“3.<sup>a</sup>) que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y

“4.<sup>a</sup>) que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

“En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

Añade el proyectado artículo 31 bis CP dos apartados más de interés:

“3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión [a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2] podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

“4. [Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad] si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido”.

Es decir, se instaura en sede penal un novedoso concepto de gran comprensión mercantil, que puede servir como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: el modelo de organización o de gestión. Respecto del mismo, dice así el apartado 5 del artículo 31 bis del Proyecto CP (regulando en sede penal, cual si de una norma mercantil se tratara):

“5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos:

“1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

“2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

“3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

“4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

“5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. El modelo contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso:

“a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y

“b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención”.

Se advierte, con preocupación, que lo que se vendió en 1995 como el Código Penal de la democracia se hizo deprisa y corriendo, sin consenso político y sin tratar temas capitales de indudable trascendencia para la política criminal, lo que está propiciando múltiples parches y remiendos, convirtiendo el texto punitivo, en lo que ahora interesa, en una especie de código mercantil donde se establece el contenido mínimo de los modelos de gestión de las empresas, para que estén exentas de responsabilidad penal por los delitos cometidos en su provecho por las personas que se indican en el texto, lo que, sin duda, se aparta de lo que debe ser un código penal: claro, preciso y conciso. ■

---

# La función interventora y las cláusulas de garantía de pagos por las comunidades autónomas en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

José Manuel Pardellas Rivera

Interventor de la Diputación de A Coruña

1. Consideraciones previas
2. La función de control interno en la normativa local básica del Estado
  - 2.1. La función de contabilidad pública local
  - 2.2. La función interventora
  - 2.3. El control financiero (permanente), el control de eficacia y la auditoría pública
3. La actividad de información y asesoramiento en materia económico-financiera
4. La función interventora en las normas de estabilidad presupuestaria
  - 4.1. Normas reguladoras de la estabilidad presupuestaria
  - 4.2. Actuaciones a realizar por la Intervención General
5. Actividades de la Intervención local con motivo de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
6. Cláusulas de garantía de pagos por las comunidades autónomas
7. Otras normas sectoriales
8. Consideraciones finales
9. Referencias bibliográficas
10. Anexo: servicios municipales prestados (Comunidad Autónoma de Galicia)

## Resumen

La función de fiscalización y control interno de la gestión económico-financiera en las entidades locales, contiene dos aspectos ampliamente recogidos en la normativa estatal básica: uno subjetivo, referido al régimen jurídico de los funcionarios a los que está reservado el ejercicio de esa función, y otro objetivo, relativo a las materias, actos y acuerdos de gestión económico-financiera sobre los que se proyecta la actividad de control interno.

Son múltiples y variadas las normas estatales que se refieren a ambos aspectos de la función interventora, y son múltiples, también, las modificaciones normativas recientes.

El presente trabajo pretende realizar un análisis descriptivo de las normas estatales reguladoras, y, tras una valoración sobre su carácter parcial y disperso, proponer la configuración de un estatuto jurídico actualizado, armonizado y adecuado a las condiciones de la gestión económico-financiera de los entes locales.

Palabras clave: *función interventora; control de la gestión económico-financiera; estabilidad presupuestaria; auditoría pública; contabilidad pública local; coste efectivo; sostenibilidad financiera.*

---

Artículo recibido el 10/03/2014; aceptado el 30/05/2014.

## *The financial controller function and the payment guarantee clauses of Autonomous Communities under the Law 27/2013, on Rationalization and Sustainability of Local Administration*

### **Abstract**

*The financial controller function and the internal control of economic and financial management of local entities contain two elements that are widely covered in the State basic law: a subjective one, related to the legal status of civil servants which exercise these functions, and other objective, related to subjects, acts and economic and financial agreements that are the object of the internal control function.*

*There exist multiple and diverse State norms that regulate the financial controller function and also there have been several recent amendments to these norms.*

*This article carries out a descriptive analysis of the State norms; concludes their partial and disperse nature and, finally, it proposes the configuration of a special legal status that would be adapted to the conditions and necessities of the economic and financial management of local entities.*

*Keywords: financial controller function; control of the economic and financial management; budget stability; public audit; public local accountancy; financial sustainability.*

## **1. Consideraciones previas**

Es notorio y evidente que el mundo experimenta un permanente y acelerado proceso de cambio que se proyecta sobre todos los ámbitos de la actividad humana: social, político, económico, tecnológico... Hasta tal punto se percibe la intensidad y alcance de esta acumulación histórica de transformaciones que se afirma que "no estamos en una era de cambios sino en un cambio de era".

Una manifestación de las múltiples modificaciones que se suceden es la constatación de que el mundo se ha hecho "más pequeño", y, en consecuencia, cualquiera que sea nuestra actividad, hemos de tomar en consideración diferentes niveles de referencia:

- El contexto mundial.
- El espacio regional, en nuestro caso Europa.
- El ámbito estatal.
- El marco de la comunidad autónoma.
- La actuación propia de cada entidad local.

Cada vez son más y más relevantes las cuestiones que deben plantearse en el contexto mundial para obtener la solución adecuada (derechos laborales, sistema financiero, orden penal internacional), y cada día son más numerosas y trascendentes las decisiones económicas, políticas o normativas que tienen su origen en la Unión Europea (política económica, medioambiental, de justicia y seguridad exterior, etc.). El régimen local no es "bifronte" (estatal y autonómico); es,

como mínimo, trifronte, pues es destinatario de las normas de origen europeo (tratados, reglamentos, directivas...), y debe estar permanentemente adaptado al contexto mundial.

Situados en un mundo cambiante, complejo e interrelacionado, se hace necesario un excepcional y permanente esfuerzo de información y adaptación, cualquiera que sea nuestra actividad (pública o privada, económica o jurídica, nacional o local...), como un requerimiento de eficacia y como una condición de supervivencia.

A lo largo del tiempo se han ido sucediendo distintas concepciones globales de la actuación administrativa, que han orientado, y orientan actualmente, la visión y la actuación de los diferentes colectivos implicados en la gestión pública: políticos, directivos, funcionarios, ciudadanos, etc.

De una forma muy esquemática podemos estructurar los distintos paradigmas de la actividad de la Administración Pública en diferentes arquetipos:

- **Principio de legalidad:** la Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico y con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Este es el primer, prioritario e inexcusable principio de la actuación administrativa, que constituye una condición básica y necesaria de su legitimidad. Es, sin duda, el elemento vertebrador de toda acción pública y la mayor conquista del "Estado de Derecho", que resulta ser el inevitable marco de referencia en la actividad de los

poderes públicos (legislativo, ejecutivo, judicial, estatal, autonómico, local...), en todas sus vertientes y en todas sus manifestaciones: legalidad general (artículos 1, 9, 103 y 106.2 de la Constitución española), legalidad en la gestión de ingresos públicos (artículos 31.3, 133, 153, 156,... CE), legalidad en la gestión de los gastos públicos (artículos 31, 134.7,... CE), en la actividad presupuestaria (artículos 134,... CE), en la actividad relacionada con la función pública, con la contratación administrativa, con la expropiación forzosa, la hacienda general, etc. (artículos 33, 149,... CE).

■ **Principio de eficacia:** con el devenir del tiempo se han asignado a los poderes públicos distintas funciones, competencias y servicios generales que han requerido de estos una actuación eficaz, es decir, que garantice el cumplimiento de los objetivos asignados a cada uno de ellos.

La actuación conforme a la ley se configura como una condición necesaria de legitimidad para los gestores públicos, pero no suficiente. Además de cumplir con las normas de aplicación, los gestores públicos deben acreditar que han logrado los objetivos formulados. Se requiere, en consecuencia, que se expliciten los objetivos propuestos (cuantitativa, cualitativa y temporalmente) y se establezcan los sistemas de información, evaluación y seguimiento oportunos.

■ **Principios de economía y eficiencia:** de forma sucesiva se han ido asignando más funciones, tareas, actividades y servicios al sector público, de tal forma que su dimensión económica es relevante y sustancial en el conjunto de la actividad económica general.

Por otra parte, la financiación de mayores y más amplios servicios públicos requiere de una mayor "presión fiscal", o del recurso al endeudamiento público, variables que los ciudadanos incorporan a su valoración de la actuación pública.

Es por ello por lo que también resulta relevante que el desempeño de los poderes públicos sea acorde con los principios de economía y eficiencia:

- A través del principio de economía se pretende garantizar la adquisición racional de los elementos necesarios para la actividad pública: que se adquiera la cantidad de factores precisa, al menor coste posible, con la calidad adecuada y con los plazos de incorporación idóneos para el proceso productivo de los servicios o los productos públicos.

- Mediante el principio de eficiencia se procura asegurar que la Administración Pública consiga los objetivos propuestos con el menor coste posible. Se fija,

por lo tanto, como elemento de juicio básico para valorar la actuación administrativa la evaluación de los costes, de los recursos empleados para conseguir los objetivos propuestos: no basta con conseguir los objetivos formulados (eficacia), sino que debe hacerse con los menores recursos posibles (economía) y al menor coste viable (eficiencia).

Se trata de indicadores de la actividad de los entes públicos de carácter relativo, que solo adquieren su significación plena cuando se comparan con los obtenidos por la organización a lo largo del tiempo, o bien por otras organizaciones de características homogéneas en los mismos periodos temporales.

El objetivo fundamental consiste en obtener la mejor relación posible entre los costes del proceso y los rendimientos obtenidos, con un coeficiente de cobertura óptimo.

■ **Principio de calidad y pertinencia:** la concepción de los ciudadanos como usuarios de servicios públicos requiere tomar en consideración su valoración cualitativa de los mismos, su percepción del servicio recibido o, de forma más precisa, la relación que existe entre su percepción real del servicio y las expectativas que se habían formulado. El destinatario del servicio público (interno o externo) valora, así, lo que recibe y cómo lo recibe. Suele distinguirse entre la "calidad percibida por los receptores de los *outputs*", la "calidad técnica u objetiva" y la calidad apreciada por los prestadores del servicio.

La pertinencia hace referencia a la adecuación del servicio público prestado a las necesidades o los requerimientos de los usuarios. Se pretende así evitar que la Administración Pública pueda ser perfectamente eficaz, eficiente y económica al prestar servicios con arreglo al régimen jurídico aplicable que el usuario no necesita, demanda o valora.

En definitiva, el ciudadano se convierte en protagonista del quehacer administrativo, y su opinión soberana y revelada orienta los servicios públicos que se le prestan y las condiciones en que son prestados.

En este sentido las "cartas de servicios" de las entidades públicas explicitan los compromisos posibles con los recursos disponibles, cuyo incumplimiento habilita al usuario para formular la queja o la reclamación oportuna o, incluso, obtener la indemnización pertinente por el funcionamiento de los servicios.

■ **Principio asociado a la excelencia:** para ilustrar el objetivo esencial de la orientación a la excelencia podemos partir de dos adagios:

- Todo es susceptible de mejora.
- El aprendizaje es una noble tarea siempre inacabada.

La Administración Pública debe procurar procesos de mejora continua, y los gestores de lo público deben estar dispuestos a aprender permanentemente de todos los agentes económicos y sociales: de los usuarios, de las empresas, de otras Administraciones, de los funcionarios que participan en el proceso, de las buenas y de las malas prácticas, y, en fin, de la experiencia propia y cotidiana.

En el ámbito de la actuación pública “excelente” se incluyen objetivos instrumentales tales como la transparencia en la actuación administrativa (mediante la información pública adecuada y la participación ciudadana posible), la sostenibilidad de los servicios públicos, la solvencia de las finanzas públicas (estabilidad presupuestaria, limitación al déficit y al endeudamiento público, Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea, período medio de pago a proveedores...), los principios éticos de la gestión pública (responsabilidad social corporativa, compromisos con el medio ambiente...), el propósito de la “mejora continua” y, en general, todo lo que atañe a la valoración y toma en consideración de las consecuencias futuras de toda actuación administrativa presente.

Los requerimientos expresados para la actuación de las Administraciones Públicas no son excluyentes, sino acumulativos. La legitimación de los gestores públicos solo se alcanza si su actividad es conforme con la legalidad vigente y, además, es eficaz (pues alcanza los objetivos programados), y, además, es económica y eficiente (por consumir los menores recursos posibles y al menor coste), y, además, es de calidad (porque se adapta a la demanda de los usuarios y procura y obtiene su valoración positiva), y, además, es excelente (porque incorpora los valores de transparencia, información y participación, pertinencia, sostenibilidad y respeto a los valores sociales, medioambientales, de equidad, solidaridad y mejora continua), y, además, dispone de sistemas de información y evaluación del cumplimiento de los requerimientos citados, los aplica y pone la información obtenida a disposición de todos los que participan en la gestión y de la opinión pública, y, finalmente, compara los resultados obtenidos con los de otras organizaciones, para reflexionar y mejorar de forma continua su actividad.

Las transformaciones y cambios que experimentan la “visión” y la “misión” de las Administraciones Públi-

cas se proyectan sobre todos los ámbitos de su actividad: la planificación, la programación, la presupuestación, la gestión y, por supuesto, la evaluación y el control de todos ellos.

En consecuencia, parece obvio que todas las actividades expresadas deben hacer un ejercicio de adaptación: si se ha modificado sustancialmente el contexto operativo de las Administraciones Públicas, deben adecuarse las normas, los criterios, los principios y los métodos de gestión y de evaluación y control, para poder seguir atendiendo el interés general en condiciones óptimas de respeto a la legalidad a través de una actuación eficaz, eficiente, de calidad, inmersa en un proceso de aprendizaje y mejora continua, en busca de la sostenibilidad y la excelencia.

Si hemos de cambiar el enfoque de la “administración de los recursos” a la “gestión de los resultados”, si tenemos que añadir a los objetivos de legalidad los requisitos de la economía, la eficacia, la eficiencia, la calidad, la pertinencia, la sostenibilidad o la transparencia, tenemos que “repensar” los sistemas de información y control que contribuyan a la consecución de los nuevos objetivos y “refuercen” la nueva orientación. Seguramente no bastará con afirmar que tenemos que ser eficaces y conseguir los objetivos, también será necesario conocer quién y cómo evaluará su cumplimiento y las consecuencias asociadas. Si indicamos en una “carta de servicios” cuáles son los compromisos organizativos con los usuarios, tenemos que implantar un mecanismo de seguimiento y establecer los efectos positivos o negativos de la evaluación del desempeño; si consideramos la eficiencia como un elemento orientador de la gestión pública, debemos determinar los indicadores para su valoración, los márgenes de desviación posibles y los efectos de las desviaciones percibidas en los marcos temporales determinados... En definitiva, una “nueva gestión pública” requiere unos instrumentos de información (contabilidad) idóneos y un sistema de control adecuado, de tal modo que todos los agentes tengan una imagen precisa de qué se les pide, cómo se les va a evaluar y qué consecuencias (positivas o negativas) tendrá el resultado de la evaluación.

Las presentes “reflexiones” constituyen un modesto intento de realizar un “inventario” de los apasionantes retos, y de las tareas ilusionantes, a que se enfrenta en el presente la noble tarea del control interno de la gestión económico-financiera de las entidades locales, realizado desde la experiencia profesional y en-

caminado, exclusivamente, a obtener algunas consideraciones de carácter práctico que puedan orientar la actuación normativa futura.

## 2. La función de control interno en la normativa local básica del Estado

Lo que podemos denominar “el régimen jurídico” de la función de control interno de la gestión económico-financiera de las entidades locales se encuentra recogido, de forma dispersa y asistemática, en diferentes preceptos estatales de carácter básico:

■ El artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local deroga la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, y se refiere a la función de control interno en las entidades locales en los siguientes términos:

“1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional:

“a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

“b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.

“No obstante, en los municipios de gran población se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Título X de la presente Ley y en los municipios de Madrid y de Barcelona la regulación contenida en las Leyes 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid y 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona respectivamente.

“2. La escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se subdivide en las siguientes subescalas:

“a) Secretaría, a la que corresponden las funciones contenidas en el apartado 1.a) anterior.

“b) Intervención-tesorería, a la que corresponden las funciones contenidas en el apartado 1.b).

“c) Secretaría-intervención a la que corresponden las funciones contenidas en los apartados 1.a) y 1.b), salvo la función de tesorería.

“3. Los funcionarios de las subescalas de Secretaría e Intervención-tesorería estarán integrados en una de estas dos categorías: entrada o superior.

“4. El Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades de la creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional así como las que puedan corresponder a su régimen disciplinario y de situaciones administrativas.

“5. La aprobación de la oferta de empleo público, selección, formación y habilitación de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional corresponde al Estado, a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente.

“6. El Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades correspondientes de la forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. En todo caso, el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo. El ámbito territorial de los concursos será de carácter estatal.

“Los méritos generales, de preceptiva valoración, se determinarán por la Administración del Estado, y su puntuación alcanzará un mínimo del 80% del total posible conforme al baremo correspondiente. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Comunidad Autónoma se fijarán por cada una de ellas y su puntuación podrá alcanzar hasta un 15% del total posible. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local se fijarán por ésta, y su puntuación alcanzará hasta un 5% del total posible.

“Existirán dos concursos anuales: el concurso ordinario y el concurso unitario. El concurso unitario será convocado por la Administración del Estado. Las Corporaciones locales con puestos vacantes aprobarán las bases del concurso ordinario, de acuerdo con el modelo de convocatoria y bases comunes que se aprueben en el real decreto previsto en el apartado anterior, y efectuarán las convocatorias, remitiéndolas a la correspondiente Comunidad Autónoma para su publicación simultánea en los diarios oficiales.

“Excepcionalmente, los puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional podrán cubrirse por el sistema de libre designación, en los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, así como las Diputaciones Provinciales, Áreas Metropolitanas, Cabildos y Consejos Insulares y las ciudades con estatuto de autonomía de

Ceuta y Melilla, entre funcionarios de la subescala y categoría correspondiente. Cuando se trate de puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo, será precisa la autorización expresa del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales.

“Igualmente, será necesario informe preceptivo previo del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales para el cese de aquellos funcionarios que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo y que hubieran sido nombrados por libre designación.

“En caso de cese de un puesto de libre designación, la Corporación local deberá asignar al funcionario cesado un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación.

“7. Las Comunidades Autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental.

“8. Los funcionarios deberán permanecer en cada puesto de trabajo, obtenido por concurso, un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión de puestos de trabajo o ser nombrados con carácter provisional en otro puesto de trabajo, salvo en el ámbito de una misma Entidad Local.

“Excepcionalmente, antes del transcurso de dicho plazo, se podrán efectuar nombramientos con carácter provisional por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, siempre que existan razones y circunstancias que requieran la cobertura del puesto con carácter urgente por estos funcionarios, y la imposibilidad de efectuar un nombramiento provisional conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

“Reglamentariamente se establecerán las circunstancias excepcionales que justifiquen la solicitud de un nombramiento provisional, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, el posible perjuicio o menoscabo que se generaría en la Entidad Local en la que se ocupe el puesto en el momento de la solicitud.

“9. En el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas existirá un Registro de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional integrado con las Comunidades Autónomas, donde se

inscribirán y anotarán todos los actos que afecten a la vida administrativa de estos funcionarios.

“10. Son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

“a) El órgano correspondiente de la Corporación donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve.

“b) La Comunidad Autónoma respecto a funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal.

“c) El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal.

“El órgano competente para acordar la incoación del expediente lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación.

“La instrucción del expediente se efectuará por un funcionario de carrera de cualquiera de los Cuerpos o Escalas del Subgrupo A1 de titulación, incluida la Escala de Funcionarios con Habilitación de carácter nacional, que cuente con conocimientos en la materia a la que se refiera la infracción.

“11. Son órganos competentes para la imposición de sanciones disciplinarias a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

“a) El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave, tipificada en la normativa básica estatal.

“b) La Comunidad Autónoma, cuando se trate de imponer sanciones de suspensión de funciones y destitución, no comprendidas en el párrafo anterior.

“c) El órgano local competente, cuando se trate de imponer sanciones por faltas leves.

“La sanción impuesta se ejecutará en sus propios términos, aún cuando en el momento de la ejecución, el funcionario se encontrara ocupando un puesto distinto a aquel en el que se produjeron los hechos que dieron lugar a la sanción.

“La sanción de destitución implicará la pérdida del puesto de trabajo, con la prohibición de obtener desti-

no en la misma Corporación en la que tuvo lugar la sanción, en el plazo que se fije, con el máximo de seis años, para las faltas muy graves, y de tres años para las faltas graves.

“La sanción de suspensión de funciones tendrá una duración máxima de seis años, para las faltas muy graves, y de tres años para las faltas graves”.

El alcance efectivo de este precepto debe valorarse a la vista de la disposición transitoria séptima de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

■ En los municipios (de gran población) a los que resulta de aplicación el Título X de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, debe tomarse en consideración lo establecido en su Capítulo II, dedicado a la “gestión económico-financiera”. En dicho precepto se separan las funciones de presupuestación, contabilidad, tesorería y recaudación (que serán ejercidas por el órgano u órganos que determine el Reglamento Orgánico Municipal, y cuyo titular deberá ser un funcionario de Administración local con habilitación de carácter estatal, salvo el órgano que desarrolle las funciones de presupuestación) de las funciones públicas de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia, que corresponderá a un órgano administrativo con la denominación de Intervención general municipal, cuyo titular será nombrado entre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter estatal.

■ El artículo 54.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece que:

“1. Será necesario el informe previo del Secretario, y, además, en su caso, del Interventor o de quienes legalmente les sustituyan, para la adopción de los siguientes acuerdos:

“a. En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse.

“b. Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial”.

■ El artículo 204 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, se re-

fiere a la “función contable de la Intervención” en los siguientes términos:

“1. A la Intervención de las entidades locales le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera y el seguimiento, en términos financieros, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dictadas por el Pleno de la corporación.

“2. Asimismo, competirá a la Intervención la inspección de la contabilidad de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el Pleno”.

Añade el artículo 207 que “La Intervención de la entidad local remitirá al Pleno de la entidad, por conducto de la presidencia, información de la ejecución de los presupuestos y del movimiento de la tesorería por operaciones presupuestarias independientes y auxiliares del presupuesto y de su situación, en los plazos y con la periodicidad que el Pleno establezca”.

El artículo 212.2 indica que “La cuenta general formada por la Intervención será sometida antes del día 1 de junio a informe de la Comisión Especial de Cuentas de la Entidad Local, que estará constituida por miembros de los distintos grupos políticos integrantes de la corporación”.

La Regla 8 de la Instrucción del Modelo Normal de Contabilidad Local (aprobada por la Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre) se refiere, con mayor precisión, a los cometidos “de la Intervención u órgano de la entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad”.

Más adelante, el artículo 213 del TRLRHL se refiere al “control interno” en los siguientes términos (en la redacción dada a este precepto por la LRSAL):

“Se ejercerán en las Entidades Locales con la extensión y efectos que se determina en los artículos siguientes las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas de las entidades que se determinen reglamentariamente, y función de control de la eficacia.

“A propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarro-

llo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior.

“Los órganos interventores de las Entidades Locales remitirán con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los citados controles desarrollados en cada ejercicio, en el plazo y con el contenido que se regulen en las normas indicadas en el párrafo anterior”.

El artículo 222 del mismo Texto Refundido establece las “Facultades del personal controlador”, indicando: “Los funcionarios que tengan a su cargo la función interventora así como los que se designen para llevar a efecto los controles financiero y de eficacia, ejercerán su función con plena independencia y podrán recabar cuantos antecedentes consideren necesarios, efectuar el examen y comprobación de los libros, cuentas y documentos que consideren precisos, verificar arqueos y recuentos y solicitar de quien corresponda, cuando la naturaleza del acto, documento o expediente que deba ser intervenido lo requiera, los informes técnicos y asesoramientos que estimen necesarios”.

■ También la normativa estatal reguladora de la estabilidad presupuestaria se refiere al órgano de control interno local, al establecer que la evaluación del objetivo de estabilidad presupuestaria en las entidades locales corresponde a la Intervención local (artículo 16 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre), o al atribuir a la Intervención diferentes cometidos e informes preceptivos.

■ El Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, se refiere a la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional y, en consecuencia, a los titulares de los órganos de control interno y del órgano de gestión económico-financiera de los municipios de gran población.

■ También se recogen referencias particulares a actuaciones concretas atribuidas al control interno en diferentes normas sectoriales, con diferente alcance:

- La Ley General de Subvenciones.
- La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.
- El Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo: presupuestos, modificaciones de crédito, liquidación, cuenta general...
- Las leyes de presupuestos generales del Estado de cada ejercicio.

Para una correcta evaluación de las normas estatales que se refieren al órgano y funciones del control

interno de la gestión económico-financiera en las entidades locales, se hace necesario efectuar algunas consideraciones adicionales:

■ Están pendientes de desarrollo reglamentario los capítulos del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales que se refieren al control y fiscalización, a la tesorería o a las operaciones de crédito de las entidades locales.

■ No se ha actualizado el contenido de la función de control desde su telegráfico enunciado en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (1985) o en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (1988).

■ No se ha abordado la definición del grupo local de una manera uniforme e integradora, que sirva de referencia para la elaboración del presupuesto consolidado de la entidad local, para la evaluación del objetivo de estabilidad presupuestaria, para la confección de la cuenta general del presupuesto local, o, en fin, para la gestión y dirección de la contabilidad de las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente local, de los consorcios locales o de las fundaciones públicas locales. En este sentido tampoco se ha abordado normativamente el tratamiento presupuestario, contable y de fiscalización de las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales, para lograr criterios uniformes y resultados comparables.

■ Tampoco se han regulado los aspectos de la administración electrónica que se refieren a las funciones del control interno (contabilidad, intervención, control financiero o auditoría).

■ Están esperando un desarrollo pormenorizado la definición de las relaciones con otros órganos de control interno o externo y los mecanismos adecuados para su coordinación.

Esta situación normativa, sucintamente expuesta, se puede contrastar con la regulación detallada, actualizada y sistemática que ha efectuado el Estado para la función de control interno de la Administración General del Estado, que se concreta en múltiples normas de carácter legal y reglamentario y en otras órdenes ministeriales, resoluciones o circulares de la IGAE que constituyen un auténtico “Código del control interno”:

De cuanto se ha expuesto hasta aquí surgen ya algunas propuestas de actuación concretas dirigidas al legislador estatal:

- Resulta urgente y necesario establecer un régimen jurídico estatal básico de la función de control interno en la Administración local, que permita disponer de

criterios comunes y armonizados en las distintas actividades y relaciones en que se concreta su ejercicio.

Algunos de los objetivos esenciales que se formulan para configurar un régimen integrado del control interno de la Administración local se desarrollarán en cada epígrafe. No obstante, se pueden adelantar ya algunas consideraciones de carácter general:

- ★ Es preciso definir adecuadamente el estatuto jurídico del órgano de control interno local para garantizar que la objetividad, la imparcialidad y la independencia están presentes en el acceso, el desempeño y el cese de quienes lo integran.

- ★ También es imprescindible definir con precisión el contenido y alcance de sus funciones, para garantizar que se realizan en condiciones homologables en todas las entidades locales. Especialmente necesario resulta encontrar la adecuada articulación del órgano de control interno municipal y de las diputaciones provinciales en su labor de asesoramiento y cooperación con los ayuntamientos de menor población y recursos.

- ★ Igualmente conveniente es concretar las relaciones con otros órganos de control interno y externo, nacionales o extranjeros, para garantizar la coordinación, colaboración y cooperación necesarias en las actuaciones.

- ★ La situación actual también evidencia la necesidad de definir el “grupo local” de gestión económico-financiera, ante las nuevas formas de colaboración público-privadas y el incremento de las fórmulas de gestión directa especializada y de gestión indirecta.

- ★ Finalmente, la introducción paulatina de la administración electrónica requiere establecer el contenido y condiciones del “expediente electrónico”, de las “facturas electrónicas”, y, en fin, de los justificantes electrónicos de la actuación administrativa y de la gestión económico-financiera de las entidades locales, con criterios comunes y de general aplicación.

## 2.1. La función de contabilidad pública local

La función normativa, armonizadora y planificadora, y la resolución de consultas en la materia de contabilidad pública local, quedan atribuidas al Ministerio de Hacienda, que las ejercerá a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado (artículo 203 TRLRHL) (regla 9 de la Instrucción del Modelo Normal de Contabilidad Local):

“1. A la Intervención de las entidades locales le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera

y el seguimiento, en términos financieros, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dictadas por el Pleno de la corporación.

“2. Asimismo, competirá a la Intervención la inspección de la contabilidad de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el Pleno” (artículo 204 TRLRHL).

Por último:

“[...]”

“2. La cuenta general formada por la Intervención será sometida antes del día 1 de junio a informe de la Comisión Especial de Cuentas de la entidad local, que estará constituida por miembros de los distintos grupos políticos integrantes de la corporación.

“3. La cuenta general con el informe de la Comisión Especial a que se refiere el apartado anterior será expuesta al público por plazo de 15 días, durante los cuales y ocho más los interesados podrán presentar reclamaciones, reparos u observaciones. Examinados éstos por la Comisión Especial y practicadas por esta cuantas comprobaciones estime necesarias, emitirá nuevo informe.

“4. Acompañada de los informes de la Comisión Especial y de las reclamaciones y reparos formulados, la cuenta general se someterá al Pleno de la corporación, para que, en su caso, pueda ser aprobada antes del día 1 de octubre.

“5. Las entidades locales rendirán al Tribunal de Cuentas la cuenta general debidamente aprobada” (artículo 212 TRLRHL).

La regla 8 de la Instrucción del Modelo Normal de Contabilidad Local, aprobado por la Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre, detalla los cometidos encomendados a la Intervención o al órgano que tenga atribuida la función de contabilidad (como ya se indicó, en los ayuntamientos a los que resulta de aplicación el Título X de la LRBR se produce la separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera).

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 10 de la Ley 25/2013 de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, al atribuir diferentes contenidos al “Órgano competente en materia de contabilidad” en las Administraciones Públicas.

Los ayuntamientos cuyo régimen de organización sea el establecido en el Título X de la LRBR, deben adecuar su gestión económico-financiera a los criterios

establecidos en el artículo 133 de este texto legal, que es del siguiente tenor literal:

“La gestión económico-financiera se ajustará a los siguientes criterios:

“a. Cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación que lo regule.

“b. Separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera.

“c. La contabilidad se ajustará en todo caso a las previsiones que en esta materia contiene la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

“d. El ámbito en el que se realizará la fiscalización y el control de legalidad presupuestaria será el presupuesto o el estado de previsión de ingresos y gastos, según proceda.

“e. Introducción de la exigencia del seguimiento de los costes de los servicios.

“f. La asignación de recursos, con arreglo a los principios de eficacia y eficiencia, se hará en función de la definición y el cumplimiento de objetivos.

“g. La administración y rentabilización de los excedentes líquidos y la concertación de operaciones de tesorería se realizarán de acuerdo con las bases de ejecución del presupuesto y el plan financiero aprobado.

“h. Todos los actos, documentos y expedientes de la Administración municipal y de todas las entidades dependientes de ella, sea cual fuere su naturaleza jurídica, de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico estarán sujetos al control y fiscalización interna por el órgano que se determina en esta Ley, en los términos establecidos en los artículos 194 a 203 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales”.

A lo expuesto hay que añadir el mandato recogido en el artículo 211 del TRLRHL, en virtud del cual:

“Los municipios de más de 50.000 habitantes y las demás entidades locales de ámbito superior acompañarán a la cuenta general:

“a. Una memoria justificativa del coste y rendimiento de los servicios públicos.

“b. Una memoria demostrativa del grado en que se hayan cumplido los objetivos programados con indicación de los previstos y alcanzados, con su coste”.

A la vista de cuanto se ha expuesto, tomando en consideración los requerimientos de información de los gestores públicos, de los OCEX y de los ciudadanos y sus representantes, y estableciendo los objetivos bási-

cos de “comparabilidad” e “idoneidad” de la información relevante del Sistema de Información Contable Local (SICAL), pueden formularse los objetivos que seguidamente se indican:

1.- Adecuar el régimen contable local a las especificaciones contenidas en el Plan General de Contabilidad Pública aprobado por la Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, y garantizar en todo momento la adaptación del PGCP a las normas internacionales públicas y privadas, a los planes generales de contabilidad de la empresa privada y a sus adaptaciones sectoriales para fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro.

En realidad son dos los objetivos estratégicos que persigue la armonización contable pública local:

- Que sean comparables los datos y la información suministrada por un ayuntamiento, una comunidad autónoma o el Estado... en España, en Europa o en América.

- Que sea viable obtener información integrada del sector local, autonómico y estatal, y poder formar estados y cuentas integradas por comunidades autónomas, del sector público, del Estado, de Europa o de América.

2.- Proceder a la elaboración de un Plan Contable Público de Contabilidad Analítica integrado con la Contabilidad Presupuestaria y con la información del Plan General de Contabilidad Pública, para obtener información periódica sobre los costes y rendimientos de las actividades desarrolladas, sobre su margen de cobertura financiera y sobre la evolución en el tiempo de sus magnitudes más relevantes. Circunstancias todas ellas trascendentes para las actividades o los servicios públicos, en general, y para aquellos que son financiados con tasas, precios públicos, contribuciones especiales, cuotas de urbanización y otros ingresos vinculados, en particular.

3.- Definir de forma detallada un sistema de indicadores de gestión que permita:

- Formular los objetivos asignados a los programas presupuestarios.

- Configurar un cuadro de mando integral y los cuadros de mando específicos que requiera la gestión (economía, eficacia, eficiencia, calidad, financiera, presupuestaria, de gestión...).

- Establecer comparaciones en términos homogéneos y normalizados con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, y evaluar su evolución en el tiempo.

- Suministrar información relevante para la gestión y para la adopción de decisiones.

- Aportar las herramientas objetivas necesarias para permitir los controles de economía, eficacia, eficiencia, con que se gestionan los servicios públicos.

- Contribuir a formular las propuestas, sugerencias o recomendaciones de orden práctico con unos sólidos y compartidos criterios de evaluación.

4.- Definir de manera general, para su aplicación armonizada, las entidades que integran el grupo local, de modo que sirva de criterio uniforme para todas las normas sectoriales de aplicación (TRLRHL, LRBRL, LGEP,...) y para todas las fases del ciclo presupuestario: preparación y elaboración, aprobación, ejecución, liquidación y formación y rendición de cuentas.

5.- Establecer los criterios comunes que deben orientar la consolidación de los presupuestos, de los estados de previsión y de las cuentas anuales de cada entidad integrante del grupo local definido (entidad local, entidades públicas locales dependientes, entidades mercantiles locales, fundaciones públicas o privadas en las que participe la entidad local, consorcios y otras entidades asociativas, públicas o privadas, en que esté integrada la entidad local).

6.- Determinar los criterios de contabilización y de consolidación o integración, total o parcial, de la información económico-financiera que generan los entes, públicos o privados, que gestionan servicios públicos locales en las distintas formas jurídicas que permite la gestión directa, indirecta o mixta (organización indiferenciada o especializada, concesión, arrendamiento, concierto...). En este apartado son dos los objetivos prioritarios:

- Garantizar un tratamiento homogéneo para cada forma de prestación de servicios o de colaboración público-privada en la gestión pública.

- Permitir establecer comparaciones adecuadas de la información contable, analítica y de gestión independiente de las formas de prestación de los servicios públicos de las entidades locales entre sí o con otras Administraciones Públicas.

En definitiva, que el servicio municipal de suministro de agua potable se realice por la propia entidad, por una empresa íntegramente municipal o por un concesionario, no debe alterar la información relevante de los ingresos y los gastos presupuestarios, de los costes y los rendimientos analíticos o de los indicadores de gestión significativos (presupuestarios, financieros, de economía, eficacia, eficiencia...).

7.- También resulta determinante regular con detalle y precisión los criterios objetivos y normalizados que deben utilizarse para realizar los siguientes cometidos:

- Cuantificar los derechos pendientes de cobro a 31 de diciembre que deben caracterizarse como de difícil o imposible recaudación. A este respecto el nuevo artículo 193 bis del TRLRHL establece que:

“Las Entidades Locales deberán informar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a su Pleno, u órgano equivalente, del resultado de la aplicación de los criterios determinantes de los derechos de difícil o imposible recaudación con los siguientes límites mínimos:

“a) Los derechos pendientes de cobro liquidados dentro de los presupuestos de los dos ejercicios anteriores al que corresponde la liquidación, se minorarán, como mínimo, en un 25 por ciento.

“b) Los derechos pendientes de cobro liquidados dentro de los presupuestos del ejercicio tercero anterior al que corresponde la liquidación, se minorarán, como mínimo, en un 50 por ciento.

“c) Los derechos pendientes de cobro liquidados dentro de los presupuestos de los ejercicios cuarto a quinto anteriores al que corresponde la liquidación, se minorarán, como mínimo, en un 75 por ciento.

“d) Los derechos pendientes de cobro liquidados dentro de los presupuestos de los restantes ejercicios anteriores al que corresponde la liquidación, se minorarán en un 100 por ciento”.

- Contabilizar los gastos anticipados anuales y/o plurianuales, y los ingresos de idéntico carácter.

- Tramitar e imputar los importes que se consideran “facturas cajón”, y especificar su trascendencia para la cuantificación del remanente de tesorería del ejercicio, disponible para financiar modificaciones de crédito.

- Cuantificar las provisiones por riesgos o responsabilidades, las amortizaciones técnicas del inmovilizado, los asientos de periodificación o corrección de valor y, en fin, todas aquellas magnitudes contables que inciden directamente en la determinación del resultado económico-patrimonial del ejercicio, que afectan a la información del balance, que son relevantes para la información de la contabilidad de costes y rendimientos de los servicios, o que pueden afectar al resultado de algún indicador de gestión.

8.- Igualmente relevante resulta definir el régimen jurídico (concepto y alcance, órgano competente y trámites), el régimen presupuestario y el régimen contable de los “reconocimientos extrajudiciales de créditos” a que se refieren los artículos 26.2.c y 60.2 del Real Decreto 500/1990. La importancia cuantitativa y cualitativa que ha alcanzado esta figura excepcional de

reconocimiento de obligaciones lo requiere con urgencia.

La adecuada periodificación de los gastos reconocidos por este cauce y la de los derivados de sentencias judiciales firmes también es relevante para las magnitudes presupuestarias, contables y de gestión del ejercicio en que se reconocen y liquidan.

9.- Existen opiniones cualificadas que proponen reconsiderar los plazos de formación, tramitación y rendición de la cuenta general para acercar en el tiempo el proceso de fiscalización externa y la actividad realizada, de modo que los resultados de la citada fiscalización puedan ser más operativos en el marco de la responsabilidad política, administrativa, contable o de otro orden. El artículo titulado "Una visión crítica de la regulación de las Entidades Locales y de otras cuestiones", suscrito por José Andrés Ruíz del Molino (*Auditoría Pública*, número 45), contiene una monografía detallada y exhaustiva al respecto.

10.- La Federación Internacional de Contadores (IFAC) incluye en las Normas Internacionales del Sector Público una previsión expresa para los "hechos ocurridos después de la fecha de presentación", "tanto favorables como desfavorables, que ocurren entre la fecha de presentación y la fecha en que son autorizados para su emisión" (NISP 14). Esta disposición ya se recoge en el Plan General de Contabilidad Pública aprobado por la Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, en la norma 22.<sup>a</sup> de las Normas de reconocimiento y valoración, bajo el título: "Hechos posteriores al cierre del ejercicio".

11.- Por último, sería muy útil para el responsable de la contabilidad local que toda la información de carácter económico-financiero que es preciso remitir a otros órganos administrativos estatales o autonómicos, de control interno o de control externo, se armonizara y se incluyera en una base de datos nacional a la que pudieran acceder directamente todos los interesados. De este modo se cumpliría el doble objetivo de que todos los destinatarios puedan disponer de la información necesaria y de contribuir a la publicidad y transparencia de la información pública relevante, sin costes adicionales.

## 2.2. La función interventora

La función interventora en las entidades locales aparece regulada en los artículos 214 a 219 del Texto Refundido

de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que la configura con las siguientes notas características:

### 1.- Artículo 214.1:

"La función interventora tendrá por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquéllos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso".

### 2.- Artículo 214.2:

"El ejercicio de la expresada función comprenderá:

"a. La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores.

"b. La intervención formal de la ordenación del pago.

"c. La intervención material del pago.

"d. La intervención y comprobación material de las inversiones y de la aplicación de las subvenciones".

### 3.- Artículo 219.1:

"No estarán sometidos a intervención previa los gastos de material no inventariable, contratos menores, así como los de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones, así como otros gastos menores de 3.005,06 euros que, de acuerdo con la normativa vigente, se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija".

### 4.- Artículo 219.2 y 3:

"El Pleno podrá acordar, a propuesta del presidente y previo informe del órgano interventor, que la intervención previa se limite a comprobar los siguientes extremos:

"a. La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza de gasto u obligación que se proponga contraer.

"En los casos en que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará, además, si se cumple lo preceptuado en el artículo 174 de esta Ley.

"b. Que las obligaciones o gasto se generan por órgano competente.

"c. Aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión, se determinen por el Pleno a propuesta del presidente.

“El órgano interventor podrá formular las observaciones complementarias que considere conveniente, sin que estas tengan, en ningún caso, efectos suspensivos en la tramitación de los expedientes correspondientes.

“3. Las obligaciones o gastos sometidos a la fiscalización limitada a que se refiere el apartado 2 de este artículo serán objeto de otra plena con posterioridad, ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización, mediante la aplicación de técnicas de muestreo o auditoría, con el fin de verificar que se ajustan a las disposiciones aplicables en cada caso y determinar el grado del cumplimiento de la legalidad en la gestión de los créditos.

“Los órganos de control interno que realicen las fiscalizaciones con posterioridad deberán emitir informe escrito en el que hagan constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan de ellas. Estos informes se remitirán al Pleno con las observaciones que hubieran efectuado los órganos gestores”.

#### 5.- **Artículo 219.4:**

“Las entidades locales podrán determinar, mediante acuerdo del Pleno, la sustitución de la fiscalización previa de derechos por la inherente a la toma de razón en contabilidad y por actuaciones comprobatorias posteriores mediante la utilización de técnicas de muestreo o auditor”.

#### 6.- **Artículo 215:**

“Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución”.

#### 7.- **Artículo 216:**

“1. Cuando la disconformidad se refiera al reconocimiento o liquidación de derechos a favor de las entidades locales o sus organismos autónomos, la oposición se formalizará en nota de reparo que, en ningún caso, suspenderá la tramitación del expediente.

“2. Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquél sea solventado en los siguientes casos:

“a. Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.

“b. Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.

“c. En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

“d. Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios”.

#### 8.- **Artículo 217:**

“1. Cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con este, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva. Esta facultad no será delegable en ningún caso.

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, corresponderá al Pleno la resolución de las discrepancias cuando los reparos:

“a. Se basen en insuficiencia o inadecuación de crédito.

“b. Se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia”.

9.- **Artículo 218:** Información sobre resolución de discrepancias:

“1. El órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad Local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. Dicho informe atenderá únicamente a aspectos y cometidos propios del ejercicio de la función fiscalizadora, sin incluir cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones que fiscalice.

“Lo contenido en este apartado constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria.

“El Presidente de la Corporación podrá presentar en el Pleno informe justificativo de su actuación.

“2. Sin perjuicio de lo anterior, cuando existan discrepancias, el Presidente de la Entidad Local podrá elevar su resolución al órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera.

“3. El órgano interventor remitirá anualmente al Tribunal de Cuentas todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el Presidente de la Entidad Local y por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. A la citada documentación deberá acompañar, en su caso, los informes justificativos presentados por la Corporación local”.

En relación con el ejercicio de la función interventora, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

1.- Está pendiente de un desarrollo reglamentario del Capítulo IV del Título VI del TRLRBL, dedicado al “Control y fiscalización”.

En consecuencia, cada entidad local ha adoptado criterios diferentes sobre el ejercicio de dicha función en materias tan relevantes como el contenido y alcance de la fiscalización previa limitada, o la forma y cauce a través del cual “El órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 218 del TRLRHL.

2.- En realidad, esta regulación normativa puede llevarse a cabo con facilidad, trasladando al ámbito local las normas que el Estado ha dictado para la Intervención General de la Administración del Estado. En definitiva, la normativa básica estatal en materia de función pública, de contratos públicos o de subvenciones y transferencias es común y, por lo tanto, no presenta particularidades en el ámbito local que vayan más allá del órgano competente para adoptar los distintos actos o acuerdos.

3.- Un cauce posible para la armonización y normalización de la función interventora puede ser el de elevar al rango normativo adecuado las guías de fiscalización de la Intervención General del Estado. De este modo se garantizaría una actuación idéntica en la Administración del Estado y en todas las entidades que integran la Administración local, sería posible dar por efectuada esta función en cada Administración Pública cuando constara la actuación reglada del órgano de control interno de la otra y se evitarían duplicidades innecesarias. Esta situación de diversos controles sucesivos sobre el mismo objeto es habitual en el caso de actuaciones realizadas por la Administración local con financiación parcial de la comunidad autónoma, de la Administración del Estado y/o de fondos europeos (fondos estatales de inversiones locales, planes provinciales de obras y servicios,...).

4.- También en este apartado de ejercicio de la función interventora queda un camino por recorrer en la coordinación de los órganos de control interno de las distintas Administraciones Públicas y de los órganos de control externo, nacionales y europeos.

El artículo 45 de la Ley General de Subvenciones atribuye a la IGAE la competencia “para establecer, de acuerdo con la normativa comunitaria y nacional vigente, la necesaria coordinación de controles, manteniendo a estos solos efectos las necesarias relaciones con los órganos correspondientes de la Comisión Euro-

pea, de los entes territoriales y de la Administración General del Estado”. La disposición adicional primera de esta Ley se refiere a la información y coordinación de la IGAE con el Tribunal de Cuentas, y la disposición adicional segunda hace referencia a la “colaboración de la Intervención General de la Administración del Estado con otras Administraciones Públicas, en las actuaciones de control financiero de subvenciones”.

No obstante, se aprecia la existencia de un enorme espacio por regular en el ámbito de la coordinación entre órganos de control que haga posible un “sistema integrado de controles” y “la auditoría única”, de tal modo que el Plan Integrado de Control Interno permitiera establecer los criterios y objetivos comunes y determinara el órgano competente para realizarlos en los supuestos de objetos coincidentes:

- De este modo las obras, servicios o actividades financiados con recursos del Estado podrían ser intervenidos por los órganos de control interno local con plenos efectos: planes provinciales de cooperación a las obras y servicios municipales, Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL), Fondo Estatal de Empleo y Sostenibilidad Local (FEESL),...

- Asimismo, las obras, actividades o servicios financiados con fondos europeos podrían ser objeto de un control integral único.

Sin ánimo de exhaustividad, también debe mencionarse en este apartado la necesidad de establecer cauces adecuados para una permanente relación de colaboración, información y consulta con los órganos de control externo, autonómicos, estatal y europeo.

5.- Constituye un esfuerzo admirable y ejemplar el desarrollado a través del proyecto FIDES, que ha surgido de la iniciativa, liderazgo y motivación generados por José Fernando Chicano Jávega, interventor del Ayuntamiento de Tarragona, que ha coordinado a un excepcional grupo de compañeros, con el apoyo expreso del Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, que está elaborando una primera “Guía sobre el control interno de subvenciones” para las entidades locales.

### **2.3. El control financiero (permanente), el control de eficacia y la auditoría pública**

En este apartado resulta muy fácil referir el régimen jurídico básico estatal, que se limita a los siguientes preceptos:

- El artículo 220 del TRLRHL, que se refiere al ámbito de aplicación y finalidad del control financiero, en los siguientes términos:

"1. El control financiero tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes.

"2. Dicho control tendrá por objeto informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

"3. El control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público.

"4. Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al Pleno para su examen".

- El artículo 221 del TRLRHL, dedicado al control de eficacia (y, aunque no lo expresa, también al de eficiencia):

"El control de eficacia tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones".

En relación con el control financiero han de formularse, telegráficamente, los comentarios que siguen:

1.º) Ha de referirse necesariamente a los actos, obligaciones o gastos sometidos a la fiscalización previa limitada (artículo 219.2 TRLRHL). También debe efectuarse respecto de la gestión de los ingresos de la entidad local cuando se hubiera sustituido la fiscalización previa de derechos por la inherente a la toma de razón en contabilidad (artículo 219 del TRLRHL).

Deberían incluirse, asimismo, los gastos no sometidos a intervención previa, a los que se refiere el artículo 219.1 del TRLRHL, precisamente por no haber sido objeto de la fiscalización previa y, además, por la significación relativa que pueden suponer en las entidades locales.

2.º) Debe extenderse a la totalidad de los actos de gestión económico-financiera que resulten de la prestación de servicios por las entidades locales, por sus organismos autónomos, por las sociedades mercantiles

de ellos dependientes, por los consorcios, fundaciones, mancomunidades, o por otras formas asociativas, públicas o privadas.

También debería realizarse respecto de los servicios o actividades del ente local que se realicen con otras entidades, públicas o privadas, en virtud de cualquiera de las formas de prestación de los servicios locales previstas en el ordenamiento jurídico vigente.

Para mayor seguridad jurídica, el contenido, alcance y periodicidad del control financiero deberían recogerse en los estatutos del ente prestador del servicio, o en el pliego de condiciones que sirvió de base para la adjudicación del servicio público local correspondiente.

3.º) Resulta necesaria y urgente una regulación detallada del control financiero, en parecidos términos a los recogidos en la normativa estatal.

La propia Ley 47/2003, General Presupuestaria, contiene en su Título VI una regulación sistemática y global de la función de control, sobre la base de la configuración independiente de las modalidades de su ejercicio: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. En relación con el control financiero, la Ley General Presupuestaria establece su definición, su contenido, el régimen jurídico de los informes y su sometimiento a un Plan Anual de Control Financiero Permanente.

De forma pormenorizada, la Circular 1/2009, de 16 de septiembre, de la Intervención General de la Administración del Estado, se refiere expresamente al control financiero permanente, e incluye en su objeto comprobar de forma continuada que el funcionamiento del sector público estatal, en el aspecto económico-financiero, se ajusta al ordenamiento jurídico y a los principios generales de buena gestión financiera, así como formular recomendaciones en los aspectos económico, financiero, patrimonial, presupuestario, contable, organizativo y procedimental, y sobre los sistemas informáticos de gestión, para corregir las actuaciones que lo requieran, a fin de promover la mejora de las técnicas y procedimientos de gestión económico-financiera.

4.º) La Ley General Tributaria también se refiere a un Plan General de Control Tributario que nos da una orientación sobre las actuaciones a desarrollar en esta materia en las entidades locales. A través de una Resolución de 12 de enero de 2010, la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria aprobó las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2010 (BOE número 16, de 19 de enero).

5.º) La normativa estatal reguladora de las subvenciones (Ley 38/2003, General de Subvenciones, y Reglamento aprobado por el Real Decreto 887/2006) también se refiere a un plan anual de comprobación de las subvenciones abonadas (artículo 85 del Real Decreto 887/2006) y al ejercicio de la función de control financiero (artículos 44 a 51 y disposiciones adicionales primera a cuarta de la Ley General de Subvenciones).

6.º) También hemos de considerar que deben rendir cuenta de la gestión realizada y justificar el destino dado a los fondos públicos todos los perceptores de estos, cualquiera que sea su carácter (pagos a justificar, pagos a cuenta, anticipos de caja fija, producto de la recaudación de recursos públicos, beneficiarios de subvenciones prepagables...), de acuerdo con la normativa general estatal y con arreglo a la interpretación dada por el Tribunal de Cuentas a los artículos 34 a 38 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal de Cuentas.

7.º) De forma singular puede extenderse a aquellas "áreas de riesgo" que en cada momento se consideren significativas, bien por la concentración de riesgos o bien por su importancia relativa: actividad urbanística, gestión y recaudación tributaria, contratos administrativos significativos, subvenciones nominativas singulares...

8.º) También en este caso resulta necesario establecer el cauce a través del cual ha de darse cumplimiento al mandato incluido en el último párrafo del artículo 220.4 del TRLRHL, en cuya virtud "los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al Pleno para su examen".

9.º) En todo caso parece especialmente relevante contar, aquí también, con un régimen jurídico único, compartido, armonizado y normalizado, que permita actuaciones coordinadas y de colaboración y cooperación con otros órganos de control interno y externo, que evite lagunas o duplicidades no deseadas.

Como ya se indicó, el artículo 221 del TRLRHL se refiere al control de eficacia (que tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos) y al control de eficiencia (que analiza el coste de funcionamiento de los respectivos servicios o inversiones).

En realidad el objeto definido para el control citado se encuadra en el ámbito de las denominadas auditorías operativas, a las que se dedica un apartado del presente epígrafe.

Puede anticiparse ya que el control de eficacia requiere la previa definición de objetivos en el proceso de presupuestación, y la determinación de los indicadores que permitirán evaluar su grado de consecución, bien aislado o integrado en un cuadro de mando. En este ámbito ya la Orden del MEH de 14 de julio de 1992 dictaba "normas para la regulación del sistema de seguimiento de programas", criterios hoy recogidos en la Ley 47/2003, General Presupuestaria.

Del mismo modo, el control de eficiencia necesita de un sistema de contabilidad analítica que permita conocer los costes y rendimientos de las distintas actividades y servicios públicos, y un margen de cobertura, que permita, además, su comparación con otras organizaciones públicas o privadas, y que facilite información homogénea sobre su evolución temporal.

La exposición de motivos de la Circular 2/2009, de 16 de septiembre, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre auditoría pública, recoge los siguientes pronunciamientos:

"La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria posibilitó la introducción por la Intervención General de la Administración del Estado de la auditoría pública en el control del sector público estatal. La incorporación de las normas y procedimientos de auditoría ha supuesto un avance fundamental en el control de gestión pública contribuyendo de forma notable a una mejora de la transparencia, la legalidad y la economía de dicha gestión.

"[...]

"La auditoría pública se lleva a cabo con carácter posterior respecto de la actividad sobre la que recae, adoptando tres formas esenciales de ejercicio: la auditoría de regularidad contable, la auditoría de cumplimiento y la auditoría operativa. A su vez, el legislador ha optado por diferenciar en dos secciones de la Ley, en atención a las especialidades propias de cada modalidad de auditoría, la regulación, por un lado, de la auditoría de cuentas anuales y, de otra parte, de las auditorías específicas.

"En el primer grupo, se incluyen aquellas auditorías de regularidad contable que tienen por finalidad verificar si las cuentas anuales representan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto de acuerdo con las normas y principios contables y presupuestarios que le son de aplicación y contienen la información necesaria para su interpretación y comprensión ade-

cuada. En la segunda categoría, el legislador regula las auditorías de cumplimiento y operativas, así como un conjunto de auditorías que por razón de su objeto precisan de un alcance y contenido singular, tales como las auditorías de contratos-programas y de seguimiento de planes de equilibrio financiero, las auditorías de planes iniciales de actuación, las auditorías de la cuenta de los tributos estatales, las auditorías de las empresas colaboradoras de la Seguridad Social y las auditorías de privatizaciones”.

A partir de ahí la Circular expresada regula con todo detalle el objeto y finalidad de la auditoría pública, en los siguientes términos:

1.- “1. La auditoría pública tiene por objeto la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera de las entidades auditadas, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado.

“2. La finalidad de la auditoría pública es proporcionar información a los gestores y autoridades públicas sobre el cumplimiento de la legalidad en la gestión económica auditada, la adecuación a los principios de buena gestión financiera y la fiabilidad de la información contable de las entidades auditadas con objeto de que, en su caso, adopten las medidas correctoras o sancionadoras que procedan”.

2.- “1. Las actuaciones de auditoría pública estarán sometidas a las Normas de Auditoría del Sector Público y a las normas técnicas que las desarrollen. Estas normas desarrollarán, los aspectos relativos a la ejecución del trabajo, elaboración, contenido y presentación de los informes, y colaboración de otros auditores, así como aquellos otros aspectos que se consideren necesarios para asegurar la calidad y homogeneidad de los trabajos de auditoría pública.

“[...]”

“3. En aquello que no contradigan a las citadas normas, podrán utilizarse como instrumento de referencia las normas de auditoría publicadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y las normas internacionales de auditoría.

“4. Con objeto de lograr la mayor homogeneidad y calidad de las auditorías públicas se elaborarán instrucciones de coordinación, guías y manuales que serán de aplicación obligatoria en los ámbitos de actuación para los que hayan sido desarrollados.

“5. Se creará una Comisión de normas de auditoría del sector público presidida por el Director de la Oficina Nacional de Auditoría cuya composición y funciones se determinará mediante Resolución del Interventor General de la Administración del Estado. Dicha Comisión tendrá por objeto la elaboración de las Normas de Auditoría del Sector Público y la propuesta de adaptación de normas internacionales de auditoría”.

3.- Se elaborará y aprobará un plan anual de auditoría pública.

4.- Se definen los informes y se establecen su régimen jurídico, su estructura y su contenido.

En el ámbito nacional e internacional se han dado avances significativos en la armonización contable y de auditoría. El resultado de esta actividad de normalización se encuentra recogido en diferentes documentos oficiales:

- Las entidades fiscalizadoras superiores de la Unión Europea han elaborado las “Directrices de Aplicación Europea de las Normas de Auditoría de la INTOSAI”.

- A su vez estas Directrices están estrechamente relacionadas con las Normas Internacionales de Auditorías (ISAS) publicadas por la Federación Internacional de Expertos Contables (IFAC).

- La Comisión de Coordinación de los Órganos Públicos de Control Externo del Estado Español, constituida en mayo de 1989, ha elaborado un texto integrado de “Principios y Normas de auditoría del Sector Público”, “que recogen los criterios fundamentales que deben observar tanto los órganos institucionales del control externo, como los expertos independientes, con a que sus informes puedan ser asumidos por aquéllos. Todo ello está dirigido a diseñar un marco normativo uniforme, que permita disponer de informes homologables entre sí y conforme a los principios, normas y procedimientos generalmente aplicados por los profesionales de la auditoría”.

- El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha elaborado unas Normas Técnicas de Auditoría del Sector Privado.

- La Intervención General de la Administración del Estado ha aprobado las Normas de Auditoría del Sector Público, a través de la Resolución de 1 de septiembre de 1998, del Interventor General de la Administración del Estado, y distintas Normas Técnicas particulares: sobre la colaboración con auditores privados en la realización de auditorías públicas, sobre los informes de auditoría de las cuentas anuales emitidos por la IGAE,

y para la evaluación de la calidad en las auditorías y actuaciones de control financiero.

La Circular 2/2009 de la IGAE sobre auditoría pública, ya comentada, constituye una referencia obligada e inexcusable para los titulares de los órganos de control interno de las entidades locales.

Una vez más hemos de reiterar propuestas formuladas en apartados anteriores de las presentes reflexiones:

1.- Resulta necesaria y urgente una regulación estatal de la función de auditoría pública en las entidades locales, que permita disponer de un régimen jurídico único y común, armonizado y normalizado, que contenga criterios que hagan posible actuaciones coordinadas de colaboración y coordinación, y que evite la multiplicidad de actuaciones de distintos órganos de control, internos o externos, nacionales o europeos.

2.- En distintos ámbitos y con diferentes criterios se ha hablado del objetivo de la “auditoría única”, como una referencia a un contenido, procedimiento y criterios únicos, con un plan anual de auditorías públicas integrado, que deban realizar los órganos de control que se determinen, con los medios que se les asignen, de forma coordinada y con “valor universal”. Un criterio operativo para la asignación del cometido específico de realización de la auditoría correspondiente podría ser el de la máxima proximidad en el espacio y la mayor inmediatez en el tiempo.

3.- También se hace necesario establecer las condiciones jurídicas, personales y organizativas que permitan la extensión de las auditorías públicas a todas las entidades locales, mediante la participación real y efectiva de las diputaciones provinciales, cabildos o consejos insulares en una manifestación relevante de sus cometidos de asistencia jurídica, económica y técnica a los ayuntamientos de su ámbito territorial, especialmente a los de menor capacidad económica.

4.- Pueden -y seguramente deben- establecerse auditorías específicas de áreas de riesgo singulares de la actividad de los entes locales (urbanismo, contratación, subvenciones nominativas, la actividad de los servicios en régimen de concesión...).

5.- También para la operatividad de la función auditora (de cumplimiento, de regularidad, operativa, de procedimientos y programas, etc.) es necesario contar con la contabilidad adecuada (presupuestaria, de gestión, financiera, de costes y rendimientos) y con la determinación de indicadores objetivos o de resultados, con cartas de servicios e indicadores de calidad, con procedimientos documentados y con normas y cri-

terios de general aplicación al ejercicio de la función de auditoría, pública o privada, según proceda.

6.- Constituye una evidente novedad la nueva redacción del artículo 213 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por la Ley 27/2013:

“Se ejercerán en las Entidades Locales con la extensión y efectos que se determina en los artículos siguientes las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas de las entidades que se determinen reglamentariamente, y función de control de la eficacia.

“A propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior.

“Los órganos interventores de las Entidades Locales remitirán con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los citados controles desarrollados en cada ejercicio, en el plazo y con el contenido que se regulen en las normas indicadas en el párrafo anterior”.

7.- La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 9/2013, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público, establece lo siguiente:

“En las entidades de las Administraciones Públicas no sujetas a auditoría de cuentas se efectuarán anualmente los trabajos de control precisos para, mediante técnicas de auditoría, verificar la existencia de obligaciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos para los que no se ha producido su imputación presupuestaria.

“La Intervención General de la Administración del Estado propondrá la metodología a utilizar para realizar los citados trabajos de control que, en todo caso, será aprobada en cada ámbito por los respectivos órganos de control interno”.

### 3. La actividad de información y asesoramiento en materia económico-financiera

Entre las funciones atribuidas a la Intervención local figuró, en su día, la relativa a la información y asesora-

miento de la entidad local en materia económico-financiera.

Aunque este cometido no se recoge expresamente entre las competencias atribuidas al órgano de control interno, lo cierto es que en numerosos preceptos existe una referencia indirecta al mismo. Sin ánimo de exhaustividad se recogen a continuación algunas de estas previsiones normativas:

■ El artículo 52.2 del TRLRHL dispone que “la concertación de cualesquiera operaciones (de crédito) deberá acordarse previo informe de la Intervención en el que se analizará, especialmente, la capacidad de la entidad Local para hacer frente en el tiempo a las obligaciones que de aquéllas se deriven para éstas”. En la misma línea, el artículo 54 del propio TRLRHL determina que “Los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, precisarán la previa autorización del Pleno de la corporación e informe de la Intervención para la concertación de operaciones de crédito a largo plazo”.

■ El artículo 207 del citado TRLRHL indica que “La Intervención de la entidad local remitirá al Pleno de la entidad, por conducto de la presidencia, información de la ejecución de los presupuestos y del movimiento de la tesorería por operaciones presupuestarias independientes y auxiliares del presupuesto y de su situación, en los plazos y con la periodicidad que el Pleno establezca”.

Asimismo, y como se ha indicado en otros apartados del presente trabajo, “el órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos” (artículo 218 TRLRHL).

Por otra parte, el resultado de la fiscalización plena posterior que debe realizarse en los supuestos de fiscalización previa limitada o de actos exentos de fiscalización previa, debe remitirse al Pleno con las observaciones que hubiesen efectuado los órganos gestores (artículo 219.3 del TRLRHL). De igual modo, los informes de control financiero, con sus observaciones, conclusiones y recomendaciones, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al pleno para su examen (artículo 220.4 del TRLRHL). Aunque no se indique expresamente, parece evidente que las conclusiones del denominado control de eficacia en el TRLRHL (artículo 221) deben trasladarse a los órganos de decisión municipales para su conocimiento y a los efectos oportunos.

■ Con mayor precisión y detalle las circulares de la Intervención General del Estado referidas a la función interventora (Circular 3/1996), al control financiero permanente (Circular 1/2009), a la auditoría pública (Circular 2/2009), y la Orden del MEH por la que se dictan las normas para la regulación del seguimiento de programas (Orden MEH de 14-07-1992), recogen un apartado expreso dedicado a conclusiones, sugerencias, recomendaciones y propuestas de actuación, y otros destinados a verificar el grado de cumplimiento de las propuestas, recomendaciones o sugerencias formuladas en los informes emitidos con anterioridad.

■ El artículo 4 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, establece, con más detalle, que:

“La función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria comprende:

“a. La fiscalización, en los términos previstos en la legislación, de todo acto, documento o expediente que de lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico o que puedan tener repercusión financiera o patrimonial, emitiendo el correspondiente informe o formulando, en su caso, los reparos procedentes.

“b. La intervención formal de la ordenación del pago y de su realización material.

“c. La comprobación formal de la aplicación de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios.

“d. La recepción, examen y censura de los justificantes de los mandamientos expedidos a justificar, reclamándolos a su vencimiento.

“e. La intervención de los ingresos y fiscalización de todos los actos de gestión tributaria.

“f. La expedición de certificaciones de descubierto contra los deudores por recursos, alcances o descubiertos.

“g. El informe de los proyectos de presupuestos y de los expedientes de modificación de créditos de los mismos.

“h. La emisión de informes, dictámenes y propuestas que en materia económico-financiera o presupuestaria le hayan sido solicitadas por la Presidencia, por un tercio de los Concejales o Diputados o cuando se trate de materias para las que legalmente se exija una mayoría especial, así como el dictamen sobre la procedencia

de nuevos servicios o reforma de los existentes a efectos de la evaluación de la repercusión económico-financiera de las respectivas propuestas. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuyas repercusiones presupuestarias pudiera dudarse, podrán solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

“i. La realización de las comprobaciones o procedimientos de auditoría interna en los organismos autónomos o sociedades mercantiles dependientes de la entidad con respecto a las operaciones no sujetas a intervención previa, así como el control de carácter financiero de los mismos, de conformidad con las disposiciones y directrices que los rijan y los acuerdos que al respecto adopte la Corporación.

“2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, aquellas Entidades locales que tengan implantado un sistema informático de gestión y seguimiento presupuestario podrán establecer que las funciones de control y fiscalización interna se efectúen por muestreo o por los medios informáticos de que disponga la entidad local”.

■ El artículo 16 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, determina que “la Intervención local elevará al Pleno un informe sobre el cumplimiento del objetivo de estabilidad de la propia entidad local y de sus organismos y entidades dependientes.

“El informe se emitirá con carácter independiente y se incorporará a los previstos en los artículos 168.4, 177.2 y 191.3 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, referidos, respectivamente, a la aprobación del presupuesto general, a sus modificaciones y a su liquidación.

“El Interventor local detallará en su informe los cálculos efectuados y los ajustes practicados sobre la base de los datos de los capítulos 1 a 9 de los estados de gastos e ingresos presupuestarios, en términos de Contabilidad Nacional, según el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales.

“Asimismo, la Intervención de la entidad local elevará al Pleno informe sobre los estados financieros, una vez aprobados por el órgano competente, de cada una de las entidades dependientes del artículo 4.2 del presente reglamento.

“Cuando el resultado de la evaluación sea de incumplimiento, la entidad local remitirá el informe correspondiente a la Dirección General de Coordinación

Financiera con Entidades Locales o al órgano competente de la comunidad autónoma que ejerza la tutela financiera, en el plazo máximo de 15 días hábiles, contados desde el conocimiento del Pleno”.

En definitiva, el ordenamiento jurídico vigente recoge distintas manifestaciones de la función de información y asesoramiento de la Intervención en materia económico-financiera, función que puede contener un valor añadido esencial en el proceso de gestión y de toma de decisiones, y que proporciona un sentido positivo adicional a dicha función, en todas y cada una de sus manifestaciones (función contable, interventora, de control financiero permanente y/o de auditoría pública).

En realidad, la realización de esta tarea de información y asesoramiento en materia de gestión económico-financiera, con carácter previo a la adopción de actos o acuerdos susceptibles de generar derechos y obligaciones de carácter económico, puede orientar las decisiones por el cauce de la legalidad vigente, con arreglo a los principios generales de buena administración y de sostenibilidad económica y financiera.

De forma “gráfica” podríamos denominar a esta labor de información y asesoramiento previo y voluntario como “fiscalización preventiva”, y puede ser de gran valor para las decisiones a adoptar y para los informes preceptivos posteriores.

Por todo lo expuesto, y por otras múltiples razones que se podrían aportar, se considera conveniente recoger expresamente en el ordenamiento jurídico, en la práctica administrativa y en la actuación cotidiana de los gestores públicos, esta función de información y asesoramiento económico-financiero con carácter previo o preventivo a la adopción de decisiones estratégicas o de especial trascendencia económica, financiera, presupuestaria o institucional.

## 4. La función interventora en las normas de estabilidad presupuestaria

### 4.1. Normas reguladoras de la estabilidad presupuestaria

En un espacio realmente breve de tiempo se han trasladado al ordenamiento jurídico interno diferentes normas de las instituciones europeas que configuran el “estatuto jurídico” de la estabilidad presupuestaria, formulada generalmente en términos de contabilidad nacional:

- Artículo 135 de la Constitución española.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEP y SF).
- Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012.
- Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.
- Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público.
- Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.
- Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la LOEP y SF.
- Guía de la IGAE para la determinación del superávit/déficit de las entidades locales con contabilidad nacional.
- Guía para la determinación de la regla de gasto del artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2012, EP y SF.
- Notas informativas incorporadas a la Oficina Virtual de Coordinación Financiera con las entidades locales sobre el régimen local aplicable a las operaciones de endeudamiento a largo plazo a concertar por las entidades locales en el ejercicio 2014.
- Nota informativa del programa ISPA (Información Salarial del Personal de la Administración) sobre la aplicación de la disposición transitoria décima de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- Plataformas informáticas para aportar la información requerida por el Ministerio de H<sup>a</sup>. y AAPP (en estas plataformas se reflejan de forma imperativa criterios presupuestarios, contables y financieros).

#### **4.2. Actuaciones a realizar por la Intervención General**

En las normas citadas se contienen múltiples encomiendas al órgano de Intervención de las entidades locales, algunas de las cuales se enumeran telegráficamente a continuación:

- Informe y evaluación de los objetivos de estabilidad presupuestaria, regla de gasto y sostenibilidad financiera a lo largo del ciclo presupuestario: prepara-

ción y elaboración (plan presupuestario a medio plazo), aprobación, ejecución y liquidación, y rendición de cuentas.

- Informe y seguimiento del periodo medio de pago a proveedores.

- Informe y seguimiento de los planes económico-financieros, de los planes de reequilibrio, de los planes de ajuste, de los planes de saneamiento y reducción de deuda...

- Actualización permanente de la Base de Datos de Entidades Locales y del Inventario de Entidades locales.

- Remisión de la información financiera requerida por el Centro de Información de Riesgos Local: CIR-LOCAL.

- Información sobre los programas presupuestarios a medio plazo, sobre el proyecto de presupuesto, sobre el presupuesto aprobado, sobre la ejecución y liquidación del presupuesto.

- Información requerida sobre el personal y miembros de la corporación, número y retribuciones.

- Control periódico de las entidades de las Administraciones Públicas, no sujetas a auditoría en los términos establecidos en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 9/2013:

“En las entidades de las Administraciones Públicas no sujetas a auditoría de cuentas se efectuarán anualmente los trabajos de control precisos para, mediante técnicas de auditoría, verificar la existencia de obligaciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos para los que no se ha producido su imputación presupuestaria.

“La Intervención General de la Administración del Estado propondrá la metodología a utilizar para realizar los citados trabajos de control que, en todo caso, será aprobada en cada ámbito por los respectivos órganos de control interno”.

- Remisión de la información que en cada momento determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el órgano de la comunidad autónoma al que está atribuida la tutela financiera de las entidades locales de su ámbito territorial.

- Colaboración requerida por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

La regulación separada de un régimen presupuestario y contable definido en las normas de la Hacienda local que configuran el Sistema de Información Contable de la Administración Local (SICAL), y de un estatuto de la estabilidad presupuestaria que toma como referencia la Contabilidad Nacional, está dando lugar a no-

tables incidencias en la práctica, de las que resultan especialmente relevantes las que derivan del tratamiento del remanente de tesorería, como fuente de financiación de modificaciones de crédito en el ejercicio siguiente (singularmente, de incorporación de remanentes de crédito).

## 5. Actividades de la Intervención local con motivo de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

La entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, implica la necesidad de abordar, de forma inmediata, numerosas tareas en el “grupo local” (integrado por la entidad local correspondiente y los organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles dependientes, consorcios adscritos y fundaciones en las que tenga participación mayoritaria, y por las entidades de ámbito territorial inferior al municipio).

A) De una forma esquemática, las tareas a realizar de forma urgente pueden agruparse en tres apartados:

a) Aplicación del nuevo régimen de competencias de los entes locales:

- A los servicios prestados en sus distintas formas de gestión.

- A los programas de subvenciones contemplados en los presupuestos locales.

- A los convenios suscritos con otras Administraciones Públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro.

b) Evaluación y seguimiento de los elementos de coste y de las formas de prestación de los servicios locales.

c) Verificación de las condiciones que requieren el redimensionamiento del sector público local o de la planta local.

B) Estos cometidos, compartidos con toda la organización local, se añaden a los propios de la función de control interno, que experimentan diversas modificaciones en el texto normativo ahora analizado.

A continuación se realiza una referencia esquemática a las tareas a abordar en cada uno de los apartados citados.

5.A.a) Aplicación del nuevo régimen de competencias de los entes locales: como es sabido, la Ley de

Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local contiene un nuevo régimen de competencias de los entes locales, que enumera y desarrolla en torno a las siguientes categorías:

■ Competencias propias de los entes locales:

- Competencias mínimas (obligatorias) en función de la población de derecho.

- Competencias voluntarias (o complementarias de las competencias mínimas u obligatorias).

■ Competencias delegadas por la Administración del Estado o de la comunidad autónoma.

■ Competencias impropias: distintas, por tanto, de las competencias propias o delegadas. En este apartado pueden diferenciarse, a su vez, dos categorías:

- Las atribuidas por alguna norma sectorial estatal o autonómica.

- Las ejercidas voluntariamente por las entidades locales en base a la normativa local preexistente; en particular, el artículo 28 de la LRRL, en su anterior y derogada redacción, disponía que: “Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad, y la protección del medio ambiente”.

En consecuencia, se hace necesario incluir en las categorías indicadas las actividades actualmente desarrolladas por las entidades locales en los ámbitos de actuación que seguidamente se indican:

- Servicios prestados actualmente por las entidades locales, en todas las formas de prestación utilizadas (gestión directa, indirecta o mixta).

- Programas de subvenciones contenidos en el presupuesto de la entidad (actividad de fomento).

- Convenios suscritos con la Administración del Estado y con la comunidad autónoma, que conlleven la prestación de servicios locales.

- Actividades desarrolladas con financiación de los fondos europeos.

- Consorcios, mancomunidades, fundaciones u otras formas asociativas, que gestionen o desarrollen servicios locales.

Además, a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, se hace necesario valorar la competencia del ente local antes de iniciar la prestación de un nuevo servicio, concebir un nuevo programa de subvenciones local, tramitar un nuevo convenio con otras Administraciones Públicas, o constituir un ente instrumental; de forma permanente debe verificarse que la entidad

local actúa en el marco de las competencias propias o delegadas, y singularmente, cuando como consecuencia del incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deba elaborar un plan económico-financiero, debe observar las medidas contempladas en el apartado 2 del artículo 116 bis de la LRBRLL.

La clasificación adecuada de los servicios, subvenciones, convenios y actividades que actualmente se prestan por la entidad local, y la evaluación inicial de su importancia presupuestaria relativa, pueden efectuarse a través de la ficha que se incorpora como Anexo.

5.A.b) Evaluación y seguimiento de los elementos de coste y de las formas de prestación de los servicios.

A lo largo del texto de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se efectúan numerosas referencias a la necesidad de evaluar periódicamente diferentes elementos del coste de los servicios públicos, de verificar su adecuado funcionamiento, y de fiscalizar la actuación de los entes instrumentales en cada forma de prestación de los servicios locales. A continuación se enumeran algunas de las referencias citadas:

- La ley estatal o autonómica que atribuya competencias propias a las entidades locales debe incorporar una memoria económica (artículo 25 LRBRLL).

- La delegación de competencias estatales o autonómicas debe ir acompañada en todo caso de la suficiente financiación (artículo 26 LRBRLL).

- Todas las entidades locales calcularán el coste efectivo de los servicios que prestan y lo comunicarán al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación (artículo 116 ter). Corresponde a las diputaciones, o entidades equivalentes, el seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia (artículo 36.1.h LRBRLL).

- Valorar el impacto presupuestario y financiero del ejercicio de las competencias propias en las relaciones interadministrativas (artículo 55 LRBRLL).

- La suscripción de convenios y constitución de consorcios con otras Administraciones Públicas deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con los requerimientos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículo 57 LRBRLL).

- Deben cumplirse los límites retributivos de los miembros de la corporación y del personal al servicio de las entidades locales (artículo 75 bis, disposición transitoria décima LRBRLL, ...), debe aprobarse y publicarse anualmente la masa salarial del personal laboral

del sector público local (artículo 103 bis LRBRLL), deben respetarse los límites en el personal eventual de las entidades locales y llevarse a cabo la publicación e informes detallados en el artículo 104 bis de la LRBRLL. Han de llevarse a cabo las actuaciones previstas en la disposición adicional duodécima, sobre retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y sobre el número máximo de miembros de los órganos de gestión.

- Ha de evaluarse e informar al MH y AAPP y al pleno del resultado de la aplicación de los criterios determinantes de los derechos de difícil o imposible recaudación (artículo 113 bis del Texto Refundido de la LRHL).

- Han de efectuarse las labores de control interno que determine el MH y AAPP, y debe remitirse anualmente a la IGAE un informe resumen de los controles realizados (artículo 213 TRLRHL).

- Han de informarse al pleno y deben remitirse anualmente al Tribunal de Cuentas todas las resoluciones y acuerdos a que se refiere el artículo 218 del TRLRHL.

- Ha de realizarse una auditoría anual de los consorcios locales y deben unirse su presupuesto y cuenta general a los presupuestos y cuenta general de la entidad local (disposición adicional vigésima LRJAP y PAC, apartado 4).

- Ha de verificarse el seguimiento y adecuada contabilización del patrimonio municipal del suelo (disposición final cuarta de la Ley 27/2013).

- Han de informarse previamente todas las nuevas formas de prestación de servicios locales (artículo 85.2 LRBRLL).

- Debe tomarse en consideración el contenido ampliado de los planes económico-financieros contemplado en el artículo 116 bis de la LRBRLL:

“1. Cuando por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, las corporaciones locales incumplidoras formulen su plan económico-financiero lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

“2. Adicionalmente a lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas:

“a) Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.

“b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes.

“c) Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la Entidad Local.

“d) Racionalización organizativa.

“e) Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

“f) Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.

“3. La Diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera, según corresponda, en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero. La Diputación o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas recogidas en el apartado anterior cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero, así como otras medidas supramunicipales distintas que se hubieran previsto, incluido el seguimiento de la fusión de Entidades Locales que se hubiera acordado”.

5.A.c) Verificación de las condiciones que requiere el redimensionamiento del sector público local o de la planta local.

También son numerosas las referencias que la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, realiza al sector público local y a su redimensionamiento, como numerosas son las consideraciones sobre la planta local en su conjunto.

De forma muy telegráfica, podemos concretar las referencias más relevantes en los siguientes apartados:

- La nueva disposición adicional novena de la LRBRL se refiere al “redimensionamiento del sector público local”, y establece condiciones especiales para la creación, el mantenimiento y la disolución de los entes instrumentales del sector público local, que se definen ampliamente: entidad local, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios adscritos...

- Se establecen las condiciones de creación (artículo 24 bis) y disolución de las entidades locales de ámbito

territorial inferior al municipio (disposición transitoria cuarta Ley 27/2013).

- Se requiere un informe económico-financiero y de la Intervención local previo a las formas de prestación de servicios (artículo 85.2 LRBRL).

- Se establecen nuevas condiciones para la creación y fusión de municipios (artículo 13 LRBRL).

- El artículo 116 bis de la LRBRL, ya citado, incluye un contenido adicional al Plan Económico-Financiero al que se refiere el artículo 21 de la LOEP y SF al contemplar, en su apartado 2, que el mencionado Plan incluirá al menos las siguientes medidas:

“a) Supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.

“b) Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes.

“c) Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la Entidad Local.

“d) Racionalización organizativa.

“e) Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

“f) Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia”.

5.B) Modificaciones específicas en el ejercicio de la función interventora.

Al propio tiempo, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local se refiere específicamente al ejercicio de la función interventora en diferentes preceptos:

- Artículo 92 bis LRBRL.

- Artículo 213 TRLRHL.

- Artículo 218 TRLRHL.

- Disposición adicional séptima LR y SAL.

- Disposición transitoria séptima LRS y AC.

## 6. Cláusulas de garantía de pagos por las comunidades autónomas

Las transferencias y subvenciones finalistas de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas

a las entidades locales, plantean para estas diferentes consecuencias negativas:

- Suelen materializar la asignación indirecta y no formalizada de competencias impropias solo parcialmente financiadas.

- Con frecuencia conllevan demoras en su libramiento, que causan problemas de equilibrio presupuestario y de tensiones de tesorería para la entidad local perceptora (que debe abordar generalmente de forma anticipada el gasto y pago que las justifica).

- En definitiva, afectan a la estabilidad presupuestaria y al periodo medio de pago a los proveedores.

De una forma parcial y asistemática, la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, aborda esta cuestión en diferentes preceptos:

- El nuevo artículo 57 bis de la LRBRL establece lo siguiente:

*“Artículo 57 bis. Garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas*

“1. Si las Comunidades Autónomas delegan competencias o suscriben convenios de colaboración con las Entidades Locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las Comunidades Autónomas, será necesario que éstas incluyan una cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación. La citada cláusula deberá establecer, en todo caso, los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la Entidad Local en caso de incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento, teniendo en cuenta el plazo que, en su caso, se pueda establecer mediante la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere el apartado 3 de este artículo. Para la aplicación de esta cláusula no será precisa la autorización previa a la que hace referencia la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

“2. Los acuerdos de delegación de competencias y convenios de colaboración que, a la entrada en vigor de la presente norma, hayan sido objeto de prórroga, expresa o tácita, por tiempo determinado, sólo podrán

volver a prorrogarse en el caso de que se incluyan en los mismos la cláusula de garantía a la que hace referencia el apartado anterior. Esta norma será de aplicación a aquellos acuerdos que se puedan prorrogar, expresa o tácitamente, por vez primera con posterioridad a la citada entrada en vigor.

“3. El procedimiento para la aplicación de las retenciones mencionadas en el apartado 1 anterior y la correspondiente puesta a disposición a favor de las Entidades Locales de los fondos retenidos a las Comunidades Autónomas se regulará mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013”.

- El artículo 109 de la LRBRL queda redactado como sigue:

“1. La extinción total o parcial de las deudas que el Estado, las Comunidades Autónomas, la Seguridad Social y cualesquiera entidades de Derecho público dependientes de las anteriores tengan respectivamente con las Entidades Locales, o viceversa, podrá acordarse por vía de compensación, cuando se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles.

“Lo previsto en este apartado se aplicará de conformidad con lo dispuesto en la normativa específica de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública en materia de compensación de deudas.

“2. La extinción total o parcial de las deudas de derecho público que las Comunidades Autónomas y cualesquiera otras entidades de Derecho público dependientes de ellas tengan con las entidades de Derecho público o sociedades vinculadas, dependientes o íntegramente participadas por las Entidades Locales, o viceversa, podrá acordarse por vía de compensación, cuando se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles”.

- La disposición adicional novena de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) se refiere a los convenios sobre el ejercicio de competencias y servicios municipales, en los siguientes términos:

“1. Los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, por el Estado y las Comunidades Autónomas con toda clase de Entidades Locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas o competencias dis-

tintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, deberán adaptarse a lo previsto en esta Ley a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado quedarán sin efecto.

“2. La adaptación a las previsiones de esta Ley de los instrumentos de cooperación suscritos por las Entidades Locales para el funcionamiento de Centros Asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia deberá realizarse en el plazo de tres años desde su entrada en vigor. Durante el plazo de adaptación de los instrumentos de cooperación, la financiación de las Administraciones locales a los centros asociados no se extenderá a los servicios académicos que se presten a los alumnos matriculados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”.

- La disposición adicional undécima de la LRSAL reitera los principios de compensación de deudas entre Administraciones Públicas por asunción de los servicios y competencias relativas a la salud y servicios sociales:

“Realizada la asunción de los servicios y competencias a la que se refieren las disposiciones transitorias primera y segunda, en sus respectivos apartados segundos, las Comunidades Autónomas, con referencia a cada Municipio de su ámbito territorial, la comunicarán al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, junto con el importe de las obligaciones que tuvieren reconocidas pendientes de pago a los citados Municipios, al objeto de la realización, en los términos que se determinen reglamentariamente, de compensaciones entre los derechos y las obligaciones recíprocos, y el posterior ingreso del saldo resultante a favor de la Administración Pública a la que corresponda, y, en su caso, recuperación mediante la aplicación de retenciones en el sistema de financiación de la Administración Pública que resulte deudora”.

- Las disposiciones transitorias primera y segunda recogen un apartado 5 dedicado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones financieras de las comunidades autónomas con las competencias de salud y servicios sociales. De forma más difusa se contempla el traspaso de medios económicos, materiales y personales en materia de educación (disposición adicional decimoquinta LRSAL).

- Los apartados 3 y 4 del artículo 25 de la LRBRL contemplan la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales en las leyes estatales o autonómicas que atribuyen competencias propias a los municipios.

- Los apartados 6 y 7 del artículo 27 de la LRBRL, en su nueva redacción, establecen las siguientes garantías en las delegaciones de competencias que pudieran acordar el Estado y las comunidades autónomas:

“6. La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación.

“El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la Entidad Local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que ésta tenga con aquélla.

“7. La disposición o acuerdo de delegación establecerá las causas de revocación o renuncia de la delegación. Entre las causas de renuncia estará el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante o cuando, por circunstancias sobrevenidas, se justifique suficientemente la imposibilidad de su desempeño por la Administración en la que han sido delegadas sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias. El acuerdo de renuncia se adoptará por el Pleno de la respectiva Entidad Local”.

- El artículo 55 de la LRBRL establece como principio de las relaciones interadministrativas valorar el impacto que sus actuaciones pudieran provocar en el resto de las Administraciones Públicas en materia presupuestaria y financiera.

En todo caso son evidentes las limitaciones prácticas de las fórmulas propuestas: se requiere la existencia de deudas recíprocas, líquidas, vencidas y exigibles, es necesario articular un procedimiento administrativo particular, quedan sin contemplar aspectos relevantes como intereses moratorios, daños y perjuicios, etc.

Parece oportuno, en consecuencia, proponer algunas actuaciones ya puestas en práctica en otros ámbitos, y que han evidenciado su eficacia:

- Establecer un periodo de pago de referencia para las Administraciones Públicas por deudas derivadas de su actividad de fomento, equivalente al recogido para la morosidad en las operaciones comerciales.

- Articular un mecanismo de pago a los acreedores por subvenciones o transferencias públicas semejante a los establecidos para el pago a proveedores (Real Decreto-ley 4/2012, Real Decreto-ley 4/2013, y, más recientemente, Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las

Administraciones Públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros).

- Excluir del período medio de pago excedido por las entidades locales las facturas de proveedores por actividades o inversiones financiadas total o parcialmente por las aportaciones de otras Administraciones Públicas (y atribuir a estas las demoras correspondientes).

- Incluir en el Plan Económico-Financiero a que se refiere el artículo 116 bis de la LRBRL la posibilidad de reconocer los derechos e instar el cobro de las subvenciones o transferencias justificadas ante otras Administraciones Públicas, transcurrido un plazo razonable para el reconocimiento de la obligación por parte de estas.

## 7. Otras normas sectoriales

Son múltiples las normas sectoriales de carácter estatal y autonómico que contienen la referencia a tareas y cometidos que debe llevar a cabo la Intervención local. A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes:

- Ley 38/2003, General de Subvenciones:

- Elaboración y ejecución de un plan anual de control de las subvenciones otorgadas.

- Remisión periódica de información a la Base de Datos Nacional de las subvenciones convocadas, otorgadas, pagadas, de los reintegros y sanciones tramitadas.

- Normas de control financiero.

- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:

- Remisión de información a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

- Remisión de información al Tribunal de Cuentas y OCEX.

- Control de la "morosidad" e informes trimestrales de los periodos de pago.

- Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas:

- Cuenta General de la Entidad.

- Expedientes de responsabilidad contable.

- Contratos formalizados.

- Reparos emitidos y anomalías en la gestión de ingresos.

- Fiscalizaciones específicas.

- Normativa urbanística:

- Patrimonio Municipal del Suelo.

- Convenios urbanísticos.

- Cuotas de urbanización.

- Cesión de bienes y derechos.

- Normativa fondos europeos:

- Controles, auditorías, informes, certificaciones...

- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: artículos 8 (información económica, presupuestaria y estadística) y 28 (infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria), y disposición final tercera (modificación de la Ley 47/2003, General Presupuestaria).

- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público:

- Gestión y seguimiento del Registro Contable de Facturas.

- Requerimiento periódico de actuación respecto a las facturas pendientes de reconocimiento de obligación.

- Informes trimestrales con la relación de las facturas respecto de las cuales hayan transcurrido más de tres meses desde que fueron anotadas y no se haya efectuado el reconocimiento de la obligación por los órganos competentes.

- Implantación factura electrónica: 15 de enero de 2015.

- Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas: el apartado tres del artículo undécimo de este Real Decreto-ley añade una nueva disposición adicional nonagésima a la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, a través de la cual se determina el "Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales", aplicable en dicho ejercicio.

- Real Decreto-ley 2/2014, de 21 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica.

La disposición final primera de este texto normativo es del siguiente tenor literal:

"Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

"Se añade una nueva disposición adicional decimosexta al texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legis-

lativo 2/2004, de 5 de marzo, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional decimosexta. Inversión financieramente sostenible.

“A los efectos de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se entenderá por inversión financieramente sostenible la que cumpla todos los requisitos siguientes:

“1. Que la inversión se realice, en todo caso, por entidades locales que se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. Además, deberá tener reflejo presupuestario en los siguientes grupos de programas recogidos en el anexo I de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de la Entidades Locales:

“161. Saneamiento, abastecimiento y distribución de aguas.

“162. Recogida, eliminación y tratamiento de residuos.

“165. Alumbrado público.

“172. Protección y mejora del medio ambiente.

“412. Mejora de las estructuras agropecuarias y de los sistemas productivos.

“422. Industria.

“425. Energía.

“431. Comercio.

“432. Ordenación y promoción turística.

“441. Promoción, mantenimiento y desarrollo del transporte.

“442. Infraestructuras del transporte.

“452. Recursos hidráulicos.

“463. Investigación científica, técnica y aplicada.

“491. Sociedad de la información.

“492. Gestión del conocimiento.

“La inversión podrá tener reflejo presupuestario en alguno de los grupos de programas siguientes:

“133. Ordenación del tráfico y del estacionamiento.

“155. Vías públicas.

“171. Parques y jardines.

“336. Protección del Patrimonio Histórico-Artístico.

“453. Carreteras.

“454. Caminos vecinales.

“933. Gestión del patrimonio: aplicadas a la rehabilitación y reparación de infraestructuras e inmuebles propiedad de la entidad local afectos al servicio público.

“Cuando el gasto de inversión en estos grupos de programas, considerados en conjunto, sea superior a 10 millones de euros y suponga incremento de los capítulos 1 o 2 del estado de gastos vinculado a los proyectos de inversión requerirá autorización previa de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

“2. Quedan excluidas tanto las inversiones que tengan una vida útil inferior a cinco años como las que se refieran a la adquisición de mobiliario, enseres y vehículos, salvo que se destinen a la prestación del servicio público de transporte.

“3. El gasto que se realice deberá ser imputable al capítulo 6 del estado de gastos del presupuesto general de la Corporación Local.

“De forma excepcional podrán incluirse también indemnizaciones o compensaciones por rescisión de relaciones contractuales, imputables en otros capítulos del presupuesto de la Corporación Local, siempre que las mismas tengan carácter complementario y se deriven directamente de actuaciones de reorganización de medios o procesos asociados a la inversión acometida.

“En el caso de las Diputaciones Provinciales, Consejos y Cabildos insulares podrán incluir gasto imputable también en el capítulo 6 y 7 del estado de gastos de sus presupuestos generales destinadas a financiar inversiones que cumplan lo previsto en esta disposición. y se asignen a municipios que:

“a) Cumplan con lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril,

“b) o bien, no cumpliendo lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, la inversión no conlleve gastos de mantenimiento y así quede acreditado en su Plan económico-financiero convenientemente aprobado.

“4. Que la inversión permita durante su ejecución, mantenimiento y liquidación, dar cumplimiento a los objetivos de estabilidad presupuestaria, y deuda pública por parte de la Corporación Local. A tal fin se valorará, el gasto de mantenimiento, los posibles ingresos o la reducción de gastos que genere la inversión durante su vida útil.

“5. La iniciación del correspondiente expediente de gasto y el reconocimiento de la totalidad de las obligaciones económicas derivadas de la inversión ejecutada se deberá realizar por parte de la Corporación Local antes de la finalización del ejercicio de aplicación de la

disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

“No obstante, en el supuesto de que un proyecto de inversión no pueda ejecutarse íntegramente en 2014, la parte restante del gasto comprometido en 2014 se podrá reconocer en el ejercicio 2015 financiándose con cargo al remanente de tesorería de 2014 que quedará afectado a ese fin por ese importe restante y la entidad local no podrá incurrir en déficit al final del ejercicio 2015.

“6. El expediente de gasto que se tramite incorporará una memoria económica específica, suscrita por el presidente de la Corporación Local, o la persona de la Corporación Local en quien delegue, en la que se contendrá la proyección de los efectos presupuestarios y económicos que podrían derivarse de la inversión en el horizonte de su vida útil. El órgano interventor de la Corporación Local informará acerca de la consistencia y soporte de las proyecciones presupuestarias que contenga la memoria económica de la inversión en relación con los criterios establecidos en los apartados anteriores.

“Anualmente, junto con la liquidación del presupuesto, se dará cuenta al pleno de la Corporación Local del grado de cumplimiento de los criterios previstos en los apartados anteriores y se hará público en su portal web.

“7. Sin perjuicio de los efectos que puedan derivarse de la aplicación de la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, si el informe del interventor de la Corporación Local al que se refiere el apartado anterior fuera desfavorable, el interventor lo remitirá al órgano competente de la Administración pública que tenga atribuida la tutela financiera de la Corporación Local.

“8. El interventor de la Corporación Local informará al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas de las inversiones ejecutadas en aplicación de lo previsto en esta disposición”.

## 8. Consideraciones finales

Antes de finalizar la exposición de estas “reflexiones sobre la función de control interno de la gestión económico-financiera en la Administración Local”, parece necesario hacer referencia a cinco cuestiones de relevante actualidad y de consecuencias trascendentes:

1.- La implantación de las nuevas tecnologías en la Administración Pública origina la necesidad de regular adecuadamente “el expediente administrativo electrónico”, la facturación electrónica, la emisión de documentos contables en soporte informático y la incorporación a los mismos de la justificación documental correspondiente.

También resulta necesario establecer normas sobre el ejercicio de las funciones del control interno y las relaciones con otros órganos de control interno o externo sobre esta misma base informática. En el ámbito de la Administración General del Estado se han dictado distintas normas relacionadas con la “administración electrónica” en materia de contabilidad y en materia de control. Entre otras muchas normas que sería prolijo detallar, pueden destacarse ahora las siguientes:

- La Resolución de 28 de noviembre de 2005 de la Intervención General de la Administración del Estado por la que se regulan los procedimientos para la tramitación de documentos contables en soporte fichero.

- El Real Decreto 686/2005, de 10 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la IGAE, y recoge la regulación y condiciones de la realización del control interno de la IGAE a través de documentos electrónicos.

2.- La existencia de distintos órganos de control interno (europeo, estatales, autonómicos, locales) y de control externo (Tribunal de Cuentas europeo, estatal y autonómico) requiere el formular los objetivos de lograr un sistema integrado de controles y un documento de auditoría única como expresión máxima de los principios de coordinación, colaboración y cooperación, y como una manifestación más de los principios de economía, eficacia, eficiencia, calidad y excelencia.

El objetivo ideal podría consistir en elaborar un plan integral de auditoría pública, que sirviera de referencia para todos los órganos de control y que determinara el encargado de los trabajos de auditoría con arreglo al principio de subsidiariedad, con valor pleno y “universal”.

3.- Al propio tiempo se hace necesario establecer un cauce ordinario y estable de relaciones y de comunicación entre los órganos de control interno y los órganos de control externo. En este sentido podría resultar de gran utilidad contar con una unidad de los OCEX de emisión de informes y dictámenes que respondieran a las consultas formuladas por los órganos de control interno. De igual modo, resulta conveniente unificar la

información que ha de remitirse por los órganos de control interno local a otras Administraciones Públicas y a otros órganos de control interno y externo (Base de Datos Nacional de Subvenciones, Dirección General de Coordinación Financiera del MEH, órganos de tutela financiera de las comunidades autónomas,...). Una forma de proceder eficaz podría consistir en configurar una base de datos de información económico-financiera única y pública, lo que permitiría que la información necesaria fuera plenamente accesible y que se atendiera a los principios de publicidad y transparencia.

4.- Son múltiples las disposiciones que recogen tareas, cometidos y actividades a desarrollar por la Intervención local (normas de estabilidad presupuestaria, leyes sectoriales del Estado y de las comunidades autónomas, y preceptos de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), que requieren de una adecuada armonización y equiparación con la normativa reguladora de la Intervención General de la Administración del Estado, para configurar un auténtico "Estatuto de la Función Interventora".

5.- Con la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se inicia un periodo de aceleradas e intensas modificaciones en la organización y el funcionamiento de las entidades locales, que requieren de un intenso trabajo en equipo:

Para aplicar el nuevo régimen de competencias locales.

Para la evaluación y el seguimiento de los elementos de coste y las formas de prestación de los servicios locales.

Para verificar las condiciones que den lugar a las medidas obligatorias de redimensionamiento del sector público local o de la "planta local".

6.- En todo caso se hace necesario asegurar que la Intervención local cuente con los medios personales y materiales adecuados para poder abordar la múltiple, compleja y trascendente tarea encomendada para el interés general. Bien sea con medios propios o con la adecuada colaboración especializada de otras Administraciones Públicas, singularmente de las diputaciones, cabildos o consejos insulares, o entidades equivalentes.

De cuanto se ha expuesto hasta aquí podemos concluir que queda un camino amplio por recorrer en la actualización, desarrollo, armonización y normalización de la normativa básica estatal reguladora de las funciones encomendadas al órgano de control interno

de las entidades locales en todas sus manifestaciones: función de contabilidad pública, función interventora, función de control financiero permanente, función de auditoría pública, y actividad de información y asesoramiento en materia económico-financiera.

En definitiva, los nuevos criterios de gestión pública requieren de la adaptación de los sistemas de información, seguimiento, control y evaluación actuales.

Podemos recordar aquí la expresión de Darwin, para afirmar que solo permanecen las instituciones que tienen más capacidad de adaptación a las circunstancias cambiantes. Lo que requiere de una actitud permanente de información, de adaptación y de formulación de propuestas de actuación adecuadas.

En este camino debemos adoptar una posición activa los propios funcionarios de Administración local con habilitación nacional, que hemos hecho del control interno de la gestión económico-financiera de las entidades locales el objetivo básico de nuestra vocación y de nuestra dedicación profesional.

## 9. Referencias bibliográficas

- AA. VV., *La Contabilidad Analítica en el Sector Público*, III Encuentros IGAE, noviembre 1996, IGAE - MEH.
- AECA, *La Contabilidad de Gestión en las Entidades Públicas*, Documento número 15 de la serie Principios de Contabilidad de Gestión.
- AECA, *Un Sistema de Indicadores de Gestión para los Ayuntamientos*, Documento número 26 de la serie Principios de Contabilidad de Gestión.
- CABEZA DEL SALVADOR, Ignacio, "Reflexiones sobre la crisis económica y el papel de la auditoría pública", *Auditoría Pública*, núm. 47, 2009.
- CARRERAS I PUIGDENGOLAS, Josep M., "Indicadores de gestión de los servicios públicos locales", *Auditoría Pública*, núm. 13-14, 1998.
- Conclusiones del III Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público, celebrado en Pamplona los días 1 y 2 de octubre del 2008, revista *Auditoría Pública*.
- Congresos Nacionales de Auditoría del Sector Público.
- DIPUTACIÓN DE BARCELONA, *Guía de interpretación de los indicadores de gestión de servicios municipales*.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEMP), *Guía para la Implantación de un sistema de costes en la Administración Local*.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEMP), *La situación de los Ayuntamientos en España, sus caren-*

- cias económicas y problemas de gestión: diagnóstico y propuestas en una perspectiva europea*, 2006.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, Fernando (coord.), *Guía práctica sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.
- FRESNEDA FUENTES, Silvia y VÉLEZ ELORZA, María, "Nueva gestión pública y sus implicaciones. ¿Un reto para la contabilidad?", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 26, 2001.
- GÓMEZ GRACIA, José Javier y AIRA CARRIÓN, José Luis, "La intervención crítica o previa como momento de la función interventora en las Entidades Locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 13, 1997.
- IFAC, *Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público*.
- IGAE, *Jornadas de presupuestación, contabilidad y control público*.
- IGAE - MEH, *Consolidación de cuentas en el Sector Público*.
- IGAE - MEH, *Guía para el cálculo del Ahorro Bruto según los criterios de Contabilidad Nacional*.
- IGAE - MEH, *Guía para la gestión económico-financiera de las Administraciones Públicas*.
- IGAE - MEH, *Indicadores de gestión en el ámbito del Sector Público*.
- IGAE - MEH, *Manual del cálculo de déficit en Contabilidad Nacional adaptado a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales*.
- IGAE - MEH, *Principios generales sobre Contabilidad Analítica de las Administraciones Públicas*.
- KAPLAN, Robert y NORTON, David, *El Cuadro de Mando Integral*.
- LÓPEZ GARCÍA, Casimiro, "El control de la actividad económico-financiera de la gestión indirecta de servicios públicos locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, 2004.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor, "Control externo sobre la contratación pública en el régimen jurídico español", *Contratación Administrativa Práctica*.
- MEDINA JÁBER, Rafael, "Hacia un nuevo modelo de control de las finanzas públicas", *Auditoría Pública*, núm. 47, 2009.
- MILANÉS HERNÁNDEZ, María Cecilia, "El control de eficacia en la Administración local. El municipio como gestor de servicios públicos. Medición de dicha gestión", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, 2003.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Nota explicativa sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad Local*.
- MONTESINOS JULVE, Vicente, "Nuevos ámbitos de la fiscalización de las entidades públicas", *Revista Española de Control Externo*, vol. 2, núm. 4, 2000.
- MORA CORRAL, Antonio J. y VIVAS URIETA, Carlos, *Nuevas Herramientas de Gestión Pública: El Cuadro de Mando Integral*, AECA.
- MUÑOZ MACHADO, Andrés, *La gestión de la calidad total en la Administración Pública*, Ediciones Díaz de Santos.
- NICOLÁS BRAVO, Víctor, "Líneas de reforma de la contabilidad pública en España", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 51, 2008.
- Normas reguladoras del control interno en la Administración General del Estado.
- PASCUAL ECHALECU, José Carlos, "La fiscalización de gestión en la determinación del objeto de los contratos administrativos típicos de ejecución de obras, gestión de servicios públicos y prestación de suministros: parámetros de eficacia, eficiencia y economía", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22, 2004.
- PRIETO JANO, María José, "Los indicadores de gestión como instrumento de medición de las actuaciones del sector público", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 26, 2001.
- RODRÍGUEZ PRIETO, Beatriz, "Marco teórico integrado del sistema de gestión en el ámbito público", *Revista de Administración Pública*, núm. 110, 2004.
- RUÍZ DEL MOLINO, José Andrés, "Una visión crítica de la regulación de la cuenta general de las entidades locales y de otras cuestiones", *Auditoría Pública*, núm. 45, 2008.
- SAÍZ ANTÓN, María Petra, "El control financiero en los pequeños y medianos municipios. Actuaciones y requisitos", XI Jornadas COSITAL.
- SÁNCHEZ CERVERA, Luis, "La fiscalización en los expedientes contractuales locales: ¿Hacia parámetros de eficacia y economía?", *Revista de Estudios Locales. CUNAL*.
- TORRES PRADAS, Lourdes, "Indicadores de gestión para las entidades públicas", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXI, núm. 67, abril-junio 1991.
- TURULL I NEGRE, Jordi y VIVAS URIETA, Carlos, "El cuadro de mando integral en la Administración Pública: el caso del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès",

VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 octubre 2003.

VALENZUELA VILLARRUBIA, Isidro, "Hacia un nuevo escenario presupuestario en la Administración local: la planificación pública local y el presupuesto", *Auditoría Pública*, núm. 44, 2008.

VIÑAS BOSQUET, José P., "El control interno en las entidades locales. Limitaciones legales y desajustes fun-

cionales. Un estudio comparado", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 14, 2003.

ZAPICO GOÑI, Eduardo, "Condiciones para el desarrollo del control por resultados en la gestión pública", *Papeles de Economía Española*, núm. 95, 2003.

## 10. Anexo: servicios municipales prestados (Comunidad Autónoma de Galicia)

	Gasto presupuestario	Ingresos presupuestarios	Modalidad de prestación	Personal adscrito	Observaciones
<b>Servicios mínimos obligatorios (artículo 26.1 LRSAL)</b>					
<b>a.- En todos los municipios:</b>					
Alumbrado público					
Cementerio					
Recogida de residuos					
Limpieza viaria					
Abastecimiento domiciliario de agua potable					
Alcantarillado					
Acceso a núcleos de población					
Pavimentación de vías públicas					
<b>b.- En municipios con población superior a 5000 habitantes:</b>					
Parque público					
Biblioteca pública					
Tratamiento de residuos					
<b>Otros servicios de competencia municipal</b>					
<b>a.- Servicios obligatorios para municipios de más de 20 000 habitantes:</b>					
Protección civil					
Evaluación e información situaciones necesidad social					
Atención inmediata personas en situación o riesgo exclusión social					
Prevención y extinción de incendios					
Instalaciones deportivas de uso público					
<b>b.- Otros servicios:</b>					
<b>Servicios prestados por delegación de competencias (artículo 27 LRSAL)</b>					
Vigilancia y control de contaminación ambiental					

	<b>Gasto presupuestario</b>	<b>Ingresos presupuestarios</b>	<b>Modalidad de prestación</b>	<b>Personal adscrito</b>	<b>Observaciones</b>
Protección de medio natural					
Servicios sociales					
Promoción de igualdad de oportunidades					
Prevención violencia contra la mujer					
Conservación o mantenimiento centros sanitarios asistenciales					
Creación, mantenimiento y gestión escuelas infantiles primer ciclo					
Realización actividades complementarias centros docentes					
Gestión de instalaciones culturales					
Gestión de instalaciones deportivas					
Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales					
Promoción y gestión turística					
Comunicación, autorización, inspección y sanción espectáculos públicos					
Liquidación y recaudación tributos propios Comunidad Autónoma					
Liquidación y recaudación tributos propios Estado					
Inscripción asociaciones, empresas o entidades en registros administrativos de Comunidad Autónoma					
Inscripción asociaciones, empresas o entidades en registros administrativos del Estado					
Gestión oficinas unificadas información y tramitación administrativa					

	<b>Gasto presupuestario</b>	<b>Ingresos presupuestarios</b>	<b>Modalidad de prestación</b>	<b>Personal adscrito</b>	<b>Observaciones</b>
Cooperación con Administración educativa por centros asociados UNED					
<b>Servicios prestados en ejercicio de competencias impropias (artículo 7.4 LRSAL)</b>					
<b>Servicios prestados en ejercicio de competencias atribuidas por la Xunta de Galicia</b>					
<b>1.- Servicios sociales</b>					
<b>1.1.- Servicios sociales comunitarios básicos (artículo 9 Decreto 99/2012, de 16 de marzo, por el que se regulan los servicios sociales comunitarios y su financiación)</b>					
Programa valoración, orientación e información social a personas					
Servicio de ayuda a domicilio (SAD)					
Servicio de educación y apoyo familiar					
Programa básico de inserción social					
Programa de fomento de cooperación y solidaridad social					
<b>1.2.- Servicios sociales comunitarios específicos (artículo 26 Decreto 99/2012)</b>					
Gestión de centros de inclusión y emergencia social tipificados reglamentariamente (albergues, centros de acogida, comedores sociales, centros de atención continuada, etc.)					
Gestión de programas prevención y atención personas en riesgo de exclusión					
Atención personas mayores o con limitación en su autonomía mediante centros de día y otros servicios					
Atención personas con discapacidad por medio centros ocupacionales					
Atención personas mayores con equipamientos que faciliten su socialización, prevención de dependencia y promoción de autonomía					

	<b>Gasto presupuestario</b>	<b>Ingresos presupuestarios</b>	<b>Modalidad de prestación</b>	<b>Personal adscrito</b>	<b>Observaciones</b>
Atención primera infancia en centros que posibiliten conciliación vida laboral y familiar					
Asesoramiento, orientación y atención a mujeres en situación de especial vulnerabilidad					
Atención a menores de edad en situación de riesgo o conflicto social					
Gestión otros equipamientos que favorezcan ámbito de convivencia alternativa en casos de necesidad temporal técnicamente valorada					
Gestión otros equipamientos sociales no residenciales para desarrollo programas para sectores de población con necesidades sociales diferenciadas					
<b>1.3.- Resto de servicios</b>					
<b>2.- Oficinas Información al Consumidor (artículo 71 Ley 2/2012, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias)</b>					
<b>3.- Desarrollo local y empleo</b>					
<b>4.- Turismo</b>					
<b>5.- Escuelas de música</b>					
<b>6.- Escuelas infantiles</b>					

---

# Delitos contra la Administración Pública

José M.<sup>a</sup> Romero de Tejada Gómez

Fiscal Superior de Catalunya

1. **Introducción**
2. **Principios de las Administraciones Públicas. La Administración Pública como objeto de protección de las normas penales**
3. **Delitos contra la Administración Pública. Autoría. Tipos delictivos**
  - 3.1. Prevaricación del funcionario público y otros comportamientos injustos
  - 3.2. Abandono del destino y omisión del deber de perseguir delitos
  - 3.3. Desobediencia y denegación de auxilio
    - 3.3.1. Desobediencia: artículos 410 y 411 del Código Penal
    - 3.3.2. Denegación de auxilio: artículo 412 del Código Penal
  - 3.4. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos
  - 3.5. Cohecho
  - 3.6. Tráfico de influencias
  - 3.7. Malversación de caudales públicos
  - 3.8. Fraudes y exacciones ilegales
  - 3.9. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, y abusos en el ejercicio de su función
  - 3.10. Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

## Resumen

El presente trabajo recoge la protección de la Administración Pública como objeto de delito, para evitar disfunciones en la misma y poder así cumplir sus objetivos, esto es, servir a los ciudadanos con prontitud, eficacia e imparcialidad. Se estudian los diversos delitos que atentan contra tales principios.

Palabras clave: *prevaricación; cohecho; tráfico de influencias; malversación de caudales públicos.*

## *Crimes against the Public Administration*

### **Abstract**

*This article studies the protection of the Public Administration understood as the object of a criminal behavior. The prohibition of these kinds of criminal conducts pursues to avoid the malfunction of the Public Administration and to comply with its aims, which are to serve efficiently, impartially and without delay the citizens. The article analyzes criminal conducts that infringe these principles.*

Keywords: *prevarication; bribery; influence peddling; misappropriation of public funds.*

---

Artículo recibido el 27/06/2013; aceptado el 16/10/2013.

## 1. Introducción

Lo primero que hemos de plantearnos es qué se entiende por Administración Pública, y vemos que es un término impreciso que podríamos definir como “el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica ya sea de ámbito regional o local”.

La Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo de manera inmediata el interés público, a diferencia del Poder Judicial o del Poder Legislativo, que lo hacen de manera mediata.

La Administración Pública se encuentra regulada por el Poder Ejecutivo, y sus organismos están íntimamente ligados con el mismo.

La Administración Pública, en tanto estructura organizativa, es una creación del Estado regulada por el derecho positivo. Y como actividad, constituye una función pública, establecida por el ordenamiento jurídico nacional.

La Administración Pública es la organización que tiene a su cargo la dirección y gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco del derecho, las exigencias de la técnica y una orientación política.

Se ha dicho que la Administración Pública es parte del Poder Ejecutivo, lo cual en cierta manera es cierto; sin embargo, no todo Poder Ejecutivo es Administración Pública, ni toda la Administración Pública se sitúa en el área del Poder Ejecutivo.

Otros autores señalan que la Administración Pública es el Estado en acción, la Administración Pública tiende a servir los intereses generales del Estado.

Según el artículo 103 de la Constitución, “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

La Constitución de 1978 divide la Administración Pública en 3 niveles, como consecuencia de instalar un Estado fuertemente descentralizado:

1) Administración General del Estado. Es la Administración central de todo el Estado español (artículo 97 y siguientes de la Constitución española), encargada de llevar a cabo el programa de gobierno y de satisfacer los intereses generales.

2) Administración autonómica, compuesta por aquellos organismos que gestionan las competencias propias o cedidas de las comunidades autónomas.

3) Administración local, que desarrolla las competencias transferidas a los ayuntamientos, diputaciones provinciales o forales, o cabildos insulares.

La pluralidad de Administraciones Públicas en España se completa con las Administraciones no territoriales, que desarrollan actividades concretas:

A) Corporaciones, colegios profesionales, cámaras de comercio, industria y navegación, cofradías de pescadores, federaciones deportivas.

B) Instituciones, fundaciones públicas, organismos autónomos y entidades públicas empresariales.

C) Administraciones independientes, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Universidades.

La Administración Pública de España es el aparato de gobierno y gestión de los intereses públicos españoles.

Las Administraciones Públicas, en su tarea de satisfacer el interés general, son titulares de una serie de potestades exorbitantes respecto a las personas jurídicas de naturaleza privada. Como contrapeso a tales potestades exorbitantes están sometidas a una serie de límites y garantías propios del Estado de derecho (sometimiento al derecho, control judicial, garantías patrimoniales).

Las Administraciones Públicas están dotadas de unos recursos económicos y humanos que se encuentran regulados en el Estatuto Básico del Empleado Público.

Las Administraciones Públicas están reguladas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Otras normas importantes son la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley 28/2003 General de Subvenciones, la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, y la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. Y desde el punto de vista estatal están la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

## 2. Principios de las Administraciones Públicas. La Administración Pública como objeto de protección de las normas penales

**Eficacia.** - Lograr el efecto que se desea, sin demoras o molestias innecesarias.

**Jerarquía.**- Dictar órdenes, inspeccionar la actividad del inferior, resolver conflictos, anular o reformar actos del inferior, resolver los recursos de alzada, avocar atribuciones, ejercer potestad disciplinaria, o delegar cuando no esté prohibido.

**Descentralización.**- Territorial o funcional.

**Desconcentración.**- Transferencia de competencias: hacia otro órgano de igual categoría, o hacia un órgano inferior.

**Coordinación.**- Entre todas las Administraciones; para ello se crean las comisiones bilaterales.

Por último vamos a descartar otras Administraciones Públicas, la de Justicia y la de Hacienda, que dan lugar a otros tipos delictivos: delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (Título XIV del Código Penal, artículos 305 a 310), y delitos contra la Administración de Justicia (Título XX del Código Penal, artículos 446 a 471 bis).

Sujeto activo del delito es la persona individual que realiza la conducta descrita en el Código Penal como delito.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, se llama también víctima u ofendido y puede ser:

- Persona individual.
- Persona jurídica.
- Sociedad.
- Estado.

Ahora bien, además del sujeto pasivo existe la figura del perjudicado, y en estos tipos delictivos el sujeto pasivo será la Administración Pública, y perjudicados el conjunto de personas físicas y jurídicas que pertenecen a esa Administración.

Con la reforma del Código Penal de 1995 se individualizó por primera vez la "Administración Pública" como objeto de protección de las normas penales, en su Título XIX, dentro del Libro II: "Delitos y sus penas", referente a las conductas que lesionaban de forma grave los principios organizativos o la eficacia de su gestión.

Se cambió así la rúbrica del Título: "Delitos de los funcionarios públicos", pasando a poner el acento no en el carácter subjetivo del autor de los delitos, sino en el objeto jurídico o bien jurídico lesionado en los delitos de dicho Título XIX.

Cambia así el bien jurídico protegido, basándose en la objetividad que debe presidir la Administración Pública, y no en la subjetividad del autor de la conducta.

No obstante, vemos que es un concepto excesivamente genérico, por lo que algunos autores señalan

que la Administración Pública es el marco donde se producen los delitos, debiendo precisarse el concreto aspecto de la Administración que se vulnera en cada delito.

Ahora bien, existen algunas figuras que también tienen acomodo en otro Título, cambiando solo el sujeto activo funcionario o autoridad por jueces, y resoluciones y sentencias por autos.

Ya hemos visto que no recoge el Código Penal el concepto de Administración Pública, a diferencia de los de autoridad o funcionario público, que vienen recogidos en los artículos 24.1 ("A los efectos penales se reputará autoridad al 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 los 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") y 24.2 ("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").

Solo se recoge la función de la Administración en el artículo 103 de la Constitución española: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

### 3. Delitos contra la Administración Pública. Autoría. Tipos delictivos

Lo que caracteriza estos delitos es la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla, la ausencia de integridad del autor que se debe presuponer siempre, precisamente por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado.

El Código Penal regula otros delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en los siguientes artículos:

- 174 y 175: Torturas.
- 198: Revelación de secretos.
- 204: Allanamiento de morada.
- 320 y 322: Prevaricación.

- 390 y 391: Falsedades.

- 499 y 500: Delitos contra las Instituciones del Estado.

- 530 a 542: Delitos contra las garantías constitucionales.

Y regula en este Título XIX delitos cometidos por particulares, en los artículos 418, 423, 424 y 440.

En lo que respecta a la autoría, en principio, los delitos contra las Administraciones Públicas solo pueden ser cometidos por autoridades y funcionarios, excepto en los supuestos que hemos señalado.

Pero en el ámbito del derecho penal el concepto es distinto que en el ordenamiento administrativo. El Tribunal Supremo ha englobado a todos los empleados públicos desde el superior hasta el inferior, desde el que está en la cúspide hasta los que están en la base, incluso a los que participan en la función pública sin ser funcionarios, en virtud de una relación laboral, o que prestan servicios antes de acceder al cargo.

Así ha venido reconociendo a médicos por cuanto certifican actos inscribibles en el Registro Civil, notarios, obispos, sacerdotes, carteros, interinos, alcaldes, concejales, empleados de notarías, etc., y el propio Código Penal recoge al particular encargado accidentalmente de una función (artículos 414.2 y 417.2).

También hemos de ver que a veces los actos de la Administración se realizan por órganos colegiados, lo que provoca un problema acerca de determinar la autoría; sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resuelta con mayor o menor fortuna en el artículo 31 del Código Penal en virtud de la Ley 5/2010, se considera autor a todos los que votaron conforme a la resolución dictada, trasladando el artículo 78.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Vamos a ver los tipos delictivos:

TÍTULO XIX. Delitos contra la Administración Pública.

Cap. I: De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos.

Cap. II: Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos.

Cap. III: De la desobediencia y denegación de auxilio.

Cap. IV: De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos.

Cap. V: Del cohecho.

Cap. VI: Del tráfico de influencias.

Cap. VII: De la malversación.

Cap. VIII: De los fraudes y exacciones ilegales.

Cap. IX: De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

Cap. X: De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

### 3.1. Prevaricación del funcionario público y otros comportamientos injustos

Agrupar una serie de figuras heterogéneas cuya naturaleza no es precisamente determinable, y más al establecerse una diferencia entre la prevaricación judicial y la de los funcionarios.

La prevaricación se toma en dos sentidos: uno amplio, "faltar maliciosamente a las obligaciones del cargo", demasiado amplio, por cuanto esto es atribuible a todos los delitos de este Título, y otro que admite la forma culposa y un sentido más estricto, "la aplicación torcida del derecho", lo que es insuficiente, pues en la prevaricación judicial se admite la modalidad omisiva. Podemos señalar una tercera posición, que sería la de adoptar una resolución contraria a derecho, realizada por un funcionario público que interviene por razón de su cargo.

#### "Artículo 404.

"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años".

Requiere en primer lugar sujeto activo, la autoridad o funcionario público.

En segundo lugar, acto administrativo de contenido decisorio y que afecte a una situación jurídica individualizada, no pueden serlo los actos de trámite, los informes o consultas, requiere no solo una modalidad activa, dictar resolución. También se puede admitir la forma omisiva, por ejemplo, alcalde que no dicta una resolución para convocar un pleno para votar una moción de censura.

En tercer lugar, la arbitrariedad, es decir, apartarse de la legalidad de manera flagrante; dictar una resolución tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera, a veces llamada esperpéntica, no bastando la mera ilegalidad de una resolución errónea, equívoca o discutible.

En el aspecto subjetivo requiere el tipo "a sabiendas de su injusticia", esto es, con clara conciencia de la

arbitrariedad de la resolución, así como de la injusticia de la misma. Supone que el sujeto del delito actúa con plena conciencia de que resuelve el asunto eludiendo la aplicación de las normas, tanto formales (en el procedimiento) como materiales.

Finalmente, se recoge también la prevaricación en los artículos 405 y 406, consistente en proponer, nombrar o dar posesión ilegalmente a una persona para el ejercicio de un cargo público, y aceptar esa propuesta, nombramiento o toma de posesión ilegal, respectivamente.

Nada diremos de otros comportamientos injustos.

### **3.2. Abandono del destino y omisión del deber de perseguir delitos**

Estos delitos se introdujeron en el Código Penal de 1848, cuando la relación de los funcionarios con la Administración no estaba regulada por el derecho administrativo. Hoy vigente tal regulación, esta actividad está más bien sometida al régimen disciplinario y al derecho administrativo.

Nada diremos aquí, y únicamente mencionaremos los artículos 407, 408 y 409 del Código Penal.

### **3.3. Desobediencia y denegación de auxilio**

Se recogen aquí 2 tipos delictivos que no tienen una naturaleza común, como no sea el carácter omisivo y el comportamiento pasivo de los autores.

El primero de ellos, la desobediencia, es consecuencia de ese principio de jerarquía que se establece en la Administración, donde el inferior debe acatar y cumplir las órdenes dictadas por sus superiores, y el deber que incumbe a todos de acatar las resoluciones judiciales, sin perjuicio de plantear los posibles conflictos jurisdiccionales.

Utiliza el Código la expresión “abiertamente”, lo que constituye una modalidad amplia de ejecución; se puede realizar, bien no llevándola a cabo, bien realizando otra cosa contraria a lo señalado.

Requiere este delito que la orden venga dada por la autoridad competente, con las formalidades requeridas y dentro del ámbito de su competencia.

Existe una excepción, cuando la orden constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier disposición general.

Esta infracción debe ser valorada por la capacidad de un funcionario medio, que vea la ilegalidad de la orden.

La desobediencia debe ser abierta, lo cual comprende tanto la pasividad reiterada como la presentación de trabas y dificultades que demuestren una voluntad contraria al mandato.

#### **3.3.1. Desobediencia: artículos 410 y 411 del Código Penal**

##### **“Artículo 410.**

“1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

##### **“Artículo 411.**

“La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

#### **3.3.2. Denegación de auxilio: artículo 412 del Código Penal**

##### **“Artículo 412.**

“1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

“2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho

meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

“3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

“Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

“En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

Admite, pues, dos modalidades: la primera, denegación de auxilio a la autoridad, y la segunda, a los particulares.

Es consecuencia de ese otro principio de cooperación de las autoridades entre sí y en la ayuda a los ciudadanos.

### 3.4. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos

Castiga aquí el Código Penal la infracción del deber de custodia y sigilo que tienen los funcionarios respecto a los documentos que tengan por razón de su cargo. Se trata de una infracción de los deberes de los funcionarios criminalizada, si bien en este Capítulo el sujeto activo puede ser también un particular.

Admite cuatro modalidades:

- Sustracción, destrucción, inutilización u ocultación total o parcial de documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo.

- Destruir o inutilizar a sabiendas los medios puestos para impedir el acceso o consentir su destrucción.

- El particular que destruyere o inutilizare los medios anteriores.

- El funcionario que accediera o consintiera el acceso a documentos secretos cuya custodia le estuviera encomendada por razón de su cargo.

En cuanto a la violación de secretos, se refiere el Código Penal a secretos o informaciones no divulgables, pudiendo cometer el delito una autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones

de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, o un particular que aprovechar para sí o un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad.

### 3.5. Cohecho

Es el más amplio de los delitos del Título XIX, y ha sido objeto de una modificación en el año 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010.

Requiere dos personas: la autoridad, que pide o acepta el cohecho, y el particular, que recibe la petición y la acepta o propone el cohecho.

Se dan así los dos tipos de cohecho, el activo o el pasivo, según sea quien tome la iniciativa.

Desaparece el contenido económico de este delito, pues la expresión “dádiva o presente” se ha sustituido por la de “dádiva, favor o retribución de cualquier clase”.

El beneficio debe ser para el autor del delito o un tercero, no cuando el que se beneficie sea la institución pública.

Las modalidades:

- Realizar un acto contrario a los deberes del cargo, o no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera realizar.

- Realizar un acto propio de su cargo.

- Recibir recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

- Admitir dádiva o regalo que le fueran ofrecidos en virtud de su cargo o función.

Artículo 423.- Extiende la autoría a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o cualquier persona que participe en el ejercicio de la función pública.

Artículo 424.- Regula la autoría por parte del particular, distinguiendo:

- Cuando ofreciere o entregare dádiva o retribución a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes de su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función.

- Cuando entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública.

Admite el Código Penal un subtipo atenuado, que es que el soborno se haga en causa criminal a favor del reo

por parte de su cónyuge u otra persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados (artículo 425).

Y una exención de responsabilidad, cuando el particular, a pesar de haber accedido, denuncie el hecho a la autoridad antes de la apertura del procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos (artículo 426).

Y por último, nada diremos aquí acerca del caso de que la autoridad o funcionario sea de la Unión Europea (artículo 427).

### 3.6. Tráfico de influencias

El Código Penal, en la modificación del año 1991, introdujo el delito de tráfico de influencias, que fue asimismo objeto de modificación en el año 2010, con la Ley Orgánica 5/2010. Se ha configurado en la realización de un acto único, a diferencia de las legislaciones francesa e italiana, que requerían actos continuos.

La autoría de este delito puede ser tanto de una autoridad o funcionario público como de un particular. En tal sentido, el particular lo comete por su relación personal con la autoridad o funcionario.

Consiste en prevalerse del ejercicio de las facultades del cargo o cualquier relación personal o jerárquica para obtener una resolución que, directa o indirectamente, genere un beneficio económico para sí o un tercero.

No es necesario que la resolución sea arbitraria, sino que puede ser ajustada a derecho. Lo que se castiga no es la resolución, sino los medios destinados a obtenerla.

Es un delito de tendencia, es decir, de mera actividad, consumándose con la ejecución del acto de influencia.

Por último, el artículo 430 regula el auténtico tráfico de influencias, al describir en el tipo a los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de tercero dádiva o presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesas.

### 3.7. Malversación de caudales públicos

Trae su causa este delito en la figura del "peculado" romano, que no era otra cosa que la aplicación de bienes públicos cometida por funcionario.

En el Código Penal de 1995 se extendió esta figura a los bienes inmuebles.

Se ha discutido la naturaleza de estos delitos: unos los conciben como delitos contra la propiedad agravados por el autor de los hechos (funcionario), otros como delitos autónomos que merecen capítulo aparte, y otros como un híbrido de las dos posiciones anteriores.

Se necesitan tres requisitos:

Que sean autoridades o funcionarios públicos (sujeto).

Efectos y caudales públicos (objeto).

Que les estén encomendados por razón de su cargo (acción).

Con relación al objeto podría ampliarse a los bienes de los particulares cuando han sido depositados en un organismo público o tengan una función pública.

Recoge el Código Penal un supuesto agravado y otro atenuado: el agravado, atendiendo a la especial gravedad por el valor de las cosas sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público, y el atenuado, cuando no llegare a los 4000 €.

Un tipo impropio viene regulado en el artículo 433, consistiendo en destinar a usos ajenos a la función pública los efectos o caudales puestos a su cargo por razón de sus funciones.

Regula el Código Penal al que, con ánimo de lucro propio y ajeno y con grave perjuicio a la causa pública, diere una aplicación privada a los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o entidad estatal autonómica o local, u organismos dependientes de ellas.

Y con relación a la autoría, el Código Penal, en su artículo 435, la extiende a:

- Los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

- Los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

- Los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

### 3.8. Fraudes y exacciones ilegales

Las conductas delictivas de contenido económico, que pueden realizar las autoridades y funcionarios en perjuicio de la Administración Pública o de sus administrados, no se agotan en el Capítulo VII, sino que continúan.

Se recogen tres figuras distintas:

- La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de la contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concierne con los interesados o usare cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

- Exigir directa o indirectamente derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada.

- Abusar de su cargo para cometer el delito de estafa o apropiación indebida.

En este último supuesto no cabe la modalidad de la falta, por lo que siempre será delito. Esta modalidad es de mera actividad, basta con exigir, no es necesario que se consume, a diferencia de otros autores que lo creen necesario.

El Tribunal Supremo se ha inclinado por la primera posición, ya que el verbo rector es "exigir" y no "percibir".

### **3.9. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, y abusos en el ejercicio de su función**

Contiene este Capítulo una serie de delitos de naturaleza heterogénea: por un lado, los relacionados con el deber de fidelidad de los funcionarios, y por otro, una serie de abusos en el terreno de la libertad sexual.

Autor: la autoridad o funcionario público que deba participar por razón de su cargo en un contrato, asunto, operación o actividad, y se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

No se requiere un perjuicio a la Administración, se trata del deber moral que tiene el funcionario de ser objetivo o imparcial, y de servir al interés general, que podría desaparecer en este supuesto.

La autoría se extiende a diversos particulares, como peritos, árbitros y contadores partidores, así como a los tutores, albaceas y curadores.

Otra modalidad se refiere a quien realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asuntos en que haya de intervenir o

haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviera destinado, o del que dependa.

Es posible el acto aislado, y si no se tramita en su centro el hecho es atípico, y responderá solo reglamentariamente.

No se requiere ánimo de lucro con carácter especial.

Como condición negativa del tipo, fuera de los casos admitidos por las leyes y reglamentos, se regula el uso de información privilegiada, y se castiga a la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su cargo u oficio, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

Se nos relata qué se debe entender por información privilegiada: la que se tenga por razón del oficio o cargo y que no haya sido divulgada, notificada o publicada. Son, pues, tres los requisitos:

- 1) Que se tenga información.
- 2) Por razón del cargo.
- 3) Que no haya sido divulgada.

Se trata de un delito tendencial, no es necesaria la obtención del beneficio, y como delito de mera actividad es difícil la existencia de formas imperfectas.

Los atentados a la libertad sexual vienen regulados en el artículo 443 del Código Penal, distinguiendo los delitos de las autoridades y funcionarios públicos en general de los de los funcionarios de prisiones o de centros de protección o corrección de menores.

Algunos autores señalan que son delitos que atacan a la dignidad de la función, y otros que atacan a la libertad sexual, cualificados según el sujeto activo.

Se consuman con la simple solicitud, y pueden concurrir, según el artículo 444, con los delitos contra la libertad sexual.

### **3.10. Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales**

Artículo 445, del que nada diremos por la premura de tiempo y por la falta de aplicación de este artículo en los tribunales españoles, que ha dado lugar a un tirón de orejas por parte de las autoridades europeas al Gobierno español, por creer que no combate con firmeza los actos de corrupción. ■

---

# La imposibilidad de ejecución material y jurídica de las sentencias firmes contencioso-administrativas en materia de urbanismo. Una visión desde la conflictividad contencioso-administrativa en Cataluña

Manuel Táboas Bentanachs

Magistrado de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

## 1. Presentación

## 2. Perspectiva constitucional

- 2.1. Previo: los pronunciamientos contencioso-administrativos susceptibles de ejecución judicial: pronunciamientos declarativos y de condena, y pronunciamientos expresos e implícitos
- 2.2. El principio de tutela judicial efectiva en sede de ejecución de sentencia
- 2.3. El principio de seguridad jurídica y la cosa juzgada
- 2.4. El principio de la invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias
- 2.5. El principio de ejecución *in natura*. La ejecución por sustitución

## 3. Perspectiva procesal general

- 3.1. La ubicación procesal del incidente de imposible ejecución
- 3.2. La tramitación del incidente de imposible ejecución
- 3.3. El orden de resolución en relación con el incidente de imposible ejecución

## 4. Perspectiva procesal del incidente de imposible ejecución

- 4.1. Naturaleza
- 4.2. Improcedencia de remitir el caso a la vía administrativa
- 4.3. La solicitud relativa a que la sentencia ya se ha ejecutado para evitar el incidente de imposible ejecución y la indemnización de daños y perjuicios
- 4.4. Subjetivamente
  - 4.4.1. Legitimación activa: la Administración y otros sujetos
  - 4.4.2. Legitimación pasiva: el ejecutante y otros afectados
  - 4.4.3. El Ministerio Fiscal
- 4.5. Objetivamente
  - 4.5.1. La imposibilidad física
  - 4.5.2. La imposibilidad jurídica
  - 4.5.3. La imposibilidad parcial
  - 4.5.4. La improcedencia de replantear de nuevo sobre el fondo
- 4.6. El tiempo: 2 meses o no
- 4.7. La prescripción o la caducidad
- 4.8. Efectos del incidente y de su resolución: la suspensión en la ejecución, las costas y la vía penal
- 4.9. La reiteración de incidentes de imposible ejecución
- 4.10. Los recursos de apelación y casación

## 5. Perspectiva procesal del incidente de determinación de daños y perjuicios

- 5.1. Legitimación
- 5.2. La prueba de los daños y perjuicios, las vías de hecho y el daño moral, la función del tiempo sin ejecutar y las costas
- 5.3. Los recursos de apelación y casación

---

Artículo recibido el 03/03/2014; aceptado el 27/05/2014.

## Resumen

Una vez conseguida una sentencia firme contencioso-administrativa susceptible de ejecución, en algunas ocasiones se pierde vista o no se detiene suficientemente la atención en la ruda realidad que representa pasar procesalmente a la absoluta necesidad de desplegar todos cuantos esfuerzos sean precisos para conseguir su más próxima y debida ejecución –procesales, temporales y, a no dudarlo, también económicos-. Con el presente trabajo se trata de traer a colación y examinar las complejas realidades de esa naturaleza que se dan en tan acentuado número de casos en materia de urbanismo, cuando no se está en la tesitura de proceder a agotar en todos sus términos lo sentenciado con valor de cosa juzgada, y con el importante añadido de que si para la sentencia dictada se tuvo una vía de recurso jurisdiccional, resulta que en ejecución de sentencia pueden multiplicarse esas vías de recurso, con lo que ello representa para tener que acentuar todavía más y más los esfuerzos precisos.

Palabras clave: *jurisdicción contencioso-administrativa; sentencia; ejecución de sentencia; incidentes en ejecución de sentencia.*

## *The failure of material and legal enforcement of final contentious-administrative judgments in the field of urban planning: a perspective from contentious-administrative disputes in Catalonia*

### **Abstract**

*When a final contentious-administrative judgment is at stake, sometimes we do not take into account or focus our attention on the efforts –from procedural, temporal and economical perspectives- that are needed in order to properly and speedily to enforce it. This article examines this reality which is significantly important in most of urban planning cases where the aim is not to enforce in all the terms and conditions the judgments and also there are available several jurisdictional review mechanisms in the enforcement phase. In these kinds of cases, the efforts in the phase of the enforcement of a judgment are even harder.*

Keywords: *contentious-administrative courts; judgment; enforcement of judgments; judicial proceedings regarding enforcement of judgments.*

## 1. Presentación

Las líneas que seguirán, desde la limitada medida que me corresponde destacar para el ejercicio profesional en Cataluña, y en cuanto pueda ser de utilidad, no deben considerarse sino como una modesta sistematización de líneas de asuntos que, accediendo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa con cierta habitualidad, y una vez alcanzada una sentencia firme susceptible de ejecución, se plantean una pretendida y defendida imposible ejecución, deseando apartar de toda consideración la ejecución *in natura* -con el tiempo y más tiempo que se ha acumulado para llegar a

ella- y tratando de abogar por un pronunciamiento formal de inejecución de la sentencia firme, dejando esa ejecución en la nada jurídica, o/y, todo lo más, aceptando una indemnización de daños y perjuicios por sustitución.

Sea dicho de la mejor manera posible, y en atención a las circunstancias que nos ha correspondido y nos sigue correspondiendo vivir e ir observando a las alturas de los tiempos presentes, la contemplación de esos supuestos va siendo adornada por un sobresaliente casuismo que se resiste a soluciones generales, y por toda una serie de vertientes que pueden exponerse del siguiente modo:

- Una inestabilidad acentuadísima en materia de ordenamiento legal, reglamentario y de planeamiento urbanístico.

- Una proliferación de iniciativas del más variado género para conseguir causa, razón o motivo para alcanzar un supuesto de imposibilidad de ejecución.

- En determinados casos, una actividad subyacente de declaraciones –inclusive del ámbito político, social, periodístico, etc.- del más variado signo que alcanzan a manifestar con una claridad meridiana que el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional firme no se va a ejecutar, lo que se traslada de inmediato a las actuaciones procesales a los efectos que interesen a la parte que las aporta.

Y todo ello, que ya venía siendo común y habitual de un tiempo a esta parte, con el añadido de:

- Una caída, a niveles desconocidos hasta el momento, de la denominada “alegría” urbanística, desde el año 2005 hasta hoy.

- Una precariedad económica digna de mención que, desde afirmaciones procesales relativas a la maniobra y radical dificultad en indemnizar daños y perjuicios, durante años y años se va a desplegar sin cesar.

Y todo ello en un marco en que la imposibilidad en sede de ejecución de sentencias firmes en materia de urbanismo, cuando menos en Cataluña, se ha multiplicado exponencialmente, de tal suerte que en el cometido de la labor jurisdiccional es extraño observar que no se tengan a diario en trámite y pendientes de resolución materias de esa naturaleza.

En definitiva, bien se puede comprender que el panorama se comenta por sí mismo, y el operador jurídico queda sumido en una resultancia que, hasta los tiempos presentes, no tenía precedente visible equiparable alguno.

En todo caso, obsérvese que temporalmente nos debemos situar años después de los hechos situados en vía administrativa, con lo que debiera proseguirse para conseguir en la vía de los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos una sentencia firme, y que ahora en proceso de ejecución se van a anudar buen número de años, ya que, a no dudarlo, también en su caso caben las vías de los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos –bien de apelación, bien de casación–.

Finalmente, debe indicarse que los pronunciamientos jurisdiccionales que se ofrecerán seguidamente no tienen otro valor que el de mostrar la doctrina de referencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supre-

mo, y solo en la medida de lo posible la doctrina menor en sede de apelación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en materia de urbanismo de su Sección 3.ª.

## 2. Perspectiva constitucional

### 2.1. Previo: los pronunciamientos contencioso-administrativos susceptibles de ejecución judicial: pronunciamientos declarativos y de condena, y pronunciamientos expresos e implícitos

Desde luego las presentes líneas deben dar por sobradamente conocido el supuesto base de partida, que no debe ser otro que las sentencias firmes y que en su contenido sean susceptibles de ejecución forzosa, y en concreto en materia de urbanismo.

Ahora bien, en este punto interesa destacar que, lejos de literalismos espurios, ya desde hace pronunciamiento tiempo, más allá de interpretaciones restrictivas en relación con pronunciamientos jurisdiccionales literalmente dirigidos a la nulidad o anulación de planeamiento urbanístico, de instrumentos de gestión urbanística, de titulaciones urbanísticas habilitantes, etc., se ha establecido que no nos hallamos simplemente ante meros pronunciamientos declarativos no susceptibles de ejecución judicial, sino ante reales y verdaderos supuestos de pronunciamientos de condena inexcusablemente susceptibles de ejecución, o, si así se prefiere, de pronunciamientos implícitos precisados de la exigente ejecución judicial si es que procede.

Con esa perspectiva se trata de llamar la atención sobre la novedosa dimensión cuantitativa y cualitativa que se presenta, con notorios supuestos de los que, entre tantos y tantos otros, pueden destacarse los siguientes:

- En materia de planeamiento urbanístico:

a) La nulidad total de una figura de planeamiento, aunque no se hayan establecido en la sentencia firme mayores aditamentos, conlleva la absoluta necesidad de proceder a la debida publicación de ese pronunciamiento en los boletines oficiales en que se operó su publicación, hasta incluso en los registros de planeamiento autonómicos o locales de su razón.

b) La nulidad parcial de una figura de planeamiento, aunque no se hayan establecido en la sentencia firme mayores aditamentos, conlleva la absoluta ne-

cesidad de proceder a otorgar un plazo a las Administraciones con competencias en la materia –en su caso locales y autonómicas- para que establezcan el contenido obligado y reglado de la figura de planeamiento, incluso en el ejercicio de competencias discrecionales, aprobando definitivamente lo que proceda, y que se publique debidamente, dando cuenta en el proceso correspondiente, a salvo de lo que proceda en ejecución de sentencia. Obsérvese así, entre otros, el caso de nulidad de una determinada calificación urbanística perjudicial para la parte que impugnó, en que, triunfando su pretensión de la improcedencia de la

calificación urbanística establecida por el planeamiento, la peor situación que podría darse es que su resultancia fuese que no tuviese ninguna calificación urbanística, o que el plan en ese ámbito fuera la nada urbanística.

- En materia de gestión urbanística<sup>1</sup>:

a) La nulidad total de un instrumento de gestión urbanística, aunque no se hayan establecido en la sentencia firme mayores aditamentos, conlleva la absoluta necesidad de proceder a atender no solo a las debidas publicaciones, sino también a las situaciones carentes de cobertura en virtud de ese instrumento de gestión.

1. Pueden consultarse a esos efectos las siguientes sentencias:

Sentencia núm. 691, de 15 de septiembre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“Más todavía, quizá se pierda la noción que con la mera aprobación de una figura de planeamiento urbanístico nada se legaliza sino que, en su caso, deberá pasarse a la gestión urbanística que en su caso corresponda que trate de abordar y legalizar lo que proceda. Todo ello claro está con perfecta posibilidad de impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa, en su caso, con los efectos del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional.

“Pero es que en la mejor tesitura de la modificación, si es que es procedente, tampoco cabe hacer mirada ciega y oídos sordos que cuando se alcance esa situación en la gestión urbanística lo que deberá promoverse para que no se lleve a cabo lo resuelto en la presente alzada, si es que concurren sus requisitos, es el oportuno incidente de inejecución de sentencia por la vía del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional que todo lo más, si es que prospera, habilita efectivamente para no ejecutar *in natura* la correspondiente Sentencia, total o parcialmente, pero desde luego con la debida indemnización de daños y perjuicios por la inejecución transmutando efectivamente la ejecución *in natura* en ejecución con la indemnización que proceda.

“Todas esas perspectivas aparecen soslayadas y desconocidas en el pronunciamiento adoptado que procede erradicar y suprimir ya que ante tamaña complejidad lo que procede es simple y sencillamente anular el proyecto equidistributivo en los términos que se establecerán en la presente Sentencia y si las partes van dispensando otros supuestos a enjuiciar en el correspondiente proceso independiente o, en los casos que proceda, por la vía de los incidentes de ejecución, inejecución, nulidad o indemnizatorio será en su momento donde haya lugar a depurar lo que proceda”.

Sentencia núm. 533, de 23 de junio de 2011, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la pretensión de la parte apelante de que se revoque el Auto apelado y se acuerde expedir mandamiento al Registro de la Propiedad nº 2 de Sant Vicenç dels Horts en el que se ordene la cancelación de la inscripción registral del proindiviso entre el Ayuntamiento de Vallirana y Germa 97 SL constituido en la finca registral nº 8.985 del término de Vallirana, como inscripción 3ª, tomo 2.944 del libro 234, folio 186.

“SEGUNDO.- Es patente que el cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo el 28.11.2008, en cuanto a los pronunciamientos no apelados y por consiguiente firmes, no se agota con la mera declaración judicial de nulidad del acuerdo municipal de aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación del año 2005, sino que dicha nulidad conlleva la de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad en méritos de la aprobación definitiva del indicado Proyecto de Reparcelación, en concreto, la inscripción de un indiviso sobre la finca registral arriba expresada (finca aportada nº 44 y finca de resultado nº 44 en el Proyecto de Reparcelación, y adjudicada en cuanto a un 11% indiviso al Ayuntamiento en concepto de cesión del diez por ciento del aprovechamiento urbanístico).

“No se acepta la fundamentación del auto apelado, según la cual en ninguna de las sentencias dictadas se declara que tenían que ser anuladas las inscripciones registrales dado que no se había pedido en la demanda:

“La ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que se vulnera cuando la decisión judicial queda en mera declaración sin efectividad alguna, que es lo que acontecería en el presente caso si la nulidad del Proyecto de Reparcelación declarada en el Fallo que se ejecuta no pudiera hacerse efectiva expulsando de la vida jurídica el Proyecto de Reparcelación, lo que sin duda comprende la cancelación de los asientos que el Proyecto de Reparcelación nulo causó en el Registro de la Propiedad; todo lo que halla cobertura, además, en los principios *pro actione* y de economía procesal, en orden a inferir del Fallo a ejecutar sus naturales consecuencia en relación con la *causa petendi*.

“TERCERO.- El Ayuntamiento alega que el indiviso sobre la finca de la actora se constituyó ‘en cumplimiento de la anterior sentencia’. No es así: Como paladinamente reconoce el Ayuntamiento, en la sentencia que cita se anula el Proyecto de Reparcelación aprobado en el año 2000 ‘estableciendo como único motivo de anulación que no se ajustaba a derecho la sustitución del 10% del aprovechamiento medio a favor del Ayuntamiento por una indemnización económica, pues tal edificación debió hacerse en suelo edificable’. De lo que se deriva la anulación de dicha sustitución, pero no la adjudicación al Ayuntamiento del indiviso de autos, adjudicación que tuvo lugar en el seno del Proyecto de Reparcelación aprobado en el año 2005. Esta reparcelación ha sido declarada nula en la sentencia objeto de la presente ejecución.

b) La nulidad parcial de un instrumento de gestión urbanística, aunque no se hayan establecido en la sentencia firme mayores aditamentos, exige en los particulares estimados operar la debida ejecución de tantas y tantas variables en liza –en sede de aportaciones, de cesiones, de adjudicaciones, de cargas urbanísticas, etc.-.

- En materia de intervención administrativa o de titulaciones urbanísticas:

a) Casos de otorgamiento de licencias cuya nulidad o anulación judicial se ha establecido, aunque no se hayan establecido en la sentencia firme mayores aditamentos, en que debe procederse a atender al cese de usos y al derribo que proceda.

b) Casos de denegación de licencias cuya nulidad o anulación judicial se ha establecido, aunque no se hayan establecido en la sentencia firme mayores aditamentos, en que debe procederse a atender a la debida concesión u otorgamiento de esa titulación.

Dicho de otra manera, desde luego sin desbordar el ámbito o perímetro de la ejecución judicial a la luz de lo decidido judicialmente con valor de cosa juzgada, de lo que se trata es de detectar que el ámbito de la debida ejecución de sentencia también puede y debe alcanzar esos supuestos que no pueden quedar olvidados o despejados de nuevo a la vía administrativa.

## 2.2. El principio de tutela judicial efectiva en sede de ejecución de sentencia

En la perspectiva constitucional general procede destacar, en primer lugar, el principio de tutela judicial efectiva en sede de ejecución de sentencias.

Tan común y conocido es el planteamiento en esa perspectiva que debe bastar que se reproduzca en la parte menester lo siguiente<sup>2</sup>:

“Las cuestiones aducidas por el Ayuntamiento en relación con la suspensión del procedimiento de enajenación del indiviso de autos, son ajenas a la presente ejecución, y carecen de relevancia en la misma.

“La ejecución de la sentencia se rige por los artículos 103 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. A subrayar las normas de los artículos 103.2, 104 y 105.2, que obligan al Tribunal y a la Administración actuante a llevar a puro y debido efecto y practicar todo lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Los preceptos hipotecarios no pueden restringir el alcance de dichas normas. Por ello no son de recibo las alegaciones del Ayuntamiento relativas a que los asientos registrales causados por el Proyecto de Reparcelación nulo serían indemnes a la ejecución de la Sentencia que declara la nulidad, por falta de anotación preventiva de la demanda.

“- En suma, deberá prosperar el recurso de apelación, y con revocación del auto apelado, acordar que por el Juzgado Contencioso-Administrativo se libere el mandamiento solicitado por la actora aquí apelante”.

2. Pueden consultarse a esos efectos las siguientes sentencias:

Sentencias núms. 910, de 30 de noviembre de 2010, y 336, de 8 de mayo de 2012, ambas de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

“Es así que, como reiteradamente se ha establecido –a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1982, de 7 de junio, Sala 1ª, Fundamento Jurídico 1º-, el derecho que el artículo 24.1 de la Constitución Española establece a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales comprende el de obtener la ejecución de las sentencias, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en simples declaraciones de intenciones. Este derecho, ciertamente, no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la sentencia, pues tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniaria u otro tipo de prestación –Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio, Sala 1ª, f. j. 4º-. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización.

“Ahora bien, tal sustitución ha de realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica: pues, como también se ha sentado –Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1988, de 20 de junio, Sala 1ª, f. j. 2º- ‘los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal de los artículos 9.3 y 117.3 CE impiden –...- que los Jueces y Tribunales puedan revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entienden con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad aplicable. Ha de admitirse, en consecuencia, que la inmodificabilidad de una sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De este modo, el derecho funda-

mental del justificable a la tutela judicial efectiva actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley’.

“Por consiguiente, la ejecución de las decisiones judiciales en sus propios términos -salvo los supuestos citados- se configura así como integrada en el derecho a la tutela judicial; pero además, y como se ha reiterado, este derecho comprende asimismo el que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerle así el artículo 118 de la Constitución Española; y cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución. Por otra parte -Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio, Sala 1ª- tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el artículo 24.2 de la Constitución Española, que si bien no se confunde con el derecho a la ejecución de las Sentencias -artículo 24.2-, se encuentra en íntima relación con el mismo, ‘pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que -como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, Sala 1ª, f. j. 3º-, debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que pueden acontecer en cualquier proceso’ -Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1989, de 22 de septiembre, Sala 1ª, Fundamentos Jurídicos 2 y 3-”.

### 2.3. El principio de seguridad jurídica y la cosa juzgada

En segundo lugar, sigue siendo necesario en esa perspectiva constitucional general destacar, igualmente y ahora en sentido positivo, el principio de seguridad jurídica, y enfatizar los efectos bien conocidos en sede de cosa juzgada.

Ciertamente, de la ingente pluralidad de pronunciamientos situados al más alto nivel -Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo-, y puestos a elegir algunos elementos útiles al respecto, procede destacar los razonamientos que seguirán<sup>3</sup>, de los que merece resaltar la preocupación en los casos de modificación de la normativa aplicable o de alteración del marco jurídico de referencia, como mera expectativa en relación con posibles obstaculizaciones que se produzcan, y a fin y efecto de que no se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental.

“SEGUNDO. En el fondo del asunto, como viene reiterando el Tribunal Constitucional (STC 22/2009, de 26 de enero, FJ 2), el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los jueces y tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (STC 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Este Tribunal ha declarado que, desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (STC 285/2006, de 9 de octubre), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, como el del

3. Simplemente se cita, por las referencias que se contienen en la misma:

Sentencia núm. 794, de 19 de octubre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

artículo 105.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 9).

“Así, se ha destacado que uno de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevinida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador (STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4). También se ha señalado que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerle así el artículo 118 de la Constitución, y que cuando tal obstaculización se produzca, el juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental (STC 149/1989, de 22 de septiembre, FJ 3).

“La propia sentencia que se cita establece en su fundamento jurídico tercero que la decisión judicial adoptada en el caso sometido a su estudio, consistente en la suspensión de la demolición acordada en sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomado en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta. Del mismo modo, tomando en consideración que había transcurrido un dilatado periodo de tiempo desde que alcanzó firmeza la orden judicial de demolición de la obra, tampoco cabe sostener, como se hace en la reso-

lución impugnada, que frente a la exigencia constitucional de ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, cabe ponderar, a los efectos de su inexecución, las consecuencias que para el condenado conllevaría el cumplimiento inmediato de una orden cuyo objeto es la restauración de la legalidad.

“TERCERO. Por su parte, el Tribunal Supremo (STS 29-4-09, Sección 5ª, recurso 4089/2007), señala que en dos preceptos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se hace referencia a lo que pudiera considerarse el contenido o ámbito de la ejecución de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De una parte, en el artículo 103.2 se dice que ‘las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan’; y, de otra, en el artículo 104.1 del mismo texto legal ---al determinar la finalidad con la que se remite comunicación a la Administración demandada para el cumplimiento de las sentencias---, de forma expresa, se señala que tal comunicación cuenta con un mandato consistente en llevar ‘a puro y debido efecto’ la sentencia cuya ejecución se pretende. Términos que vienen a coincidir con el inciso final del artículo 103.2 de la anterior ley jurisdiccional de 1956, que, al concretar el principio de colaboración en el cumplimiento de las sentencias, expresamente señalaba que la finalidad requerida por el mismo principio no era otra que ‘la debida y completa ejecución de lo resuelto’; de conformidad con lo anterior, y para conseguir tal debida y completa ejecución, el citado artículo 104.1 habilita ---con evidente amplitud--- al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia con la finalidad de que el mismo ‘practique lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo’.

“En consecuencia, el contenido de la ejecución de las sentencias debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, de la forma y términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por ‘lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo’.

“La amplitud de los términos en que se expresa el texto legal permiten deducir, con absoluta claridad, que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene

una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo una determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y, de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será --- además--- preciso, con un carácter complementario, llevar a cabo una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, y que surge como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria”.

## 2.4. El principio de la invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias

En tercer lugar, cuando en tantas ocasiones en sede de ejecución de sentencia se ha tratado de volver sobre lo resuelto judicialmente, se estima necesario igualmente dejar sentada en esa perspectiva constitucional general, ahora en sentido negativo a modo de reverso de lo indicado precedentemente, el principio de invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias que han alcanzado la cualidad de firmeza<sup>4</sup>.

“2.- A resultas de lo anterior este tribunal no puede desconocer la doctrina establecida al más alto nivel por el Tribunal Constitucional en materia de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, incluso cuando se entendiera que esas resoluciones no se ajustan a la legalidad (sic), y que con su modificación se lesionaría con ello el derecho a la tutela judicial efectiva, que protege frente a la pretensión de reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme, en los términos de las siguientes sentencias y las que en ellas se citan:

“2.1.- La Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, 303/2006, de 20 de noviembre:

“SEGUNDO.- Para el examen de la queja aducida debemos recordar, siquiera brevemente, la doctrina reiterada de este Tribunal sobre el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes comprendido entre las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Este derecho fundamental asegura a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales

dictadas en el mismo no pueden ser modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello. Según tenemos declarado, si el órgano judicial modificase sus resoluciones fuera del correspondiente recurso establecido al efecto, incluso cuando entendiera que esas resoluciones no se ajustan a la legalidad, lesionaría con ello el derecho a la tutela judicial efectiva, que protege frente a la pretensión de reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. Y ello porque el derecho a la tutela judicial efectiva *comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que está entre las garantías consagradas por el art. 24.1 CE* (SSTC 206/2005, de 18 de julio, FJ 3; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 119/2006, de 24 de abril, FJ 4; 137/2006, de 8 de mayo, FJ 3, entre las más recientes). De esta manera, *el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad* (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2) (SSTC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6 a); 256/2006, de 11 de septiembre, FJ 3)‘.

“2.2.- La Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, 20/2010, de 27 de abril:

“Y ello porque el derecho a la tutela judicial efectiva *comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que está entre las garantías consagradas por el art. 24.1 CE; inmodificabilidad* que opera incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (STC 322/2006, de 20 de noviembre, FJ 2 y las allí citadas)‘.

“2.3.- La Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, 89/2011, de 6 de junio:

4. Simplemente se cita, por las referencias que se contienen en la misma: Sentencia núm. 771, de 29 de noviembre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

“CUARTO.- Pues bien, para el adecuado examen de dicha queja hemos de comenzar por recordar la doctrina general de este Tribunal al respecto, recogida en la STC 53/2007, de 12 de marzo, FJ 2 EDJ2007/16553, conforme a la cual *el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 48/1999, 22 de marzo, FJ 2, 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)’.*

“2.4.- Y la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, 49/2013, de 28 de enero:

“Este Tribunal ha reiterado en su STC 22/2009, de 26 de enero, FJ 2, que el derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sen-

tencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

“En este mismo sentido, como recuerdan las SSTC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 6; y 37/2007, de 12 de febrero, FJ 4, este Tribunal tiene igualmente declarado que el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial (entre otras muchas, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; y 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6). Por eso mismo también hemos declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que, sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, esto es, que sin haberse alterado los términos en los cuales la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos en un momento posterior al pronunciamiento judicial producido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial (por todas, SSTC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2; y 18/2004, de 23 de febrero, FJ 4)’.”.

## 2.5. El principio de ejecución *in natura*. La ejecución por sustitución

Sin que se entienda necesario abundar en otras vertientes de la presente perspectiva constitucional general, debe sentarse en lugar prioritario, como no puede ser de otra manera, el principio de ejecución *in natura*, y solo en los supuestos en que proceda el de ejecución por sustitución, que será donde en su caso quepa plantear el incidente de imposible ejecución.

Como muestra de la necesidad de apurar una actividad acorde a las alturas de los inalienables intereses jurídico-públicos dimanantes de la debida ejecución de sentencias, baste la cita de pronunciamientos tan reiterados como los que muestran los siguientes razonamientos jurídicos:

Sentencia núm. 304, de 15 de abril de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“SEGUNDO. Por su parte, el Tribunal Supremo (STS 29-4-09, Sección 5ª, recurso 4089/2007), señala que en dos preceptos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se hace referencia a lo que pudiera considerarse el contenido o ámbito de la ejecución de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De una parte, en el artículo 103.2 se dice que ‘las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen’; y, de otra, en el artículo 104.1 del mismo texto legal ---al determinar la finalidad con la que se remite comunicación a la Administración demandada para el cumplimiento de las sentencias---, de forma expresa, se señala que tal comunicación cuenta con un mandato consistente en llevar ‘a puro y debido efecto’ la sentencia cuya ejecución se pretende. Términos que vienen a coincidir con el inciso final del artículo 103.2 de la anterior ley jurisdiccional de 1956, que, al concretar el principio de colaboración en el cumplimiento de las sentencias, expresamente señalaba que la finalidad requerida por el mismo principio no era otra que ‘la debida y completa ejecución de lo resuelto’; de conformidad con lo anterior, y para conseguir tal debida y completa ejecución, el citado artículo 104.1 habilita ---con evidente amplitud--- al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia con la finalidad de que el mismo ‘practique lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo’.

“En consecuencia, el contenido de la ejecución de las sentencias debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, de la forma y términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por ‘lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo’.

“La amplitud de los términos en que se expresa el texto legal permiten deducir, con absoluta claridad, que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo una

determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y, de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será ---además--- preciso, con un carácter complementario, llevar a cabo una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, y que surge como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria”.

Sentencia núm. 910, de 30 de noviembre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“4.e.- Finalmente y en orden a la debida ejecución de la sentencia de cuya ejecución se trata, este tribunal va a seguir insistiendo en la procedencia de fijar todas las medidas que sean conducentes a ese fin y como se ha ido sentando ---así, por todas, especialmente en nuestra Sentencia nº 349, de 17 de abril de 2009, para con ejecución de sentencia seguida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Tarragona, así como también la nº 291, de 13 de abril de 2010 en materia de *quantum* de multas coercitivas---, procede señalar las siguientes que se ajustan sobradamente a este caso:

“‘1.- Cursar oficio con acuse de recibo a la Administración demandada para que en el improrrogable plazo de 5 días haga constar en los autos de primera instancia la autoridad o funcionario responsable de la debida ejecución de la sentencia firme de autos, con apercibimiento caso contrario de entender a todos los efectos responsable de la ejecución al titular de la Alcaldía.

“‘2.- Se fija un plazo de tres meses desde la fecha de notificación de la presente Sentencia para que la Administración Municipal acredite en los autos de primera instancia el agotamiento de la ejecutoria y con apercibimiento a la autoridad o funcionario responsable de la imposición de multas coercitivas ascendientes a 75 € por día de demora en la ejecución a partir de esos tres meses antes citados. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.

“‘3.- Transcurrido ese plazo de tres meses y un mes más sin constancia del agotamiento de la ejecutoria en los autos seguidos en primera instancia se aperciba a la Administración Municipal que se acordará la ejecución de la Sentencia firme de autos, a su cargo, mediante la Administración Autonómica y por los servicios, autori-

dades, funcionarios o empresas o entidades que se designen, eso sí con las debidas garantías. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.

“4.- Debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable una vez sea comunicado el mismo en plazo o transcurrido el plazo al titular de la Alcaldía que la falta de cumplimiento de la ejecutoria de 2008 de autos en el plazo establecido de tres meses puede ser considerado delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. E igualmente debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable que el transcurso del posterior plazo de un mes y en cada mes sucesivo, sin la debida ejecución de la ejecutoria de autos, mientras no se haya acordado la ejecución por la Administración Autonómica, igualmente puede ser considerado como nuevo delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. A tales efectos cúrsese el correspondiente oficio con acuse de recibo a la Administración y notifíquese personalmente esos apercibimientos a la autoridad o funcionario responsable’.

“En consecuencia así se fijarán en la parte dispositiva”.

### 3. Perspectiva procesal general

#### 3.1. La ubicación procesal del incidente de imposible ejecución

Una vez se desciende de la perspectiva constitucional a la perspectiva legal del incidente de imposible ejecución por causas de imposibilidad física o jurídica –artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, una primera evidencia debe irse mostrando.

En abreviada síntesis, si se toma como referencia obligada que la imposible ejecución debe ser total, íntegra y radical, entre otros caracteres, y que la misma se trata de sentar en un instrumento, legal, reglamentario, de planeamiento urbanístico, de gestión urbanística o de cualesquiera acto administrativo o hecho jurí-

dico, deberá convenirse en que no cabe concluir en esa imposibilidad en cuanto esté cuestionado constitucional o judicialmente, por impugnado, ese supuesto, y se halle pendiente de resolución judicial que finalmente alcance firmeza.

Sin que sea dable prejuzgar esa resolución, todo conduce a pensar que, mientras no se logre esa cualidad, la promoción de la imposible ejecución no es sino prematura, ya que alcanzado el pronunciamiento judicial firme, que puede ser de nulidad o anulación de ese supuesto, evidentemente con esa fuerza no existe la imposibilidad física o/y jurídica que se defendía. Solo concurrirá ese supuesto si la impugnación que se haya efectuado se desestima.

En esa tesitura ya con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se va a descubrir la obviedad de que, en notable número de supuestos, se trataba de evitar esa imposible ejecución con la impugnación en el proceso que correspondiese de la figura de planeamiento, de gestión, de nueva licencia, etc., y así mantener el derecho a la ejecución judicial *in natura*.

Y es así que, en esa perspectiva, cuando se ha dado lugar a la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –Ley 29, de 13 de julio de 1998-, no cabe dudar de la trascendental relevancia de la vía de nulidad del artículo 103.4 y 5 contemplado en la misma, para el caso de evidenciarse un supuesto de finalidad de eludir el cumplimiento de sentencia, y sin perjuicio de actuar cualesquiera otros motivos de impugnación en el nuevo recurso contencioso-administrativo que corresponda.

Se debe destacar ese caso en lo que ahora interesa, ya que, de un lado, la trascendencia de la configuración de un supuesto de nulidad con lo que ello representa y que a nadie se le escapa es la que es, y, de otro lado, a ello se une la posible prosecución de un incidente en ejecución de sentencia con la vía tan incisiva que se ofrece.

Pues bien, a la luz de esa configuración debe reflejarse debidamente la incisiva prosecución cuantitativa y cualitativa de esa vía de nulidad, que ha dejado el incidente de imposible ejecución a modo de un segundo plano y a resultas de lo que finalmente se decida en esa vía de nulidad, ya que, como se ha expuesto, si resulta que se alcanza la nulidad en esa vía del obstáculo que da pie a la imposible ejecución, lisa y llanamente ese óbice no concurre, y la imposibilidad no puede alcanzarse.

A los presentes efectos baste traer a colación<sup>5</sup>:

Sentencia núm. 733, de 15 de octubre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“3.- Centrada la controversia litigiosa en el caso de autos este tribunal debe señalar que cuando a resultas de la actuación procesal que se haya acometido se haya producido la carencia de titulación habilitante y se trate de dotar al caso de una nueva, por regla general, la Administración, para poder alcanzar la finalización de los trámites de ejecución, deberá promover el correspondiente incidente de imposible ejecución para poder dejar sin efecto a partir de su resolución en es-

pecial los trámites de ejecución que tenían su mirada puesta en que el desarrollo de las correspondientes actuaciones no se desplegara ni se siguiera desplegando.

“Y todo ello desde luego sin perjuicio de las acciones que contra esa nueva titulación fuera procedente ejercitar por la parte ejecutante en la vía limitada del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional para el motivo de impugnación que en ese supuesto se prevé por los trámites de ejecución de sentencia o en la amplia vía de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra esa nueva titulación en el que puedan articularse los motivos de impugnación más allá de ese motivo limitado.

5. Otras sentencias sobre la misma materia:

Sentencia núm. 794, de 19 de octubre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“QUINTO. Vista la anterior doctrina no puede esta Sala mas que mostrar su absoluto desacuerdo con las consideraciones jurídicas que conducen al auto impugnado a desestimar la solicitud de ejecución de sentencia planteada por la parte actora, a la sola vista de que todo el actuar administrativo en que se sustenta el Ayuntamiento de Manresa constituye una mera burla de lo dispuesto en la sentencia de esta Sala y Sección que en último término se trata de ejecutar, la número 200, de 6 de marzo de 2008, de tal forma que las resoluciones administrativas posteriores, encaminadas directamente, desde luego, a eludir el cumplimiento de lo allí acordado, deberán ser declaradas nulas de pleno derecho, en méritos de lo establecido en el artículo 103.4 de la ley jurisdiccional, atendiendo la petición en tal sentido deducida por la apelante en el escrito que tuvo entrada en el Juzgado el día 16 de julio de 2008, cuestión sobre la que se ha otorgado audiencia al ayuntamiento.

“Así, la indicada sentencia de esta Sala ordenó al Ayuntamiento de Manresa, en ejecución de la precedente sentencia firme, el inmediato cierre y precinto de la actividad desarrollada por ... de aparcamiento de ciclomotores al servicio de una pizzería en el local sito en calle Alfons XII, 9, bajos. En un burdo intento de eludir el cumplimiento de tal orden y de las consideraciones jurídicas en que se sustentó, así como de lo que constituye el régimen de comunicación en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la administración ambiental en Cataluña, tras dividirse el único local originario en dos independientes con accesos diferentes, uno por la calle Ódena, 6, y el otro por Alfons XII, 9, la misma empresa ... presentó el 25 de abril de 2008 una comunicación previa de actividad respecto del local al que ahora se accede por la calle Ódena, comunicación previa que lo fue ‘para almacén de motocicletas’ (es decir, para que, burlando lo ordenado en sentencia firme, continuasen las motocicletas en el mismo sitio), aportando al efecto a modo de proyecto un simple plano referido a la división del local originario en dos y poniendo una cruz con gran sutileza en el subapartado del modelo preestablecido referido a ‘Primera instal·lació’, dentro de su apartado ‘Objecte de la sol·licitud’.

“En la misma fecha presentó la propia empresa, es decir ..., una solicitud de licencia al ayuntamiento, esta vez para la ampliación de la actividad de ‘Pizzería amb servei a domicili i al mateix local’, en referencia esta vez al local resultante de la división del único originario, el que ahora presenta acceso por la calle Alfons XII, 9.

“Actuaciones que el ayuntamiento pretende justificar en la aplicación de cierta ordenanza cuya virtualidad ya quedó rechazada en la propia sentencia de 6 de marzo de 2008, por los argumentos allí expuestos, que no se hace necesario reiterar.

“SEXTO. Pues bien, siendo notorio que las pizzas se reparten utilizando ciclomotores o motocicletas, lo es también que una actividad como la solicitada, de ‘Pizzería amb servei a domicili i al mateix local’, consiste exactamente en servir pizzas a domicilio utilizando ciclomotores o motocicletas que están en el mismo local (como por demás se admite en la extemporánea documentación aportada por el ayuntamiento en la audiencia dada por esta Sala, donde nada menos se compromete la empresa a que las motocicletas en ningún caso circularán con el motor en marcha por la calle Ódena). Y el hecho de que las motocicletas, que continúan exactamente en lo que era el mismo local originario, entren y salgan ahora por la calle Ódena, merced a la fraudulenta división actuada, en lugar de hacerlo por la de Alfons XII, como antes ocurría, constituye, como se ha dicho, un burdo intento de eludir lo ordenado en sentencia firme, intento que determinará la revocación del auto impugnado, la declaración de nulidad de pleno derecho de cualquier autorización municipal o titulación habilitante explícita o implícita al efecto, así como la imposición de costas en la instancia al ayuntamiento, como solicita la apelante, en los términos del artículo 139.1 de la ley jurisdiccional, vista su suficientemente expuesta temeridad y mala fe, sin que, visto el apartado 2 del mismo artículo, proceda imposición de costas en esta alzada”.

Sentencia núm. 663, de 6 de septiembre de 2011, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“QUINTO - En definitiva, de lo actuado no cabe colegir la condición de suelo urbano de la finca de los actores, no constando que los servicios básicos necesarios para ello tengan las características adecuadas, ni hallándose el terreno en cuestión integrado en la malla urbana, sino situado en el límite exterior de dicha malla.

“4.- Pues bien, en el presente caso el posicionamiento del Juzgado *a quo* ha sido el que considera que con el otorgamiento de una nueva titulación habilitante, que ha sido objeto de impugnación en la vía de recurso contencioso-administrativo debe considerarse que se ha producido la ejecución de la Sentencia de autos y quizá todo lo más deberá estarse a lo que en ejecución de sentencia pudiera acordarse en el nuevo proceso como si, caso de estimarse ese posterior recurso contencioso-administrativo, no se hubiese incidido además en una vulneración de lo resuelto en la Sentencia de autos.

“Como se puede comprender a resultas de lo anterior este tribunal no puede compartir el posicionamiento del Juzgado *a quo* ya que sólo con la concurrencia de un mero acto administrativo se deja sin efecto automáticamente lo resuelto con valor jurídico de cosa juzgada en los autos seguidos en el Juzgado *a quo*.

“Es más, si se detiene la atención en el caso resulta hasta evidente que lo resuelto jurisdiccionalmente era para con una actividad a cesar por falta de titulación habilitante y lo nuevo que se trae a colación en su contenido nada ejecuta ni agota la ejecutoria de autos ni se sitúa en su línea sino que es categóricamente de sentido contrario.

“Dicho lo anterior, resulta sobradamente claro que nos hallamos ante el típico supuesto en que se trata por la Administración de no llevar a sus últimas consecuencias lo resuelto jurisdiccionalmente con fuerza de

cosa juzgada con la mera concurrencia de unos meros actos administrativos correspondientes –en otras ocasiones todo ello acompañado inclusive con una modificación de planeamiento urbanístico que la posibilite y que se trata de vehicular procesalmente sin promover un incidente de imposible ejecución –artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional- que dé viabilidad en caso de estimarse la pretensión indemnizatoria procedente y exigida a favor de la parte ejecutante y a cargo de la parte ejecutada por regla general y desde luego a resultas del debido control jurisdiccional que permita transmutar lo decidido en forma de cosa juzgada en un pronunciamiento de esa naturaleza, ya que desde luego no cabe reducir a la nada una ejecución en un sentido determinado.

“Siendo ello así y sin perjuicio de otras acciones – que este tribunal ya ha ido indicando, entre otras, por la vía de la nulidad del artículo 103.4 y 5 –incidente de nulidad-, del artículo 105.2 –incidente de imposible ejecución- y de los artículos de ejecución forzosa judicial –en su caso con incidentes de ejecución-, de la Sentencia firme de autos deberá concluirse que con la mera concurrencia de los actos administrativos que se presentan no se desvanece lo resuelto jurisdiccionalmente y lo actuado o debido actuar en ejecución de sentencia y no cabe ni siquiera transmutarlo en otro pronunciamiento jurisdiccional por lo que la decisión procedente sólo puede ser la de sólo procede la ejecución de la Sentencia firme de autos en sus puntuales y

---

“Y tampoco aparece como justificado, partiendo de lo antedicho, el *ius variandi* que ha pretendido ejercitar el Ayuntamiento de Vilamaniscle, al recalificar la finca en cuestión, de suelo no urbanizable a suelo urbano, en base a la invocada necesidad de construir una rotonda circulatoria en uno de los extremos de la finca, tal como se la señalado en el FJ anterior *in fine*.

“Como quiera que, a tenor de los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales reseñados en el FJ 3º precedente, las cuestiones planteadas son de legalidad, no ha conculcado la Administración demandada, competente para la aprobación definitiva del planeamiento, la autonomía local al respecto, como se alega en la demanda, sino que se hallaba aquella facultada para incorporar de oficio las prescripciones objeto de este proceso, afectantes a la finca de los actores, con arreglo a lo previsto en los arts. 85.2 y 4 y 90.2 LUC.

“Y debe considerarse asimismo, la existencia (FJ 2º precedente) de una Sentencia de esta Sala y Sección, de 23 de mayo de 2008, que confirma la obligación de derribo de la construcción ilegalmente levantada por los actores en la finca de referencia, que debe cumplirse en sus términos (art. 103.2 LJCA), llevándola ‘a puro y debido efecto’ (art. 104.1 LJCA).

“Siendo así que, conforme a reiterada jurisprudencia, el ejercicio del *ius variandi* en relación con el planeamiento urbanístico, teniendo como consecuencia la inejecución de la Sentencia, hubiera exigido por parte del Ayuntamiento de Vilamaniscle, o de los aquí actores – y no es el caso, según se ha razonado – ‘demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico’, partiendo de 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- contenidos en el artículo 105.2 de la misma L.J., han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad’ (STS, Sala 3ª, de 4 de febrero de 2009, rec. 1745/2007, FJ 5º y 6º; y en el mismo sentido, STS, Sala 3ª, de 24 de julio de 2007, rec. 364/2005, FJ 6º; y 6 de febrero de 2007, rec. 692/2004, FJ 2º).

“Doctrina que es de aplicación al caso, aunque la Sentencia confirmando la procedencia del derribo sea posterior a la aprobación provisional del POUM por parte del Ayuntamiento de Vilamaniscle, por cuanto con ocasión de dicha aprobación el derribo ya se había acordado en vía administrativa y se trataba de una cuestión litigiosa”.

estricto términos *in natura* y así se establecerá en la parte dispositiva.

“Por todo ello, procede estimar el presente recurso de apelación en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva, sin que sea necesario seguir insistiendo en el mismo sentido en el resto de alegaciones que se han formulado”.

En todo caso, y a salvo la casuística a que puede dar lugar la tozuda realidad<sup>6</sup>, igualmente puede observarse que ante el tan acentuado despliegue temporal que

puede representar la promoción de nulidades como las expuestas, en ocasiones la parte ejecutante se aparta voluntariamente de esa vía, en su caso inclusive para facilitar una imposible ejecución que posibilite su sustitución por la debida indemnización de daños y perjuicios, como se muestra, por todos, en el siguiente supuesto:

Sentencia núm. 824, de 13 de noviembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

6. Como pueden mostrar también los siguientes casos:

Sentencia núm. 940, de 13 de diciembre de 2011, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“OCTAVO.- En definitiva, el POUM aquí impugnado, en cuanto califica los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida como subzona E2, los sujeta a una ordenación urbanística que, a diferencia de la concreta ordenación establecida en las anteriores NNSS, no exige el parámetro de parcela mínima edificable de 100 m<sup>2</sup>; admite el uso residencial bifamiliar con accesos independientes y sin necesidad de elementos comunes; no exige que ‘los extremos laterales’ de la ‘edificación continua’ que forman las ‘cuatro viviendas unifamiliares en hilera’ previstas en los terrenos de núm. 31-39 de la Av. Atlántida en el plano normativo de calificación urbanística de las Normas Subsidiarias, sólo puedan ‘ocuparse en planta baja a una altura máxima de 3,20 m’.

“Por todo ello debe concluirse que el POUM impugnado imposibilita la ejecución de esta Sentencia, ya que las 5 viviendas construidas, ahora, después de publicado el POUM, al no exigirse, en la calificación clave E2 asignada a los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida, los parámetros expresados en el párrafo anterior, resultan legalizables.

“El POUM ha sido tramitado y aprobado en presencia de la ejecutoria derivada de la Sentencia de 4.12.2003, ejecutoria que exigía y exige, de conformidad con lo sentado en su Fundamento de derecho Sexto, el ajuste de las 5 viviendas construidas a los parámetros de las NNSS declarados infringidos en la Sentencia. En virtud de la eficacia de la cosa juzgada, la indicada Sentencia de 4.12.2003 sujeta las 5 viviendas construidas a la concreta ordenación urbanística que queda fijada en la misma Sentencia, que consiste en el ajuste del edificio total formado por las 5 viviendas construidas a las normas declaradas infringidas en la Sentencia.

“La absoluta falta de justificación y motivación de la asignación a los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida, de la calificación clave E2, la cual imposibilita legalmente la ejecución de la Sentencia de 4.12.2003 al viabilizar la legalización de las 5 viviendas construidas, lleva a este Tribunal a la convicción de que, con la asignación de la referida calificación a los terrenos de autos, se elude el cumplimiento de dicha Sentencia.

“Debe aquí reiterarse la doctrina sentada por este Tribunal exigiendo la motivación reforzada de aquellas determinaciones del planeamiento urbanístico que puedan afectar el cumplimiento de una sentencia. Por todas, en Sentencia nº 755, de 6.10.2010, en la que se dice:

“3.- Sentado lo anterior, ya de entrada, este tribunal para una figura de planeamiento aprobada respectivamente de forma inicial a 14 de diciembre de 2005, de forma provisional a 24 de marzo de 2006 y definitivamente a 1 de junio de 2006, debe notar la veleidat en que incurre el planificador que pasó por alto y miró a otro lado, como si nada existiese en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, sobre la radical controversia litigiosa que se centraba en el caso.

“Y es que, por más relevancia que se quiera buscar en la falta de firmeza de las sentencias que recayeron, debe indicarse que este tribunal ha ido sentando que cuando del ejercicio del *ius variandi* se pudiera incidir en procesos contencioso-administrativos sobre la materia a título de litispendencia, mucho más todavía cuando se trate de afectar a sentencias firmes contencioso-administrativas con lo que ello representa en sede de cosa juzgada, es necesario que el ejercicio del *ius variandi* se vea acomodado a una motivación reforzada.

“Motivación reforzada en el sentido, de un lado y sobre todo fácticamente, para que no le pase desapercibido al planificador, ni a nadie en sus trámites, tampoco a nadie que concurra a colaborar en la participación ciudadana, la real entidad y naturaleza de los pronunciamientos jurisdiccionales contencioso-administrativos en liza para el adecuado y decidido ajuste de lo que finalmente se decida y ordene en relación con la innegable trascendencia de esos pronunciamientos.

“Y motivación reforzada, de otro lado sobre todo en el núcleo del ejercicio del *ius variandi*, para explicitar debidamente y objetivar la ordenación a conseguir, en adecuada y pertinente interrelación y acomodación, de una parte, a los nuevos regímenes legales y reglamentarios que en su caso pudieran concurrir, de la misma forma y en su caso a las nuevas necesidades urbanísticas que pudieran evidenciarse y, como no, en su caso a la relevancia y mantenimiento de lo resuelto jurisdiccionalmente. Y ello a salvo las excepciones de rigor que pudiendo abocar en un perjuicio en lo resuelto jurisdiccionalmente sólo pueden tomarse evidentemente con adecuada cautela y que a no dudarlo requieren que debida y pormenorizadamente se justifiquen puntual y específicamente ya en la tramitación de la nueva figura de planeamiento al punto que cuando se vayan alcanzando los actos de aprobación se revelen y muestren las razones fácticas y jurídicas de no hacer viables los pronunciamientos jurisdiccionales contencioso-administrativos correspondientes –por todas baste la cita de nuestras Sentencias nº 813, de 27 de octubre de 2005 y nº 202, de 2 de marzo de 2006-’.

“B) La parte apelante acepta que no le interesa abrir incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional para la nueva licencia concedida ya que no se podía exigir a la parte promover *in eternum* procedimientos de nulidad”.

### 3.2. La tramitación del incidente de imposible ejecución

Como se ha ido exponiendo, ninguna duda debe quedar de que los supuestos más complejos que se van a

“No constituye justificación o motivación reforzada la mera remisión a los criterios genéricos expresados en la Memoria del POUM, a saber: Que esta figura de planeamiento urbanístico introduce, respecto de las NNSS, dos modificaciones: - la supresión del parámetro de superficie mínima de parcela '*ja que aquest paràmetre no es significatiu en la zonificació d'illes tancades*', y - la corrección de la incongruencia existente en las anteriores Normas Subsidiarias '*que si bé en la normativa de la clau D regulava aquesta illa com a Illes en que l'edificació s'ordena en blocs longitudinals formats per repetició de parcel·les construïdes entre mitjaneres definida per un perímetre exterior tancat segons un polígon convex d'alineacions que són precisament les de façanes a la via pública, en canvi en el plànol de qualificacions, es grafiava unes edificacions que no tancaven la illa. El POUM no deixa cap dubte que ens trobem en una zona de illa tancada, tan normativament com gràficament*'. Como queda dicho se trata de criterios genéricos sin referencia concreta alguna a los terrenos de núm 31-39 de la Av. Atlántida.

“Por ello la asignación de la calificación clave E2 a los terrenos de autos es nula de pleno derecho por estar comprendida en el supuesto reglado en el art. 103.4 de la Ley Jurisdiccional. Por consiguiente deberá prosperar la pretensión actora de que, estimando el recurso indirecto (artículo 26.2 de la Ley jurisdiccional) formulado por la actora / apelante contra las determinaciones del '*Pla d'Ordenació Urbanística Municipal*' relativas a la asignación de la calificación clave E2 a los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida, se aprecie la no conformidad a derecho del '*Pla d'Ordenació Urbanística Municipal*' en todas aquellas determinaciones relativas a la asignación de la calificación clave E2 a los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida. De lo que se deriva la falta de cobertura normativa de la licencia de obras para la legalización de las 5 viviendas construidas en los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida, concedida por el Ayuntamiento mediante acuerdo de 26.5.2008, y la nulidad de pleno derecho de dichos acuerdo municipal y licencia de obras, por cuanto mediante la expresada legalización de las 5 viviendas se elude el cumplimiento de la Sentencia de 4.12.2003, al imposibilitar legalmente tal cumplimiento, con infracción del artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

“NOVENO.- Por todo ello deberá prosperar el recurso de apelación y con revocación del auto apelado, declarar la nulidad del acuerdo municipal de 26.5.2008 y de la licencia de obras que por el mismo se concede para la legalización de las 5 viviendas construidas en los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida; ordenando la prosecución de la ejecución de la Sentencia de 4.12.2003”.

Sentencia núm. 932, de 18 de diciembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“4.4.- El caso que se enjuicia tiene de particular y característico que con carácter previo al otorgamiento de la licencia se ha seguido un procedimiento de regulación de fincas y, a no dudarlo, a partir del mismo y tomando como base su resultancia es como se ha operado el otorgamiento de la correspondiente licencia que la Administración admite que precisa de un ajuste a la misma de las correspondientes obras.

“Y es así que, en primer lugar, es trascendente observar que frente a ese *prius* lógico y jurídico de la regularización de fincas le cabía a la parte actora, si le interesaba, bien promover un incidente de ejecución de sentencia por nulidad en los términos del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional a fundar en ese sólo motivo de impugnación y por los trámites de ejecución de sentencia o como esta Sección va admitiendo le cabía promover un nuevo recurso contencioso-administrativo en el que hacer valer no sólo ese motivo sino cualquier otro motivo de nulidad o de anulación –lo que resulta vedado es promover la nulidad con la finalidad de eludir el cumplimiento de las sentencias doblemente en ambas vías ya que los efectos de la litispendencia o de la cosa juzgada deben producir sus consiguiente efectos-. Ante esa opción todo conduce a pensar que el caso de autos se reconduce a esa segunda posibilidad opcional de la parte ejecutante.

“Como tal *prius* lógico y jurídico ante su resultancia, en su caso positiva, pocos esfuerzos deben efectuarse para entender que podría procederse a impugnar la nueva licencia también en su caso por la vía del incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional a fundar en ese sólo motivo de impugnación y por los trámites de ejecución de sentencia, sin perjuicio de poderse haber promovido la impugnación de esa licencia en un recurso contencioso-administrativo en el que hacer valer no sólo ese motivo sino cualquier otro motivo de nulidad o de anulación –en los términos que se han expuesto-.

“Y se dice todo ello en la necesidad de promover esas vías en legal forma por el sujeto legitimado en forma de demanda incidental sin que sea dable articular veladas o expresas referencias a ello en oposición al incidente de imposible ejecución tratando a modo de *totum revolutum* de alterar su objeto, para salvaguardar las debidas garantías en la tramitación de los correspondientes incidentes.

“Pues bien, en esa tesitura mientras no se resuelva lo que en derecho proceda sobre la conformidad o disconformidad a derecho sobre la regularización de fincas expuesta y, en su momento y en su consecuencia, mientras no se resuelva sobre la conformidad o disconformidad a derecho de la nueva licencia concedida, y en caso de desestimación de esas dos vías con la acreditación del debido ajuste de las obras de su razón a la nueva licencia concedida, resulta inexcusable considerar que no va a concurrir la imposibilidad jurídica total, radical y frontal contra lo resuelto jurisdiccionalmente en los términos del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional que permita transmutar lo resuelto en la procedente indemnización de daños y perjuicios materiales y morales”.

presentar se determinan en orden a los siguientes posicionamientos:

A) La parte ejecutante, ante las nuevas iniciativas tendentes a que se logre una imposible ejecución, va a tratar de promover el incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

B) Por el contrario, con esas nuevas iniciativas se va a plantear el incidente de imposible ejecución del artículo 105.2 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

C) Y además, la parte ejecutante, ante el posible éxito de sus tesis en el incidente de nulidad y de oposición del incidente de imposible ejecución, ya pasa a pretender la ejecución *in natura* de la sentencia firme, por lo dispuesto en su caso en los artículos 108 y 109 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pues bien, ya en este punto, y sin perjuicio de lo que se irá añadiendo posteriormente, en concreto cuando se aborde el incidente de imposibilidad de ejecución, procede dejar anotados formal y procedimentalmente los trámites que la Ley establece en cada uno de esos supuestos:

a) Para el incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su número 5 establece:

“5. El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del art. 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

b) Para el incidente de imposible ejecución del artículo 105.2 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –inclusive con acumulación del incidente de determinación de daños y perjuicios por la no ejecución *in natura*–, su último inciso establece:

“[...] a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización

que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

c) Para el incidente de ejecución *in natura* de la sentencia firme, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 109.2 y 3 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del siguiente tenor:

“2. Del escrito planteando la cuestión incidental el Secretario judicial dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente.

“3. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Juez o Tribunal dictará auto, en el plazo de diez días, decidiendo la cuestión planteada”.

En esa regulación debe destacarse la veleidat legislativa, que parece olvidar una fase probatoria y una fase de vista o conclusiones, tan necesarias con carácter de generalidad en cualquiera de esos supuestos que, seguramente, no lo es, si es que se entiende que, supletoriamente, deberá estarse al régimen general probatorio, establecido bien en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa bien en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### 3.3. El orden de resolución en relación con el incidente de imposible ejecución

Ante la complejidad indicada se impone una sana indicación de pautas para evitar supuestos disfuncionales o todavía más patológicos.

Con ello no se quiere decir otra cosa que ante una prosecución de pretensiones en la triple vertiente expuesta –nulidad, imposibilidad de ejecución, y ejecución– nada obliga a su tramitación sucesiva con lo que ello representaría, sino que cabe perfectamente su tramitación en paralelo –en su caso con la técnica de piezas separadas para mejor claridad–.

Y si ello es así bien se puede comprender que la problemática debe residenciarse en el momento y la orden de resolución de los incidentes en liza.

La tesis que se va a defender es la resultante de los pronunciamientos que se exponen seguidamente<sup>7</sup>:

7. Otras sentencias sobre la misma materia:

Sentencia núm. 642, de 18 de septiembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“2.- Las actuaciones seguidas en primera instancia en ejecución de la Sentencia referida tienen como característica fundamental el abandono de la ejecución *in natura* de la Sentencia firme recaída y tanto a instancia de la parte actora-ejecutante

Sentencias núms. 464, de 11 de junio de 2013, 479, de 18 de junio de 2013, y 505, de 25 de junio de 2013, todas de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“3.- Dada la entidad que ha ido tomando el caso que se enjuicia no está de más atender a **la doctrina que se ha ido sentando en la materia de incidentes de ejecución de sentencia** de la que son muestra, por todas, nuestras Sentencias nº 196, de 3 de

marzo de 2009, nº 871, de 16 de noviembre de 2010, nº 910, de 30 de noviembre de 2010, nº 336, de 8 de mayo de 2012, nº 824, de 13 de noviembre de 2012, y nº 932, de 18 de diciembre de 2012.

“Y es que como con cierta habitualidad concurre en supuestos análogos al presentado en este caso, en asuntos cuya ejecución corresponde a este tribunal debe centrarse el examen en la interrelación que puede producirse en ejecución de Sentencia, en las tres vías siempre destacadas de:

como de las partes demandadas-ejecutadas se y que alcanza el Auto del Juzgado *a quo* de 13 de septiembre de 2010 que sigue esa perspectiva.

“Pues para calificar debidamente el supuesto ya que por principio debe estarse a la inexcusable ejecución *in natura* de lo resuelto jurisdiccionalmente con valor de cosa juzgada este tribunal, ante la ausencia de elementos de orden público, de daño para el interés públicos o de efectos perjudiciales a tercero para la concreta situación jurídica individualizada de la parte actora-ejecutante, se va a estimar que si bien se siguió formalmente un incidente de ejecución de Sentencia de conformidad al artículo 109 de nuestra Ley Jurisdiccional, en el fondo la situación de ejecución de sentencia lograda es parificable analógicamente a la resultante de una ejecución por sustitución tendente y dirigida a la indemnización resarcitoria correspondiente como la resultante de los supuestos de imposible ejecución por razones jurídicas –artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional-”.

Sentencia núm. 824, de 13 de noviembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“4.- La sucinta argumentación del Auto apelado exige de este tribunal una adecuada calificación de la vía incidental en la que nos hallamos ya que no deja de ser curioso el eufemístico pronunciamiento de declarar finalizado (sic) un incidente de ejecución de sentencia promovido por la parte actora sin que conste de ninguna forma la debida ejecución de lo resuelto en nuestras Sentencias nº 844, de 29 de octubre de 2008, recaída en nuestro rollo 361/2008, y nº 492, de 8 de junio de 2010, recaída en nuestro rollo 706/2009.

“El detenido estudio de lo actuado en vía administrativa y en vía jurisdiccional contencioso-administrativa exige entender que nos hallamos, en esencia e innegablemente, en una coexistencia de pretensiones cruzadas de ejecución *in natura* de lo resuelto jurisdiccionalmente –sostenida por la parte ejecutante- y de la inejecución por imposibilidad jurídica –sostenida por la parte condenada y ejecutada-.

“Dicho con la debida pormenorización, de una parte, se hace valer lo resuelto jurisdiccionalmente en los particulares referentes a la suspensión del suministro de electricidad y agua en la vivienda de autos y, de otra parte, haciéndose valer un nuevo planeamiento urbanístico, una urbanización y la obtención de una titulación urbanística, es decir meras y simples actuaciones administrativas, se trata de no ejecutar *in natura* lo resuelto jurisdiccionalmente, a no dudarlo, reduciendo a la nada lo resuelto jurisdiccionalmente y sin promover claramente el incidente del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional dejando veladamente y ‘a oscuras’ que pudiese darse la posibilidad de atender a la promoción de una pretensión indemnizatoria, cuanto menos, por daños morales habida cuenta de la sostenida imposible ejecución por razones jurídicas.

“Pues bien, ante supuestos como el presente que hunde sus raíces a las alturas de una licencia del año 2000 este tribunal simple, sencilla y llanamente en evitación de fraudes de la ley bien conocidos, tácticas presididas por el lanzamiento del caso a unas distancias temporales que se comentan por sí mismas de tantos años, y supuestos adornados como ya se ha establecido judicialmente en el caso de tratar de evitar, burlar o eludir el cumplimiento de la Sentencia, ha ido entendiendo que lo que se ha actuado en el Juzgado *a quo* es tanto un incidente de ejecución de sentencia promovido por la parte ejecutante –por la vía de los artículos 108, 109 y demás disposiciones concordantes de nuestra Ley Jurisdiccional- como un incidente de imposible ejecución por razones jurídicas promovido por la Administración –por la vía jurídica del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional-.

“Sostener que el mero dictado de disposiciones reglamentarias y actos administrativos contra los términos de ejecución judicial es suficiente para que no se ejecuten los mismos sin ninguna consecuencia jurídica ni siquiera resarcitoria o indemnizatoria por la transmutación de la ejecución *in natura* es una conclusión tan claramente contraria al artículo 24 de nuestra Constitución y a los preceptos legales referidos que este tribunal no la acepta.

“5.- Ciertamente este tribunal ya se ha ido ocupando de pretensiones cruzadas de nulidad con la finalidad de eludir el cumplimiento de una sentencia –artículo 103.4 y 5 de nuestra ley Jurisdiccional-, de imposibilidad física o jurídica de ejecución –artículo 105.2 de nuestra ley Jurisdiccional- y de ejecución de sentencia –artículos 108 y 109 de nuestra ley Jurisdiccional- basando remitirse a lo argumentado, por todas, en nuestra Sentencia nº 196, de 3 de marzo de 2009.

“Ahora bien, cuando nos hallamos ante dualidad de pretensiones incidentales –ejecución e imposible ejecución- y como se ha ido sentando procede resolver primero el incidente de imposible ejecución y según su resultado proceder al pronunciamiento que proceda en sede de ejecución ya que, lógica y jurídicamente, sólo en el caso de desestimarse la pretensión de imposible ejecución cabe que prospere el incidente de ejecución *in natura* y, en caso contrario, de estimarse el incidente de imposible ejecución desde luego no procede ejecución alguna *in natura* y debe estarse, en su caso, a la pretensión indemnizatoria por sustitución que se haya ejercitado o pueda ejercitarse posteriormente”.

“A) Promoción de pretensiones de la parte ejecutante a depurar en un incidente de nulidad por disposiciones o actos tendentes a eludir el cumplimiento de sentencias firmes con cobertura en el artículo 103. 4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional y sin perjuicio, en determinados casos, de tener que promoverse o de haberse promovido nuevo recurso contencioso-administrativo bien por razones competenciales para con la impugnación directa de una figura de planeamiento urbanístico para la que no es competente un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo o bien, si es que se trata de impugnar esa figura de planeamiento urbanístico, pero por otros motivos que el señalado de desplegarse una actuación con finalidad de eludir el cumplimiento de sentencias firmes.

“B) Promoción de pretensiones de imposible ejecución material o jurídica por la Administración ejecutada con cobertura en definitiva del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional –aunque no es el caso, tampoco se va a descubrir la obiedad de supuestos análogos producidos por tercero en incidente de análoga significación-.

“C) Promoción de pretensiones de ejecución de Sentencia firme con cobertura, en especial, en los artículos 108 y 109 de nuestra Ley Jurisdiccional bien a promover por la parte ejecutante o bien las restantes partes.

“3.1.- Ya de entrada debe advertirse que dando por conocida por las partes, de forma suficiente, la doctrina en materia del Derecho a la Tutela Judicial efectiva en la vertiente de ejecución de sentencias –artículo 24 de nuestra Constitución- esta Sentencia resulta dispensada de seguir insistiendo en la misma y puede centrarse el examen en lo siguiente:

“a) **En primer lugar, por razones lógico-jurídicas resulta inexcusable partir de la prioridad que debe tener la adecuada resolución de las pretensiones de nulidad de las disposiciones o/y actos que se hayan dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de lo resuelto en una Sentencia firme** a depurar en vía incidental de ejecución de Sentencia o, en su caso, por los trámites de un nuevo recurso contencioso-administrativo que inclusive pudiera incorporar pretensiones de nulidad más allá de esa finalidad. Fácilmente deberá observarse que es determinante el pronunciamiento que finalmente se adopte ya que si desaparece/n del mundo jurídico el/los instrumento/s urbanístico/s de su razón que amparaba/n la imposible ejecución, la suerte de las pretensiones de

esa naturaleza resultan ilusorias y caso contrario la suerte es la contraria.

“b) **En segundo lugar y de la misma forma a continuación resulta inexcusable partir de la prioridad que debe tener la adecuada resolución del incidente de imposible ejecución respecto a las pretensiones de ejecución.** Sin dificultad deberá observarse que es determinante el pronunciamiento que finalmente se adopte en sede de posible o imposible ejecución ya que si se estima la imposible ejecución resulta nítido que la suerte de las pretensiones de ejecución es desestimatoria y caso contrario resulta inexcusable la imposición decisiva de la misma.

“**En esta vertiente y ante el supuesto de imposible ejecución tampoco se va a desconocer la obiedad que se presenta en aras a la procedencia de tramitar el correspondiente incidente que depure la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por la imposible ejecución de Sentencia *in natura*** –con fundamento en el último inciso del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, que en el presente caso no se presenta y simplemente se deja anotado-.

“c) **Finalmente y en tercer lugar en cuando, en su caso, procede pronunciarse sobre el incidente de ejecución** ya que ya se han despejado los supuestos lógico y jurídicos anteriores de nulidad para eludir el cumplimiento de una sentencia y de imposible ejecución –en su caso con el pronunciamiento que proceda en sede de indemnización de daños y perjuicios- y puede resolverse sin duda alguna lo que en ejecución *in natura* procede”.

Sentencias las expuestas -464, de 11 de junio de 2013, 479, de 18 de junio de 2013, y 505, de 25 de junio de 2013, todas de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- que igualmente apuntan a otros temas procesales de interés que alcanzan a la materia de la carga de la prueba, medidas cautelares o/y de ejecución y de costas, del siguiente modo:

“3.2.- En todo caso no resulta ocioso, en el planteamiento expuesto, no olvidar temas procesales de interés como los siguientes:

“a’) Una adecuada y prudente identificación de los sujetos legitimados, de la presentación de las demandas incidentales de su razón y con mayor énfasis de la adecuada y pertinente puesta de manifiesto de las pretensiones que se presenten, para dejar en el lugar que corresponde el principio de seguridad jurídica y de de-

fensión y, en especial, para no dar preferencia en la resolución a problemáticas que no la pueden tener en el orden que se ha expuesto precedentemente.

“b’) Una adecuada y prudente tramitación procesal de las pretensiones en liza que respete las garantías procesales –especialmente de contradicción y prueba-bien en incidentes separados en tramitación paralela pero con resolución escalonada en la forma indicada o, si es posible, en tramitación conjunta –no exenta de dificultades cuando las partes actoras y demandadas en los correspondientes incidentes varían-

“c’) Y una final resolución conjunta pero respetando el orden lógico y jurídico expuesto o una resolución de cada incidente de forma separada pero respetando igualmente el orden lógico y jurídico expuesto.

“Final resolución que no debe olvidar muy especialmente las reglas de carga de la prueba que, en abreviada síntesis y siguiendo criterios generales reiteradamente sostenidos, cabe relacionar en cuanto a que en el incidente de nulidad, la carga de la prueba descansa en la parte ejecutante y que pretende la nulidad, a que en el incidente de imposible ejecución la carga de la prueba descansa en quien pretende esa imposibilidad y en el incidente de ejecución si alguna parte aboga por su agotamiento es precisamente a esa parte -y no a la parte promotora del incidente de ejecución- a quien compete dar cumplida y evidente prueba de que la ejecutoria se ha llevado a su total e íntegro cumplimiento y agotamiento.

“d’) Y una adecuada y prudente actuación, si es que se insta, de medidas cautelares, en su caso de ejecución, que evite posicionamientos en la complejidad creada o buscada en perjuicio de la ejecutoria de que se trate.

“e’) Y una adecuada y prudente actuación de los pronunciamientos de costas que pudieran adoptarse, desde luego, siguiendo el régimen de mala fe y temeridad de aquel/los que se permitiese/n actuar en esas líneas”.

## 4. Perspectiva procesal del incidente de imposible ejecución

### 4.1. Naturaleza

En el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes, el incidente de imposible ejecución por causas

materiales o jurídicas se constituye como uno de los mecanismos jurídicos que obsta al principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, con sus pronunciamientos firmes, y que en razón a una imposibilidad material o legal judicialmente estimada va a producir el relevante efecto de sustituir los pronunciamientos judiciales por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación, asegurando la mayor efectividad de la ejecutoria.

### 4.2. Improcedencia de remitir el caso a la vía administrativa

Partiendo de la base de que nos hallamos en el ámbito de una ejecución de sentencia firme, ningún esfuerzo supone aceptar que nos hallamos ante una actividad evidentemente jurisdiccional contencioso-administrativa, en que el papel decisivo reside en la competencia jurisdiccional del órgano jurisdiccional a quien compete la misma y en los trámites de ejecución jurisdiccional, y a no dudarle sin perjuicio de las actividades en esa dirección que deben producirse tanto a iniciativa de las Administraciones como de los particulares.

Con ello no se quiere decir otra cosa que resulta improcedente remitir el debido entendimiento del caso a la vía administrativa con sus recursos administrativos, para finalmente volver a empezar una nueva vía contencioso-administrativa.

Por consiguiente, en lo que ahora interesa, el enjuiciamiento de si procede la ejecución *in natura* o la ejecución por sustitución una vez se promueva debidamente, es cometido jurisdiccional innegable, sin que quepan, si se permite la expresión, “escapismos” o atajos del más variado orden.

Ante la existencia de pronunciamientos administrativos, fuera del proceso de ejecución y ubicados en forma paralela a su prosecución, que tratan de evitar los objetivos y finalidades de lo enjuiciado, baste mostrar los siguientes supuestos:

Sentencia núm. 642, de 18 de septiembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“4.- A partir de lo anterior y decayendo todo planteamiento de valoración que hunda sus raíces en la aprobación inicial del proyecto equidistributivo anulado judicialmente en los términos expuestos con anterioridad ya que no nos hallamos en esa vía, deberá irse señalando lo siguiente:

“4.1.- Desde luego carece de todo fundamento y predicamento relegar el caso de nuevo a la vía administrativa, con lo que ello supone, cuando como tan reiteradamente ha habido que decir que tanto la debida ejecución *in natura* como la tan sentida ejecución por sustitución es innegable e inexcusablemente cometido jurisdiccional en el marco del derecho de tutela judicial efectiva y en la perspectiva de la ejecución de sentencias”.

Sentencia núm. 824, de 13 de noviembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“Sostener que el mero dictado de disposiciones reglamentarias y actos administrativos contra los términos de ejecución judicial es suficiente para que no se ejecuten los mismos sin ninguna consecuencia jurídica ni siquiera resarcitoria o indemnizatoria por la transmutación de la ejecución *in natura* es una conclusión tan claramente contraria al artículo 24 de nuestra Constitución y a los preceptos legales referidos que este tribunal no la acepta”.

Sentencia núm. 932, de 18 de diciembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“No resulta baladí añadir, en atención a algunas alusiones formuladas, que este tribunal, como no puede ser de otra manera, siempre ha insistido y ha resaltado la necesidad de atender y examinar muy cuidadosamente los supuestos en que la causa de imposibilidad radica precisamente en una actividad reglamentaria o de actos administrativos dimanantes de la propia iniciativa de la Administración condenada y obligada a atender a la debida ejecución de sentencias, y se caracteriza por una acentuada demora en la debida ejecución de sentencias o viene adornada por una actuación más o menos disimulada, encubierta, clandestina u oculta al que tiene el derecho a la ejecución de sentencia y a la debida y pronta necesidad que se actúen todos y cada uno de los trámites de la correspondiente ejecución de sentencia.

“Y ello tanto en su caso a los efectos de la promoción de un incidente de nulidad con la finalidad de eludir el cumplimiento de una sentencia –o en su caso promoviendo un nuevo recurso contencioso-administrativo contra la nueva actuación en la que pueda articularse cualquier motivo de nulidad o anulación– en los términos del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional, bien a los efectos de la promoción de un incidente de imposible ejecución por la Administración en

los términos del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, bien a los efectos de la promoción de cualquier incidente de ejecución por la parte ejecutante”.

Sentencia núm. 529, de 2 de julio de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“2.2.- El tan singular y curioso acuerdo de 21 de diciembre de 2007 que, en esencia, tuvo la obra por legalizada por la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de 18 de diciembre de 2004 de la normativa urbanística de 31 de julio de 2001 y como en la Sentencia (sic) apelada se expone, se orbita, de un lado, en la imposible ejecución de esa Sentencia y, de otro, que no procede ningún expediente de protección de la legalidad urbanística.

“2.3.- Debe reiterarse la calificación de singular y curioso acuerdo que se impugna en el incidente que nos ocupa ya que a las alturas de 21 de diciembre de 2007 la Administración trata de reiterar y redescubrir que a 2004 todo es de una conformidad urbanística genial y paradigmática cuando ello es lisa y llanamente de imposible apreciación y manifiestamente ilusorio cuando a las alturas de 2006 y 2007, mediante la Sentencia del Juzgado *a quo* nº 243, de 20 de noviembre de 2006 y de nuestra Sentencia nº 796, de 19 de septiembre de 2007, es decir con anterioridad a ese acuerdo, los pronunciamientos jurisdiccionales firmes de cuya ejecución se trata son los que son con una censura que se muestra patente y manifiesta.

“Pero es que a las presentes alturas no es sólo que se trate meramente de tratar de volver a la vía administrativa y volver a perseverar en lo nulo sino que, cuanto menos, se ha tratado de ‘resucitar’ lo nulo, se trata de dar efectos retroactivos a la entrada en vigor de una figura de planeamiento urbanístico que no los tiene, se trata de evitar el sometimiento del caso a un otorgamiento de licencia en forma haciendo de mejor condición al que se le estimó una licencia anterior nula que a todos los que están innegablemente sujetos a licencia urbanística, se trata de sostener que con una mera figura de planeamiento posterior una vez entrada en vigor todo lo que se ajuste al mismo tiene título administrativo urbanístico habilitante y sin más, y todo ello tratando de reducir a la nada y tan sólo por acto administrativo una condena a atender a un expediente de protección de la legalidad urbanística por hecho anteriores.

“Con ello no se quiere decir otra cosa que la contradicción y finalidad elusiva es burda y rotunda al pun-

to de revelarse en una ubicación temporal que va dejando a los que mantienen tan artificiosa y forzosamente su conformidad a derecho en el lugar que les corresponde, con lo que la nulidad a los efectos del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional es la consecuencia obligada ya que, desde luego, la finalidad buscada de eludir el cumplimiento de lo decidido jurisdiccionalmente es sobresalientemente evidente e indiscutible.

“Por otra parte brilla con luz propia, a resultas de lo razonado, que carecen de todo predicamento las alusiones impugnatorias formalmente y formulariamente dirigidas al artículo 7.1 del Código Civil y a principios como el de buena fe y de confianza legítima y el de tutela judicial efectiva.

“3.- Es más si se quería promover judicialmente una imposible ejecución del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, que innegablemente es cometido jurisdiccional que no permite que la Administración se inmiscuya al respecto, a ello debe estarse con la promoción como parte condenada del incidente procesal de rigor y, claro está, sin seguir una vía administrativa de acto administrativo con un pronunciamiento que sólo puede adoptar la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

“Mientras no se promueva el que proceda nada hay que decidir al respeto por el momento ya que ahora sólo puede ocuparnos la nulidad examinada.

“En consecuencia procede afirmar la improcedencia de examinar el resto de alegaciones formuladas por la parte apelante.

“Por todo ello, procede desestimar el presente recurso de apelación en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva”.

#### **4.3. La solicitud relativa a que la sentencia ya se ha ejecutado para evitar el incidente de imposible ejecución y la indemnización de daños y perjuicios**

Efectivamente, el agotamiento del contenido de la sentencia firme de cuya ejecución se trata se produce con la realización total e íntegra de ese contenido. Si concurre causa de imposibilidad física o jurídica, la vía adecuada y procedente, en lo que ahora interesa, es la del incidente de imposible ejecución, para en su caso finalmente proceder a la obligada ejecución por sustitución, que las más de las veces se vehiculiza con la indemnización de daños y perjuicios.

Siendo ello así, procede estar atento y no devaluar la seguida línea de tesis que la práctica va ofreciendo que, en esencia, se dirigen a poner de manifiesto al órgano jurisdiccional una realidad fáctica o/y jurídica que en forma alguna se compadece con lo resuelto jurisdiccionalmente, pero en cambio, entendiendo ese supuesto como cumplimiento de lo resuelto, reclaman que la sentencia se ha cumplido ya, y, hasta empleando términos eufemísticos, se llega a pretender que “se adopte la resolución que proceda y se archiven las actuaciones”.

Se dice que procede estar atento a esas técnicas, que pueden encubrir una disfunción tal que, ante el apartamiento de la vía idónea de la imposibilidad de ejecución, incluso se alcanzaría el manifiesto riesgo de vedar toda posibilidad a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios derivados de la no ejecución *in natura*, y todo ello adornado por no llevar a sus últimas consecuencias lo decidido judicialmente con valor y naturaleza de cosa juzgada.

Baste a los presentes efectos dejar constancia del supuesto con la siguiente cita:

Sentencia núm. 633, de 10 de septiembre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“1.- El incidente que ha dado lugar al Auto apelado se deriva de lo solicitado por la Administración Municipal demandada al Juzgado *a quo* en su escrito de fecha 20 de diciembre de 2011 –presentado a 27 de diciembre de 2011–, sucinto escrito en que, en esencia, redirigiendo el pronunciamiento judicial de derribo, se ponía de manifiesto que se había otorgado nueva licencia para el caso de autos a 1 de junio de 2011 y se terminaba con un eufemístico ‘*s’acordi resolució pertinent en relació a l’execució de la sentència de 26 d’octubre de 2010*’.

“No consta que se haya tramitado incidente procesal de imposible ejecución de sentencia por la vía del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional ni mucho menos el Auto apelado incide en esa tesitura ya que en modo alguno se pronuncia sobre la transmutación de la Sentencia en la procedente indemnización de daños y perjuicios.

“Es más, si se trataba de un incidente de ejecución de sentencia, a no dudarlo *in natura*, ya que la Sentencia firme de cuya ejecución se trata, que nadie ha dejado sin efecto, sigue imponiendo el derribo, no deja de resultar curioso observar que el pronunciamiento adoptado por el Auto apelado es declarar finalizado

(sic) el incidente sin adoptar pronunciamiento de ejecución alguno a modo de no debe ejecutarse nada”.

#### 4.4. Subjetivamente

Resulta punto de reunión común que, respecto a la legitimación activa y pasiva en el incidente de imposible ejecución, se debe partir de los dictados del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que literalmente parecen ceñir la legitimación activa en los siguientes términos:

“2. Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

No obstante, interesa igualmente resaltar dos supuestos añadidos:

De un lado, la intervención del Ministerio Fiscal que se planteará posteriormente.

Y de otro lado, la intervención de terceros que no coincidan con las partes con las que se ha seguido el proceso en el que se ha llegado a la sentencia firme de cuya ejecución se trata.

En esta última vertiente no cabe silenciar la problemática que se suscita, de una parte, por los terceros favorecidos por la fe pública registral –baste su presentación con la invocación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes-, y, de otra parte, la de los afectados por el fallo –baste la cita de la previsión del artículo 109.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, y hasta la de aquellos que a esas alturas se apuntan a una defensa de la legalidad por la vía de la acción pública.

Obsérvese la innegable realidad que concurre en la práctica, que esos terceros hipotecarios y personas afectadas en el fallo comparecen finalmente en la ejecución y van a pretender, además de otras consecuencias más drásticas, bien la imposible ejecución, bien en determinados casos la oposición de la imposible ejecución, a no dudarlo, a fin de aproximar las consecuen-

cias en su caso indemnizatorias que les sean de su interés.

Respecto a esos últimos casos en cuanto relativos a los terceros hipotecarios, debe dejarse constancia, cuando menos, del posicionamiento del Tribunal Supremo que se relaciona del siguiente modo:

Sentencia núm. 84, de 7 de febrero de 2011, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“3.3.- Tampoco puede producir mejores resultados la invocación al artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la doctrina del Tribunal Supremo es reiterada y categórica al respecto. Baste a los presentes efectos, inclusive en sede de pronunciamientos de demolición, dar cumplida cuenta, por todas, de la Sentencia de la Sala 3ª Sección 5ª, de 29 de diciembre de 2010, en los siguientes términos:

“SÉPTIMO.- Por último, en el cuarto motivo (88.1.d e la LRJCA) se considera infringido el principio de protección al tercero de buena fe, citando al respecto la Sentencia de 28 de junio de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que –según se expresa- declaró la imposibilidad de ejecución de una sentencia por la existencia de terceros de buena fe.

“Al margen de tratarse de una cuestión nueva y –sobre todo- de que en modo alguno se ha acreditado la condición de tercero de buena fe de la Comunidad recurrente, nuestra línea jurisprudencial no encaja, en principio, y salvo matizaciones concretas que la ausencia de datos nos permitan analizar, con la que se contiene en la sentencia citada por la recurrente.

“En la STS de 12 de mayo de 2006 se señaló que: *“los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otor-*

*gante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976.*

*“En la STS de 26 de septiembre de 2006:*

*“El que los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado.*

*“[...] frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos.*

*“Y, en fin, en la STS de 4 de octubre de 2006, que:*

*“las alegaciones de los recurrentes en relación con la protección del derecho de propiedad, tampoco pueden acogerse. Debe recordarse que en este momento procesal no es necesario ni pertinente poner en relación el precepto citado del art. 34 de la Ley Hipotecaria con el del art. 88 de la vigente Ley del Suelo, determinante de la subrogación real de los terceros adquirentes... puesto que ello implicaría un retroceso en la diná-*

*mica el proceso y una intromisión en su fase cognitiva, superada con la sentencia firme que le puso fin.*

*“En todo caso, debemos añadir que en la STS de 27 de junio de 2006 señalamos que:*

*“[...] la solidaridad es la forma correcta de responder frente a los terceros perjudicados en este caso no hay duda por estar así previsto legalmente en el apartado 2 del artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, que, al regular la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, establece que la responsabilidad será solidaria cuando no sea posible determinar la participación de cada una de las Administraciones concurrentes en la producción del daño, como sucede en este supuesto, dadas las actuaciones de la Administración autonómica y del Ayuntamiento, razón por la que el recurso de casación interpuesto por aquélla no puede prosperar.*

*“Y en la de 4 de octubre de 2006, que,*

*“[...] remitiéndose para la cuestión relativa a la existencia de terceros adquirentes, entre otros extremos entonces discutidos a los trámites de ejecución de sentencia. Desde esta perspectiva, la cuestión ha de plantearse -en su caso- en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones con competencia material, como hacía el Auto de 25 de marzo de 1987, que se remitía a la acción de regreso contra el enajenante de las viviendas y locales, exigiendo responsabilidad de daños y perjuicios por la posible responsabilidad, ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.101 del Código Civil’.”.*

Efectivamente, la dejadez en materia de procurar los asientos registrales de su razón, bien en vía administrativa, bien en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, evitando que se dé el supuesto que se plantea, va a permitir que esa temática siga latente y permanente salvo que se reconsidere la práctica en esa dejadez o abandono.

#### **4.4.1. Legitimación activa: la Administración y otros sujetos**

Cuando se trata de examinar la legitimación activa para el incidente de imposible ejecución por imposibilidad física y jurídica, el tenor literal del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sigue dispensando la configuración tradicional, que se centra en “el órgano obligado a su cumplimiento”,

que ejercerá la pretensión “a través del representante procesal de la Administración”.

Ya de entrada procede advertir que en materia de planeamiento urbanístico, incluso en materia de titulación administrativa en sede de licencias especiales, concurre un ejercicio de competencias recayentes en más de una Administración, lo que permite indicar que en un proceso cabe la promoción del incidente por las Administraciones, que, estando obligadas al cumplimiento, pueden ostentar esa legitimación, y en la dirección y causas que en su interés puedan hacer valer.

El supuesto indicado no tiene desperdicio, en la medida en que puede tener ulterior reflejo y trascendencia en la posible exigencia de la indemnización de daños y perjuicios, caso de estimarse la imposibilidad física o/y jurídica.

En todo caso, la problemática de la legitimación, ya clásica, obliga a plantearse si cabe reconocerla en otros sujetos procesales –así en los codemandados, y hasta incluso en la parte actora-ejecutante–.

Estos supuestos están caracterizados por una pasividad en la promoción del incidente por la Administración, o hasta por una promoción acentuadamente infundada y abocada al fracaso, que neutraliza la posible transmutación de la sentencia firme, en su caso, en la procedente indemnización de daños y perjuicios. Y obsérvese el manifiesto interés que pueden tener determinados sujetos como los codemandados en llegar a una situación pacífica por la no ejecución *in natura* de la sentencia firme, y también de determinadas partes actoras-ejecutantes que, ante el acopio de más y más tiempo, de más y más gastos, y de más y más impugnaciones en cascada, pueden tener manifiesto interés en llegar a una transmutación del contenido de la sentencia de cuya ejecución se trata, en su equivalente económico.

Las vías de solución de ese supuesto pivotan, como es conocido, sobre su aceptación ponderada, como se muestra en los siguientes pronunciamientos:

Sentencias núms. 412, de 14 de mayo de 2010, y 495, de 10 de junio de 2011, ambas de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“En el auto apelado se indica que la Administración es la que debe cumplir el fallo y por ello es la única legitimada para pedir que se declare la imposibilidad de ejecutar la sentencia y ello se sustenta en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999, refiriendo que, de acuerdo con la sentencia del mismo

Alto Tribunal de 24 de septiembre de 1994, los particulares no pueden promover en vía judicial la inexecución de las sentencia pero sí ha de admitirse la facultad de solicitar la declaración de imposibilidad de ejecución ante la Administración y ante la resolución expresa o tácita agotar los oportunos recursos administrativo y judiciales.

“SEGUNDO.- El tratamiento por la jurisprudencia de la cuestión litigiosa referida a la legitimación para instar la tramitación del incidente de inexecución de sentencia no es pacífica, ya que se bien a la sentencia del Tribunal Supremo citada en el auto apelado han seguido otras del mismo Tribunal en idéntico sentido, es de ver su contenido para poder delimitar el alcance de esa determinación.

“Así, en la sentencia de 19 de febrero de 2009 se indica: ‘Debemos destacar una reiterada línea jurisprudencial de este Tribunal Supremo que incide sobre la forma de plantear o articular ante el órgano jurisdiccional competente las mencionadas causas de imposibilidad, debiendo citarse al efecto las SSTs de 26 de septiembre y 10 de noviembre de 2006, así como las de 4 de octubre y 9 de noviembre de 2006. Y, mas recientemente, en la STS de 6 de febrero de 2007 (RC 692/2004), se puso de manifiesto que ... *no compartimos la tesis de la entidad mercantil recurrente ni la del Ayuntamiento ..., porque el incidente previsto en el invocado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra ordenada demoler en sentencia es legalizable o si la licencia de actividad debe o no ser otorgada por haber desaparecido las circunstancias que, según la sentencia, lo impedirían, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, de modo que, para ello, como con toda corrección señala la Sala de instancia en los autos recurridos, es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla, lo que en este caso no ha sucedido, aunque el Ayuntamiento haya manifestado, según hemos indicado, su voluntad de comprobar si la edificación y la actividad, cuyas licencias fueron anuladas en la sentencia con orden ex-*

*presa de demolición, deben ser objeto de legalización mediante la expedición de nuevas licencias’.*

“En la de 9 de abril de 2008 en su fundamento de derecho quinto se recoge: ‘En cuanto a la legitimación para plantear ante el Tribunal al que compete hacer ejecutar la sentencia la imposibilidad material o legal de hacerlo, esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/2003), 9 de noviembre de 2006 (recurso de casación 7354/2004) y 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004), que, según se deduce de la literalidad del precepto contenido en el referido artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, es el órgano administrativo encargado de su cumplimiento quien lo debe pedir, si bien los afectados por la sentencia están facultados para reclamar de ese órgano obligado al cumplimiento que suscite tal cuestión ante el juez o tribunal competente para ejecutarla, de modo que, si no lo hiciese o se negase a ello, cabe que los interesados o afectados se dirijan a éstos solicitando que se pronuncien acerca de la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia’.

“En cambio, en la sentencia de 7 de julio de 2008, tras referir que en ocasiones el mismo Alto Tribunal ha admitido la facultad de los particulares personados en las actuaciones de solicitar de la correspondiente Administración la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia (ATS de 15 de marzo de 1989) resuelve remitiendo al auto de 10 de junio de 1997, en el que se decía que ‘si bien es cierto que el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional restringe la legitimación en favor del Abogado del Estado, no obstante, como se señala en el auto de esta Sala de 21 de marzo de 1988, *el principio de tutela efectiva que concede y garantiza a todas las personas el artículo 24.1 de la Constitución, extiende y amplía la legitimación para promover este incidente de inejecución (cuando el caso se presenta) a cualquiera de las partes del proceso directamente, sin necesidad de haber de recurrir a la mediación del Abogado del Estado, ya que no puede dejarse al arbitrio o al criterio del mismo la postulación de la tutela efectiva de los Tribunales a la que tienen derecho todas las personas, las cuales están legitimadas, por tanto, para pedir a los Juzgados y Tribunales, conforme al artículo 18.2 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que adopten las medidas necesarias para la mayor efectividad de la ejecutoria... por lo que todas las partes han de entenderse legitimadas para plantear el incidente de inejecución del aludido artículo 107 de la Ley de la*

*Jurisdicción, sin más condicionamiento de que se presente el caso de imposibilidad material o legal de cumplir la sentencia’.*”.

A lo que cabe añadir, caso contrario, la posible promoción de un incidente de imposible ejecución de contenido análogo por esos sujetos ajenos a la Administración, o una satisfacción en la medida de lo posible por el incidente de ejecución del artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Y es que de sostenerse, caso contrario, que, ante una imposible ejecución con la mera pasividad de la Administración –única legitimada- y ante la falta de la sustitución de la ejecución *in natura* por la ejecución por sustitución, nos hallaríamos ante una situación que negase toda compensación o/y satisfacción adecuada al caso, bien parece que es una hipótesis decididamente criticable.

#### **4.4.2. Legitimación pasiva: el ejecutante y otros afectados**

El supuesto básico y más sencillo de la promoción del incidente por la única Administración concurrente, determina que la legitimación pasiva en el incidente que nos ocupa corresponda a la parte actora-ejecutante, que puede oponerse al mismo.

No obstante, en la medida en que concurren más partes en el proceso de ejecución, procede no pasar por alto la táctica que pueden seguir las demás partes, situándose bien a favor o bien en contra de la parte promotora del incidente.

Más todavía, y en la medida en que pudiera darse una estimación de la imposibilidad de ejecución con derivación del supuesto en una consideración, en su caso, hacia la indemnización de daños y perjuicios, tampoco cabe desconocer que las posiciones a favor o en contra de la imposibilidad que se predique van a ser muy cuidadosas de atender a la dirección subjetiva que puede corresponder, en su caso, a la imputación total o parcial de esa indemnización que pueda establecerse.

#### **4.4.3. El Ministerio Fiscal**

La posición del Ministerio Fiscal en la materia de urbanismo, tan caracterizado por la operatividad de la acción pública, determina que no deba devaluarse la trascendencia de lo dispuesto en el artículo 74.1 a 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en sede de desistimiento, en los siguientes términos:

### “Artículo 74. [Desestimación]

“1. El recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.

“2. Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. Si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

“3. El Secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días. Si prestaren su conformidad al desistimiento o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

“4. En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda”.

Y si ello es así en sede de proceso principal con ocasión de “litispendencia” para obtener la correspondiente sentencia, parece que pocos esfuerzos deben efectuarse para establecer que el mismo régimen resulta aplicable cuando nos hallemos ante la debida ejecución judicial de una sentencia firme, esté en juego ni más ni menos que la “cosa juzgada”, y se pretenda de alguna forma el desistimiento en la ejecución, o lisa y llanamente el archivo de las actuaciones.

Por consiguiente, en esas hipótesis no deja de resultar común, de un lado, que el Ministerio Fiscal en un proceso de ejecución pretenda su intervención a esos efectos, y, de otro lado, que si alguna parte pretende esas consecuencias jurídicas por el órgano jurisdiccional se respete ese trámite, y si, como resulta ser habitual, el Ministerio Fiscal se opone al archivo de las actuaciones mientras no conste la ejecución procedente, deberá estarse a la improcedencia de la pretensión de archivo o del pronunciamiento que no satisfaga o se sitúe en línea de la debida ejecución, mientras esa debida ejecución no conste.

## 4.5. Objetivamente

### 4.5.1. La imposibilidad física

Las situaciones objetivas que deben ser objeto de planteamiento, prueba y depuración en el incidente de im-

posible ejecución, son bien la de imposibilidad material bien la de imposibilidad legal.

Puestos a indagar el planteamiento de imposibilidad material o física en la ejecución de sentencias firmes en materia de urbanismo, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, debe indicarse que ese planteamiento es prácticamente inexistente sin que los tan limitados supuestos en que se alega merezcan ser destacados, mucho menos por su estimación, ya que no se alcanza.

### 4.5.2. La imposibilidad jurídica

Cuando de la imposibilidad legal o jurídica (sic) se trata, debe destacarse que en el ámbito de la materia de urbanismo, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es la perspectiva elegida en la práctica totalidad de supuestos en que se plantea el incidente de imposible ejecución del artículo 105.2 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este punto interesa recordar, en primer lugar, que el grado de imposibilidad debe ser radical, concluyente y en términos absolutos, desde luego no bastando que sea temporal o a resultas de futuribles. Baste relacionar en esa perspectiva la argumentación siguiente:

Sentencias núms. 464, de 11 de junio de 2013, 479, de 18 de junio de 2013, y 505, de 25 de junio de 2013, todas de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“Pues bien, el presente caso aparece adornado por las dos fases temporales a las que se ha hecho mención:

**“-En una segunda fase temporal con la nueva figura de planeamiento general de cobertura que fue aprobada definitivamente por el Acuerdo de 1 de junio de 2006 y en esa segunda fase temporal también con el Proyecto de obras al que esas figuras de planeamiento urbanístico daban cobertura ‘aprobado definitivamente por el Acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 29 de noviembre de 2006’.**

**“-Y en una tercera fase temporal, de un lado, con la tercera Modificación del Plan General Metropolitano aprobada definitivamente a 9 de octubre de 2010 y de otro lado, el tercer proyecto de obras aprobado definitivamente el 15 de abril de 2011.**

“Y siendo ello así por más relevancia que se quiera buscar en **nuestra Sentencia nº 83, de 31 de enero de 2008, recaída en nuestro rollo de apelación 151/2007**, en forma alguna cabe entender extemporánea la promoción del incidente que desde tiempo atrás finalmente se resuelve por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Barcelona en sus autos 23/2004, mediante el Auto de 6 de septiembre de 2011 que se ha apelado.

“5.2.- Resulta tan notoria la necesidad de apreciar que la imposibilidad pretendida debe ser radical, concluyente y en términos absolutos que en el presente no se va a descubrir la obviedad cuando resulta patente que la imposibilidad en términos absolutos pretendidos no concurre ya que, cuanto menos, deberá convenirse que hasta que se decida -y precisamente en sentido desestimatorio- la materia que se ha dado en llamar tercera fase temporal no puede concluirse con la certeza necesaria que la imposible ejecución concurre. Obsérvese que si se estimase la nulidad de la tercera modificación del planeamiento general referido y se estimase la nulidad o anulación del tercer proyecto de obras nada obstaría a la perfecta ejecución de la Sentencia que nos ocupa”.

Y, en segundo lugar, procede igualmente recordar que en materia de la carga de la prueba la imposibilidad legal o jurídica recae en quien la alega, que debe dar cumplida y concreta exposición de su concurrencia al respecto y desde luego cumplida prueba de su concurrencia. Baste dejar constancia de ello en el siguiente pronunciamiento, por lo demás, tan reiterado:

Sentencia núm. 871, de 16 de noviembre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“6.- Pues bien, ese tribunal forma cumplida convicción de lo siguiente:

“6.a.- Si se tiene en cuenta nuestra Sentencia 447, de 9 de mayo de 2007 (!), recaída en nuestro rollo 257/2006, inclusive la Sentencia del Juzgado *a quo* de 26 de septiembre de 2006 (!), si ninguna dificultad se debe apreciar que el proyecto denominado *‘Arranjament i pavimentació del Camí dels Rasos de Peguera a Vallcebre, en el terme municipal de Figols, segona fase (tram Fumanya direcció Rasos de Peguera)’* de 19 de abril de 2006 (!), resulta total y absolutamente irrelevante e intrascendente, cuando por más énfasis que se haga no puede ignorarse que la posible legalización que se invoca, si es que procede y así se justifica debidamente en relación con la ejecución pendiente que

nos ocupa, se debe producir una vez recaídas las Sentencias referidas, especialmente la de este tribunal, y en su consideración, sin que sea dable descubrir, redescubrir o artificiosamente hacer valer supuestos pretéritos que ni remotamente consta que tuvieran presente el caso que se tramitaba con efectos de litispendencia y que finalmente se decidió en la forma expuesta con la naturaleza de cosa juzgada.

“6.b.- Pero es que cuando se dirige la atención al posterior proyecto denominado de *‘Millora i pavimentació del camí de Fumanya (Figols) fins Vallcebre, pels cels oberts’* del denominado Consorci de la Ruta Mineira que se dice aprobado a 10 de enero de 2008 (!), inclusive al proyecto denominado *‘Arranjament i pavimentació del camí dels Rasos de Peguera a Vallcebre, en el terme municipal de Figols, primera fase tram Peguera (tram Fumanya direcció Rasos de Peguera)’* que se manifiesta como aprobado a 27 de febrero de 2008 (!), lo primero que debe destacarse es que el total apartamiento de la parte ejecutante y de este tribunal en su tramitación como si no se tratase de afectar a lo decidido jurisdiccionalmente con lo que ello representa, de lo que se toma buena nota.

“No obstante, sin que sea dable en este incidente examinar y depurar la tramitación administrativa seguida en ese/os proyecto/s, ya que su objeto es el que se ha precisado con anterioridad, lo que no procede obviar es que en el incidente de imposible ejecución descansa la carga de la prueba en quien afirma y trata de hacer valer la correspondiente imposibilidad. Y en el presente caso, como también, si así se prefiere, al proyecto anteriormente examinado de 2006, la parte ejecutada y condenada se ha contentado con una mera prueba documental que pivota en sus propios documentos y del denominado Consorci de la Ruta Mineira que por más esfuerzos que se hagan, sin dotarse de la oportuna mayor probanza, entre ella la pericial, no alcanza a poner de manifiesto ni siquiera indiciariamente que pudiera concurrir una imposible ejecución radical, total y absoluta de la ejecutoria de autos y desde luego sin que esa hipótesis conclusiva resulte notoria”.

Pues bien, a las alturas de los tiempos presentes quizá el supuesto que merece mayor atención por la reiterada concurrencia alegatoria del mismo es el de si basta la entrada en vigor de una mera modificación de planeamiento, que pudiese dar soporte y cobertura a lo que se estimó disconforme a derecho con arreglo a una sentencia firme, para estimar de imposible ejecución la misma.

A las presentes alturas ello no puede ser posible, ya que por regla general si la sentencia firme lo es en materia de planeamiento urbanístico la nueva figura de planeamiento urbanístico carece de efectos retroactivos, por lo que deberá estarse a la debida ejecución que en su caso, y cuando menos con la debida publicación de la sentencia firme, dé adecuada publicidad de la nulidad judicialmente estimada.

Y si nos hallamos ante sentencias firmes en materia de gestión urbanística, de titulación administrativa urbanística habilitante o en su caso de protección de la legalidad urbanística, también por regla general la nueva figura de planeamiento urbanístico que entre en vigor todo lo más dispensa un futurible de posible legalización que solo con los instrumentos de rigor a promover, tramitar y decidir en su momento podrá poner de manifiesto en real y concreta cobertura jurídica o/y legalización del supuesto. Sostener lo contrario sería ofrecer al vencido en juicio y condenado una patente reserva de dispensa de su situación, sin cobertura jurídica, que ha desaparecido en concreto por la sentencia firme, apartándole de la necesidad de sujetarse, como cualquiera, a los procedimientos, exigencias y titulaciones de rigor urbanístico.

Más todavía, si la sentencia firme opera en el ámbito de la nulidad o anulación de licencias o titulación

urbanística habilitante, no solo será precisa la mera modificación del planeamiento urbanístico, sino a su vez que se dote al caso de la titulación referida de conformidad con el nuevo planeamiento urbanístico. Y evidentemente, hallándonos ante una legalización *ex post*, no basta una licencia en base a un proyecto "en los papeles", sino que las obras de cuya titulación se trate resulten ser las que en la realidad existan.

Y, a mayor abundamiento, pudiendo esa nueva figura de planeamiento urbanístico y esa nueva titulación administrativa ser impugnadas bien en su caso en el incidente de nulidad, con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia firme –artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, o/y en nuevo recurso contencioso-administrativo, si ello acontece, la legalización obtenida en forma alguna puede considerarse inamovible, debiéndose estar a las resultas de esas impugnaciones, y tampoco puede concurrir la imposibilidad que se pretenda por resultar una calificación prematura, que solo se despejará a resultas del final resultado de esas impugnaciones.

Es así que en esa tesitura procede dejar constancia de las siguientes argumentaciones<sup>8</sup>:

Sentencia núm. 633, de 10 de septiembre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

8. Otras sentencias sobre la misma materia:

Sentencia núm. 335, de 8 de mayo de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

"Sin embargo, el fundamento de la acción ejercitada en el presente proceso es la de nulidad de las licencias impugnadas por haber sido concedidas con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia de constante referencia.

"Esta acción debe prosperar, por cuanto queda acreditado que la expresada finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia ha llevado al Ayuntamiento actuante a conceder aquellas licencias ambiental y de obras con cobertura y en desarrollo del instrumento de planeamiento urbanístico a su vez declarado nulo en nuestra Sentencia de 2.2.2007 por haber sido aprobado también con la finalidad de eludir: - el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23.6.1998, por la que: -- se estimaron el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 24 de febrero de 1992 y el recurso contencioso-administrativo formulado contra el acuerdo municipal de 24 de noviembre de 1988, por el que se concedía licencia de obras para la construcción de la estación de servicio de autos; y -- se anuló dicho acuerdo municipal de 24 de noviembre de 1988 por el que se concedía expresada licencia de obras ya que el suelo estaba calificado de zona verde; y, en concreto, - la demolición de la estación de servicio acordada en ejecución de dicha Sentencia".

Sentencia núm. 554, de 12 de julio de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

"PRIMERO. Si bien la posibilidad de declarar jurídicamente inejecutable una sentencia por un posterior cambio de planeamiento viene siendo reconocida por la jurisprudencia (naturalmente siempre que esa modificación no haya sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute), también se destaca que la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón suficiente como para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la ley jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión, sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el artículo 105.2, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar mate-

rialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la ley jurisdiccional.

“En el caso concreto no consta que el ayuntamiento instante de la imposibilidad de ejecución haya tramitado procedimiento alguno de legalización de lo indebidamente construido. La inexecución se solicita con base exclusivamente en la citada modificación del planeamiento, sin actuación alguna concreta en el sentido expresado. Esto es, ni consta solicitud alguna de legalización (ni actuación municipal alguna de índole similar) tramitada de conformidad con lo establecido en los artículos 197 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, aprobando el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Catalunya, o 205 y siguientes del posterior Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, aprobando su nuevo texto refundido.

“No se ha acreditado, pues, que el ayuntamiento procediera a cumplimentar el mandato tendente a la legalización de las obras, esto es, a requerir a la promotora a fin de que solicitara licencia con proyecto que incluyera la subsanación de los desajustes, dando después a la petición el trámite legalmente previsto si la licencia no se solicita o su otorgamiento es contrario a la normativa urbanística. Y, siendo ello así, la construcción de autos continúa siendo ilegal, en los términos y con el alcance establecidos en la sentencia firme, que debe así ser ejecutada en sus propios términos.

“SEGUNDO. En el fondo, pues, se trata de dilucidar si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior, conforme al cual ya no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inexecución se pretende para, de forma automática y sin más trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inexecución legal de la sentencia. En cuyo sentido, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (Sección 5ª, recurso 4089/2007), se dice lo siguiente:

“En la sentencia de 7 de enero de 1999 dijimos que *Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional.*

“Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inexecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inexecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia implica la declaración jurisdiccional de inexecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004) *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 ...*’.

“En consecuencia, no apreciándose en el auto impugnado en absoluto la falta de motivación que denuncia la apelante, sí que se observa, en méritos de lo expuesto, una motivación jurídica inadecuada al caso”.

Sentencia núm. 646, de 20 de septiembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“Debe reiterarse una vez más que en materia de ejecución y cumplimiento de una sentencia firme, lo decisivo no es tanto la racionalidad urbanística del instrumento de planeamiento urbanístico o de las concretas determinaciones del mismo que afectan o pueden afectar la ejecución y cumplimiento de la sentencia, como la existencia de una motivación reforzada del instrumento o de las determinaciones de que se trate frente a la sentencia firme cuya ejecución y cumplimiento va a quedar afectado por aquellas. A subrayar que en el caso de autos el instrumento de planeamiento urbanístico impugnado no contiene ni siquiera una referencia a la sentencia firme que queda afectada por sus determinaciones urbanísticas. Paladinamente reconoce el Ayuntamiento, respecto de las nuevas determinaciones urbanísticas del ámbito de autos, que es ‘evidente que unas parcelas podrían beneficiarse más [de dichas determinaciones] toda vez que el incumplimiento de la normativa no era el mismo en todos los casos’.

“De lo que se deriva que las modificaciones introducidas mediante el instrumento de planeamiento impugnado carecen de la motivación reforzada necesaria para constituir causa legal de imposibilidad de cumplimiento de aquella sentencia, y merecen la calificación de determinaciones urbanísticas aprobadas con el propósito de eludir su cumplimiento”.

Sentencia núm. 932, de 18 de diciembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“4.3.- Este tribunal va a seguir entendiendo que en los supuestos de Sentencia que aprecie nulidad o anulación de una licencia de obras con pronunciamiento de derribo de las obras realizadas a su amparo es manifiestamente improcedente tener por imposible su ejecución con la mera aprobación del planeamiento que pudiera permitir, si es que se pide, la obtención de una licencia de legalización de esas obras.

“Deberá reiterarse que ante una sentencia de esas características en modo alguno se dispensa a las obras de su razón de la necesidad de dotarse de la correspondiente licencia ya que en definitiva no se las hace de mejor condición que a cualesquiera obras necesitadas de dotarse de la concreta habilitación por medio del correspondiente título urbanístico habilitante.

“Es más, si resulta que la nueva cobertura de licencia da como resultado que las obras no resulten posibles urbanísticamente como tales y en su estado sino que deben alterarse en la medida que el ordenamiento urbanístico lo precise, de la misma forma deberá establecerse que la mera titulación habilitante formal tampoco determina de por sí una imposible ejecución por razones jurídicas hasta que las correspondientes obras no se ajusten al título habilitante ya que la vulneración del ordenamiento urbanístico para las obras continúa latente y produciendo sus perniciosos efectos que no deben tolerarse”.

Sentencia núm. 633, de 10 de septiembre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“2.- Para decidir el presente caso, aunque puede presumirse que las partes conocen suficientemente la doctrina en materia de ejecución de sentencias en relación con el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, no resulta ocioso en la vertiente de modificaciones posteriores de planeamiento o de nuevas titulaciones habilitantes, reproducir, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, nº 22/2009, de 26 de enero de 2009, y las que en ella se citan, en los siguientes particulares:

“SEGUNDO.- Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Este Tribunal ha declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (por todas, STC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 6), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA; STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 9).

“Así, se ha destacado que uno de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador (por todas, STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4). También se ha señalado que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerle así el art. 118 de la Constitución, y que cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental (STC 149/1989, de 22 de septiembre, FJ 3)’.

“3.- Es más, no es sólo que se precise una modificación de planeamiento urbanístico y que se dote al supuesto de la correspondiente licencia habilitante sino que se hace preciso que, por regla general, se alcance un pronunciamiento jurisdiccional que sustituya, modifique y redirija lo decidido jurisdiccionalmente a una imposible ejecución para transmutarlo en la mayor eficacia de la ejecución, en su caso, en el peor de los casos, para no ejecutar *in natura* lo resuelto jurisdiccionalmente estimando una radical inexecución bien por causas físicas o bien por causas jurídicas transmutando los pronunciamientos jurisdiccionales a la procedente indemnización de daños y perjuicios materiales y morales.

“Baste a los presentes efectos citar al Tribunal Supremo Sala 3ª, Sección 5ª, de 29 de abril de 2009, con las Sentencias que en ella se citan, en los siguientes términos:

“QUINTO.- En el segundo motivo el Ayuntamiento recurrente plantea la posibilidad de legalización de lo construido.

“En escrito presentado ante la Sala de instancia, en fecha de 23 de junio de 2006, según se expone en el motivo de casación, el Ayuntamiento recurrente puso de manifiesto que se había procedido a la aprobación provisional de un nuevo Plan General que, una vez definitivamente aprobado por la Junta de Galicia, vendría a legalizar la situación de ilegalidad creada como consecuencia de la anulación del Estudio de Detalle.

“Pues bien, tampoco desde esta segunda perspectiva el motivo puede ser acogido. Desde esta segunda perspectiva, y por lo que hace referencia a la imposibilidad legal de ejecución de sentencia que examinamos, se viene incluyendo, dentro del citado concepto, lo que, en realidad, es una simple imposibilidad de carácter administrativo, la cual se produce habitualmente en el ámbito del urbanismo mediante la aprobación ---con posterioridad a una resolución jurisdiccional--- de un nuevo planeamiento que viene a adaptarse, o *legalizar*, la actuación previamente anulada. Los pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo son suficientemente conocidos:

“Así en la STS de 22 de enero de 1997 el Tribunal Supremo señaló que *El artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite declarar inexecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal de ejecutarla, y una de las causas de imposibilidad es, como en el presente caso, el cambio de planeamiento derivado del ius variandi urbanístico de la Administración, que impide la ejecución de la sentencia, por haber devenido ilegal la pretensión de la actora como consecuencia del cambio de planeamiento (en efecto, es claro que no puede redactarse un Plan Parcial sobre un suelo no urbanizable), un*

cambio, por cierto, no iniciado por el Ayuntamiento a la vista de la sentencia, sino comenzado ya antes de que el actor hiciera su petición inicial... .

"Por lo demás, la procedencia de declarar inejecutables las sentencias en ciertos casos por imposibilidad legal de ejecución en razón del posterior cambio de planeamiento urbanístico ha sido admitida por esta Sala en sentencia de 30 de noviembre de 1996, dictada en el recurso de casación 6872/93, con base no sólo en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional sino también en el 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

"Y en la STS de 30 de enero de 2001 se añadió que Tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el 105.2 LJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la potestas variandi de la Administración Urbanística (sentencia de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en sentencia de 23 de julio de 1998, 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 acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente 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 esta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia.

"Las SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 se expresaron en los siguientes términos Conviene recordar que el artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, añadiendo el mismo precepto, en su número 5, que El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley.

"Lógica consecuencia de lo anterior, ya en el ámbito material ahora concernido, es que, si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico.

"En esta misma línea, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996, no aceptó la legalización municipal de unas obras declaradas ilegales, pues (fundamento de derecho octavo) no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (revisión del Plan de Ordenación de Tarragona) que el Ayuntamiento ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra justificación que la de impedir la ejecución, razonando antes, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:

"[...] 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 inejecución 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.

"Y, por su parte, la STS de 15 de junio de 2004, expuso lo siguiente: Al haberse declarado implícitamente la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, cuya decisión no ha sido eficazmente combatida en casación, pues se ha aducido a tal fin una cuestión no planteada en la instancia, según hemos dejado expuesto, dicha inejecución, en contra del parecer de la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, está amparada por lo dispuesto en el artículo 105.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, que recoge lo que establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en nuestra Sentencia de 4 de mayo de 2004 (recurso de casación 2415/2000), al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución.

"Debemos destacar una reiterada línea jurisprudencial de este Tribunal Supremo que incide en la forma de articular ante el órgano jurisdiccional competente las mencionadas causas de imposibilidad.

"En la STS de 26 de septiembre de 2006, cuya doctrina sigue la de 10 de noviembre de 2006, se ha puesto de manifiesto que Con la prueba pericial, tendente a demostrar que el nuevo planeamiento permitiría legalizar el edificio ilegalmente construido en su día, tampoco se conseguiría una declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de demolición, dado que la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la Ley Jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la Administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar materialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la Ley Jurisdiccional.

"Por consiguiente, una prueba pericial, tendente a demostrar en el incidente promovido ante el Tribunal que la obra sería legalizable con arreglo al ordenamiento urbanístico aprobado después o que resulta materialmente imposible la demolición,

*deviene irrelevante sin una previa solicitud a la Administración obligada a ejecutar la sentencia, cuya resolución expresa o tácita siempre será susceptible de control jurisdiccional en el incidente regulado en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción.*

*"De aquí, la corrección jurídica del argumento expuesto por la Sala de instancia en orden a rechazar lo solicitado por la Comunidad de Propietarios, declarando que únicamente si se adoptan por la Administración demandada los acuerdos en relación con la legalización de la obra litigiosa podría entonces esta Sala valorar, en primer lugar, si tal decisión municipal presenta una apariencia de razonabilidad o seriedad que la separe de lo que sería una vía torticera indirecta de incumplimiento de lo ordenado en la Sentencia, y sólo a partir de esos acuerdos municipales se podrían valorar también las circunstancias relativas a la proporcionalidad y en consecuencia a la ejecutabilidad de la sentencia e incluso, llegado el caso, a la posibilidad de ir a una ejecución sustitutoria por vía de indemnización.*

*"[...] Repetimos que fue acertado el criterio del Tribunal a quo al desatender la pretensión de la Comunidad de Propietarios recurrente porque no basta, para tener por legalizada una obra, con que se apruebe un nuevo planeamiento urbanístico sino que debe instarse del órgano competente la oportuna legalización, cuya resolución al respecto, ya sea expresa o tácita, será susceptible de control jurisdiccional en fase de ejecución de sentencia, de modo que no existe dejación alguna en el ejercicio de la jurisdicción ni desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.*

*"Por su parte, en la STS de 4 de octubre de 2006 ---cuya doctrina sigue la de 9 de noviembre de 2006--- se señaló que No consta, por el contrario, y así lo han reconocido las partes, que el Ayuntamiento instante de la imposibilidad de ejecución haya tramitado procedimiento alguno de legalización de lo indebidamente construido. La inejecución se solicita con base, se insiste, exclusivamente, en la citada modificación del planeamiento, sin actuación alguna concreta en el sentido expresado. Esto es, ni consta solicitud alguna de legalización ---ni actuación municipal alguna de índole similar--- tramitada de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y siguientes de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, ni tampoco con arreglo a la legislación derogatoria de la misma, esto es, artículos 209 y siguientes de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.*

*"No se ha acreditado, pues, que el Ayuntamiento, procediera a cumplimentar el mandato, tendente a la legalización de las obras; esto es, que, como se decía en nuestra normativa estatal, procediera a requerir a la entidad promotora ---en el clásico trámite del artículo 185.1 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril ---, a fin de que en el plazo de dos meses la citada entidad solicitara licencia con proyecto que incluyera la subsanación de los desajustes, dando después el trámite dispuesto en el artículo 185.2 del citado Texto Refundido si la licencia no se solicita o su otorgamiento es contrario a la normativa urbanística. En consecuencia, el artículo 185 del Texto Refundido de 1976 ---sustituido con posterioridad por el artículo 249 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio ---, que contemplan el supuesto de obras ya terminadas, establecía ---como ahora lo establecen las normativas autonómicas--- un procedimiento dentro del cual aparece una primera fase cuyo objetivo es brindar al administrado la oportuna legalización, mediante el seguimiento del correspondiente procedimiento y la obtención, en su caso, de la oportuna licencia, y, otra segunda, en la que, si no se produce la legalización, plasmada en la citada licencia, se llega a la demolición de lo indebidamente construido.*

*"En el fondo, pues, lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior ---conforme al cual ya no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inejecución se pretende--- para, de forma automática y sin más trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia.*

*"La respuesta no puede ser positiva.*

*"En la STS de 21 de diciembre de 1993 ya dijimos que el art. 178 del TRLS sujeta a licencia todos los actos de edificaciones y uso del suelo, es decir, que cualquier acto que constituya edificación o, sencillamente uso del suelo en cualquier forma, está sujeto a control previo de la licencia. El art. 184.2 establece el plazo de dos meses para que el interesado solicite la licencia en el supuesto de suspensión de obras en curso y, si el particular incoa el procedimiento solicitando la licencia, habrá de estar al resultado del mismo, puesto que será este resultado el que conduzca a la legalización de las obras o a su demolición, y, en el supuesto de que la obra estuviese terminada ---cual es el de autos--- siempre es aplicable el art. 185 del TRLS conforme al cual el procedimiento para dictar el acto de requerimiento al promotor de la obra o sus causahabientes para que soliciten la licencia es el mismo que el regulado en el art. 184, sin que aquí se dé la suspensión de la obra por la sencilla razón de que aquella está terminada, pero, en lo demás, el procedimiento es el mismo, sus requisitos y trámites son idénticos y sólo varía el plazo que es irrelevante en el presente supuesto. Todo ello quiere decir que la legalización de una edificación ya construida exige idéntica licencia de obras que la que aún no se ha realizado o la que se encuentra en vías de realización, por lo que es in cuestionable que si para la edificación de la obra que pretende legalizarse era necesaria la confección de un proyecto... .*

*"Tales exigencias son reiteradas ---con algunas pequeñas diferencias--- por la legislación autonómica gallega previamente citada, esto es, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia y la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, derogatoria de la anterior y que entró en vigor el 1º de enero de 2003.*

*"En la STS de 7 de enero de 1999 dijimos que Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el*

propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional.

*“Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inejecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inejecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inejecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (STS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004) Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por desconformidad 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... .*

*“Así, en la STS de 30 de enero de 2001 dijimos que Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la potestas variandi de la Administración Urbanística (STS de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en STS de 23 de julio de 1998, 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 desconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente 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 el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización.*

*“Y, mas recientemente, en la STS de 6 de febrero de 2007 (RC 692/2004), se puso de manifiesto que ... no compartimos la tesis de la entidad mercantil recurrente ni la del Ayuntamiento de..., porque el incidente previsto en el invocado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra ordenada demoler en sentencia es legalizable o si la licencia de actividad debe o no ser otorgada por haber desaparecido las circunstancias que, según la sentencia, lo impedirían, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, de modo que, para ello, como con toda corrección señala la Sala de instancia en los autos recurridos, es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla, lo que en este caso no ha sucedido, aunque el Ayuntamiento haya manifestado, según hemos indicado, su voluntad de comprobar si la edificación y la actividad, cuyas licencias fueron anuladas en la sentencia con orden expresa de demolición, deben ser objeto de legalización mediante la expedición de nuevas licencias.*

*“Como decíamos, pues, tampoco desde esta segunda perspectiva el motivo puede ser acogido; la Sala de instancia, con corrección, rechaza la tramitación del Incidente de Inejecución de sentencia por cuanto (1) ni consta la aprobación de planeamiento alguno que ---de una u otra forma--- pudiera haber tenido incidencia en la ejecución que se decide, (2) ni, tampoco que, en el caso de haberse producido tal aprobación, el Ayuntamiento de Vigo hubiera planteado, con corrección jurídica, y en los plazos previstos, la existencia de causa legal de inejecución de sentencia’.*

*“Posicionamiento el expuesto, desde luego, seguido por este tribunal y Sección, al punto que igualmente procede relacionar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 5ª, de 5 de abril de 2013, con las que en ella se citan, en los siguientes términos:*

*“NOVENO.- Distinta suerte merece el cuarto motivo de casación, formulado con carácter subsidiario para mantener la improcedencia de declarar automáticamente legalizadas las viviendas construidas al amparo de las licencias anuladas por la sentencia, como en realidad hace el auto recurrido.*

*“Esta Sala ha declarado repetidamente, entre otras en las sentencias de 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/03) y 29 de abril de 2009 (recurso de casación 4089/2007), que la aprobación de un nuevo ordenamiento urbanístico no supone la legalización de lo indebidamente edificado, en palabras de la primera o, en expresión de la segunda 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 desconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla, sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, salvo que se aprecie que la nueva ordenación se ha producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia.*

*“Ahora bien, el modo de articular y resolver esta clase de situaciones devenidas no es el que se ha seguido por la Sala de instancia. Como se hace notar en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007 (Recurso de casación*

692/2004) y recordado en la de 29 de abril de 2009 (recurso de casación 4989/2007), el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra es legalizable, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, para lo cual es *imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla.*

“Cuanto hemos dicho conduce a la estimación de este motivo de casación, al haber sido incorrecto el tratamiento y solución otorgados por la Sala de instancia a las cuestiones suscitadas en la ejecución, pues no debió pronunciarse sobre la legalización de las viviendas, lo que correspondía en su caso a la Administración.

“DECIMO.- En el quinto motivo de casación se alega que los autos recurridos vulneran los artículos 24 y 118 de la Constitución art.24 EDL 1978/3879 art.118 EDL 1978/3879, que reconocen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos y a la obligación de cumplir dichas resoluciones, además del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 103 de la Ley Jurisdiccional, porque la ejecución de la sentencia debe comportar inexcusablemente el derribo de las viviendas construidas.

“El motivo no puede prosperar, pues no es más que una suerte de recapitulación de los anteriores, en el que se reitera que la legalización de las viviendas construidas se funda en un nuevo planeamiento urbanístico, que no puede dar cobertura jurídica a las indicadas viviendas, porque fue promovido con el único propósito de eludir el cumplimiento de la Sentencia y que, por ello, debe considerarse nulo de pleno derecho, y porque, en cualquier caso, no permite la legalización de aquellas viviendas cuya ocupación es superior al 30% de la superficie de la parcela.

“Con ser rigurosamente exacto que las sentencias firmes han de ser cumplidas en sus propios términos, pues así lo exige el artículo 118 de la Constitución; no obstante esta exigencia admite excepciones. Así, tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, como el 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal o material, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos, es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la potestas variandi de la Administración Urbanística (Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan).

“UNDECIMO.- La estimación del cuarto motivo de casación y la consiguiente declaración de haber lugar al recurso interpuesto por D. Gustavo, y la anulación del auto de 2 de junio de 2009, confirmado en súplica por auto de 17 de julio siguiente, conlleva la reposición de las actuaciones para que, una vez que el Ayuntamiento de Colera resuelva, en su caso, sobre la eventual legalización de las viviendas, la Sala de instancia, a petición del propio Ayuntamiento y con audiencia de todos los interesados, se pronuncie sobre la imposibilidad de ejecución por el cambio de la legalidad urbanística aplicable, adoptando las medidas que aseguren la mayor efectividad de la ejecución y fijando, en su caso, la indemnización que proceda’.”

Sentencia núm. 530, de 2 de julio de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“De ninguna de las maneras, en materia de cuándo procede entender producida la legalización, sin que ello acontezca desde luego, con la mera aprobación de una figura de planeamiento urbanístico, debe reiterarse que procede dar por sobradamente conocida la reiterada apreciación que con la entrada en vigor de una figura de planeamiento urbanístico nada se legaliza sino que siempre resulta preciso dotarse del instrumento habilitador que corresponda, en este caso, con la oportuna licencia –por todas nuestras Sentencias nº 235, de 16 de marzo de 2010, nº 691, de 15 de septiembre de 2010, nº 784, de 19 de octubre de 2010, nº 932, de 30 de noviembre de 2010 y nº 932, de 18 de diciembre de 2012-.

“Dicho en otras palabras, este tribunal va a seguir entendiendo que en los supuestos de Sentencia que aprecie nulidad o anulación de una licencia de obras con pronunciamiento de derribo de las obras realizadas a su amparo es manifiestamente improcedente tener por imposible su ejecución con la mera aprobación del planeamiento que pudiera permitir, en su caso y si es que se pide, la obtención de una licencia de legalización de esas obras.

“Deberá reiterarse que ante una sentencia de esas características en modo alguno se dispensa a las obras de su razón de la necesidad legal de dotarse de la correspondiente licencia ya que en definitiva no se las hace de mejor condición que a cualesquiera obras necesitadas de dotarse de la concreta habilitación por medio del correspondiente título urbanístico habilitante.

“Es más, si resulta que la nueva cobertura de licencia da como resultado que las obras no resulten posibles urbanísticamente como tales y en su estado sino que deben alterarse en la medida que el ordenamiento urbanístico lo precise, de la misma forma deberá establecerse que la mera titulación habilitante formal tampoco determina de por sí una imposible ejecución por razones jurídicas hasta que las correspondientes obras no se ajusten al título habilitante ya que la vulneración del ordenamiento urbanístico para las obras continúa latente y produciendo sus perniciosos efectos que no deben tolerarse.

“Y todo ello claro está puede tener en consideración a esos supuestos el enjuiciamiento jurisdiccional que proceda –bien en la vía del incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 de nuestra Ley Jurisdiccional si concurren sus exigencias en atención al motivo de impugnación previsto al efecto o bien en la vía del proceso contencioso-administrativo que proceda en que podrán hacerse valer los motivos de impugnación que procedan plenamente-. Y ello es trascendente ya que la imposibilidad jurídica a apreciar debe ser radical e incontrovertible de tal suerte que mientras se hallan pendientes las impugnaciones referidas desde luego no cabe su estimación por resultar prematura.

“Por lo demás la depuración en la medida que proceda y que no se prejuzga del procedimiento de protección de la legalidad urbanística por los hechos anteriores brilla con luz propia que no existe imposibilidad jurídica alguna”.

"2.- Para decidir el presente caso, aunque puede presumirse que las partes conocen suficientemente la doctrina en materia de ejecución de sentencias en relación con el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, no resulta ocioso en la vertiente de modificaciones posteriores de planeamiento o de nuevas titulaciones habilitantes, reproducir, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, nº 22/2009, de 26 de enero de 2009, y las que en ella se citan, en los siguientes particulares:

"SEGUNDO.- Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Este Tribunal ha declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurran elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (por todas, STC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 6), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA; STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 9).

"Así, se ha destacado que uno de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue plan-

teada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador (por todas, STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4). También se ha señalado que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el art. 118 de la Constitución, y que cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental (STC 149/1989, de 22 de septiembre, FJ 3)'.

"3.- Es más, no es sólo que se precise una modificación de planeamiento urbanístico y que se dote al supuesto de la correspondiente licencia habilitante sino que se hace preciso que, por regla general, se alcance un pronunciamiento jurisdiccional que sustituya, modifique y redirija lo decidido jurisdiccionalmente a una imposible ejecución para transmutarlo en la mayor eficacia de la ejecución, en su caso, en el peor de los casos, para no ejecutar *in natura* lo resuelto jurisdiccionalmente estimando una radical inejecución bien por causas físicas o bien por causas jurídicas transmutando los pronunciamientos jurisdiccionales a la procedente indemnización de daños y perjuicios materiales y morales.

"Baste a los presentes efectos citar al Tribunal Supremo Sala 3ª, Sección 5ª, de 29 de abril de 2009, con las Sentencias que en ella se citan, en los siguientes términos:

"QUINTO.- En el segundo motivo el Ayuntamiento recurrente plantea la posibilidad de legalización de lo construido.

"En escrito presentado ante la Sala de instancia, en fecha de 23 de junio de 2006, según se expone en el motivo de casación, el Ayuntamiento recurrente puso de manifiesto que se había procedido a la aprobación provisional de un nuevo Plan General que, una vez definitivamente aprobado por la Junta de Galicia, vendría a legalizar la situación de ilegalidad creada como consecuencia de la anulación del Estudio de Detalle.

"Pues bien, tampoco desde esta segunda perspectiva el motivo puede ser acogido. Desde esta segunda

perspectiva, y por lo que hace referencia a la imposibilidad legal de ejecución de sentencia que examinamos, se viene incluyendo, dentro del citado concepto, lo que, en realidad, es una simple imposibilidad de carácter administrativo, la cual se produce habitualmente en el ámbito del urbanismo mediante la aprobación ---con posterioridad a una resolución jurisdiccional--- de un nuevo planeamiento que viene a adaptarse, o *legalizar*, la actuación previamente anulada. Los pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo son suficientemente conocidos:

“Así en la STS de 22 de enero de 1997 el Tribunal Supremo señaló que *El artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal de ejecutarla, y una de las causas de imposibilidad es, como en el presente caso, el cambio de planeamiento derivado del ius variandi urbanístico de la Administración, que impide la ejecución de la sentencia, por haber devenido ilegal la pretensión de la actora como consecuencia del cambio de planeamiento (en efecto, es claro que no puede redactarse un Plan Parcial sobre un suelo no urbanizable), un cambio, por cierto, no iniciado por el Ayuntamiento a la vista de la sentencia, sino comenzado ya antes de que el actor hiciera su petición inicial...*

“Por lo demás, la procedencia de declarar inejecutables las sentencias en ciertos casos por imposibilidad legal de ejecución en razón del posterior cambio de planeamiento urbanístico ha sido admitida por esta Sala en sentencia de 30 de noviembre de 1996, dictada en el recurso de casación 6872/93, con base no sólo en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional sino también en el 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

“Y en la STS de 30 de enero de 2001 se añadió que *Tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el 105.2 LJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la potestas variandi de la Administración Urbanística (sentencia de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en sentencia de 23 de julio de 1998, 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 acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente 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 esta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia.*

“Las SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 se expresaron en los siguientes términos *Conviene recordar que el artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, añadiendo el mismo precepto, en su número 5, que El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

“Lógica consecuencia de lo anterior, ya en el ámbito material ahora concernido, es que, si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico.

“En esta misma línea, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996, no aceptó la legalización municipal de unas obras declaradas ilegales, pues (fundamento de derecho octavo) no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (revisión del Plan de Ordenación de Tarragona) que el Ayuntamiento ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra justificación que la de impedir la ejecución, razonando antes, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:

“(…) 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 inejecución 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.

“Y, por su parte, la STS de 15 de junio de 2004, expuso lo siguiente: *Al haberse declarado implícitamente la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, cuya decisión no ha sido eficazmente combatida en casación, pues se ha aducido a tal fin una cuestión no planteada en la instancia, según hemos dejado expuesto, dicha inejecución, en contra del parecer de la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, está amparada por lo dispuesto en el artículo 105.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, que recoge lo que establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en nuestra Sentencia de 4 de mayo de 2004 (recurso de casación 2415/2000), al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución.*

“Debemos destacar una reiterada línea jurisprudencial de este Tribunal Supremo que incide en la forma de articular ante el órgano jurisdiccional competente las mencionadas causas de imposibilidad.

“En la STS de 26 de septiembre de 2006, cuya doctrina sigue la de 10 de noviembre de 2006, se ha puesto de manifiesto que *Con la prueba pericial, tendente a demostrar que el nuevo planeamiento permitiría legalizar el edificio ilegalmente construido en su día, tampoco se conseguiría una declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de demolición, dado que la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la Ley Jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la Administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el inci-*

*dente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar materialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la Ley Jurisdiccional.*

“Por consiguiente, una prueba pericial, tendente a demostrar en el incidente promovido ante el Tribunal que la obra sería legalizable con arreglo al ordenamiento urbanístico aprobado después o que resulta materialmente imposible la demolición, deviene irrelevante sin una previa solicitud a la Administración obligada a ejecutar la sentencia, cuya resolución expresa o tácita siempre será susceptible de control jurisdiccional en el incidente regulado en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción. De aquí, la corrección jurídica del argumento expuesto por la Sala de instancia en orden a rechazar lo solicitado por la Comunidad de Propietarios, declarando que únicamente si se adoptan por la Administración demandada los acuerdos en relación con la legalización de la obra litigiosa podría entonces esta Sala valorar, en primer lugar, si tal decisión municipal presenta una apariencia de razonabilidad o seriedad que la separe de lo que sería una vía torticera indirecta de incumplimiento de lo ordenado en la Sentencia, y sólo a partir de esos acuerdos municipales se podrían valorar también las circunstancias relativas a la proporcionalidad y en consecuencia a la ejecutabilidad de la sentencia e incluso, llegado el caso, a la posibilidad de ir a una ejecución sustitutoria por vía de indemnización.

“(…) Repetimos que fue acertado el criterio del Tribunal a quo al desatender la pretensión de la Comunidad de Propietarios recurrente porque no basta, para tener por legalizada una obra, con que se apruebe un nuevo planeamiento urbanístico sino que debe instarse del órgano competente la oportuna legalización, cuya resolución al respecto, ya sea expresa o tácita, será susceptible de control jurisdiccional en fase de ejecución de sentencia, de modo que no existe dejación alguna en el ejercicio de la jurisdicción ni desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

“Por su parte, en la STS de 4 de octubre de 2006 ---cuya doctrina sigue la de 9 de noviembre de 2006 --- se señaló que *No consta, por el contrario, y así lo han reconocido las partes, que el Ayuntamiento instante de la imposibilidad de ejecución haya tramitado procedimiento alguno de legalización de lo indebidamente construido. La inejecución se solicita con base, se insiste, exclusivamente, en la citada modificación del planeamiento, sin actuación alguna concreta en el sentido expresado. Esto es, ni consta solicitud alguna de legalización ---ni actuación municipal alguna de índole similar---* tramitada de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y siguientes de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, ni tampoco con arreglo a la legislación derogatoria de la misma, esto es, artículos 209 y siguientes de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

“No se ha acreditado, pues, que el Ayuntamiento, procediera a cumplimentar el mandato, tendente a la legalización de las obras; esto es, que, como se decía en nuestra normativa estatal, procediera a requerir a la entidad promotora ---en el clásico trámite del artículo 185.1 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril ---, a fin de que en el plazo de dos meses la citada entidad solicitara licencia con proyecto que incluyera la subsanación de los desajustes, dando después el trámite dispuesto en el artículo 185.2 del citado Texto Refundido si la licencia no se solicita o su otorgamiento es contrario a la normativa urbanística. En consecuencia, el artículo 185 del Texto Refundido de 1976 ---sustituido con posterioridad por el artículo 249 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio ---, que contemplan el supuesto de obras ya terminadas, establecía ---como ahora lo establecen las normativas autonómicas--- un procedimiento dentro del cual aparece una primera fase cuyo objetivo es brindar al administrado la oportunidad de legalización, mediante el seguimiento del correspondiente procedimiento y la obtención, en su caso, de la oportuna licencia, y, otra segunda, en la que, si no se produce la legalización, plasmada en la citada licencia, se llega a la demolición de lo indebidamente construido.

“En el fondo, pues, lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior ---conforme al cual ya

*no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inejecución se pretende---* para, de forma automática y sin más trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia.

“La respuesta no puede ser positiva.

“En la STS de 21 de diciembre de 1993 ya dijimos que el art.178 del TRLS sujeta a licencia todos los actos de edificaciones y uso del suelo, es decir, que cualquier acto que constituya edificación o, sencillamente uso del suelo en cualquier forma, está sujeto a control previo de la licencia. El art. 184.2 establece el plazo de dos meses para que el interesado solicite la licencia en el supuesto de suspensión de obras en curso y, si el particular incoa el procedimiento solicitando la licencia, habrá de estar al resultado del mismo, puesto que será este resultado el que conduzca a la legalización de las obras o a su demolición, y, en el supuesto de que la obra estuviese terminada ---cual es el de autos--- siempre es aplicable el art. 185 del TRLS conforme al cual el procedimiento para dictar el acto de requerimiento al promotor de la obra o sus causahabientes para que soliciten la licencia es el mismo que el regulado en el art. 184, sin que aquí se dé la suspensión de la obra por la sencilla razón de que aquélla está terminada, pero, en lo demás, el procedimiento es el mismo, sus requisitos y trámites son idénticos y sólo varía el plazo que es irrelevante en el presente supuesto. Todo ello quiere decir que la legalización de una edificación ya construida exige idéntica licencia de obras que la que aún no se ha realizado o la que se encuentra en vías de realización, por lo que es incuestionable que si para la edificación de la obra que pretende legalizarse era necesaria la confección de un proyecto....

“Tales exigencias son reiteradas ---con algunas pequeñas diferencias--- por la legislación autonómica gallega previamente citada, esto es, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia y la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, derogatoria de la anterior y que entró en vigor el 1º de enero de 2003.

“En la STS de 7 de enero de 1999 dijimos que Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos

y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional.

*“Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inejecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inejecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inejecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004) 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... .*

*“Así, en la STS de 30 de enero de 2001 dijimos que Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisa-*

*mente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la potestas variandi de la Administración Urbanística (STS de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en STS de 23 de julio de 1998, 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 acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente 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 el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización.*

*“Y, mas recientemente, en la STS de 6 de febrero de 2007 (RC 692/2004), se puso de manifiesto que ... no compartimos la tesis de la entidad mercantil recurrente ni la del Ayuntamiento de..., porque el incidente previsto en el invocado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra ordenada demoler en sentencia es legalizable o si la licencia de actividad debe o no ser otorgada por haber desaparecido las circunstancias que, según la sentencia, lo impedían, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, de modo que, para ello, como con toda corrección señala la Sala de instancia en los autos recurridos, es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el*

*incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla, lo que en este caso no ha sucedido, aunque el Ayuntamiento haya manifestado, según hemos indicado, su voluntad de comprobar si la edificación y la actividad, cuyas licencias fueron anuladas en la sentencia con orden expresa de demolición, deben ser objeto de legalización mediante la expedición de nuevas licencias.*

“Como decíamos, pues, tampoco desde esta segunda perspectiva el motivo puede ser acogido; la Sala de instancia, con corrección, rechaza la tramitación del Incidente de Inejecución de sentencia por cuanto (1) ni consta la aprobación de planeamiento alguno que --- de una u otra forma--- pudiera haber tenido incidencia en la ejecución que se decide, (2) ni, tampoco que, en el caso de haberse producido tal aprobación, el Ayuntamiento de Vigo hubiera planteado, con corrección jurídica, y en los plazos previstos, la existencia de causa legal de inejecución de sentencia’.

“Posicionamiento el expuesto, desde luego, seguido por este tribunal y Sección, al punto que igualmente procede relacionar la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª Sección 5ª, de 5 de abril de 2013, con las que en ella se citan, en los siguientes términos:

“NOVENO.- Distinta suerte merece el cuarto motivo de casación, formulado con carácter subsidiario para mantener la improcedencia de declarar automáticamente legalizadas las viviendas construidas al amparo de las licencias anuladas por la sentencia, como en realidad hace el auto recurrido.

“Esta Sala ha declarado repetidamente, entre otras en las sentencias de 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/03) y 29 de abril de 2009 (recurso de casación 4089/2007), que la aprobación de un nuevo ordenamiento urbanístico no supone la legalización de lo indebidamente edificado, en palabras de la primera o, en expresión de la segunda 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 acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, salvo que se aprecie que la nueva ordenación se ha producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia.

“Ahora bien, el modo de articular y resolver esta clase de situaciones devenidas no es el que se ha segui-

do por la Sala de instancia. Como se hace notar en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007 (Recurso de casación 692/2004) y recordado en la de 29 de abril de 2009 (recurso de casación 4989/2007), el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra es legalizable, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, para lo cual *es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla.*

“Cuanto hemos dicho conduce a la estimación de este motivo de casación, al haber sido incorrecto el tratamiento y solución otorgados por la Sala de instancia a las cuestiones suscitadas en la ejecución, pues no debió pronunciarse sobre la legalización de las viviendas, lo que correspondía en su caso a la Administración.

“DECIMO.- En el quinto motivo de casación se alega que los autos recurridos vulneran los artículos 24 y 118 de la Constitución, que reconocen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos y a la obligación de cumplir dichas resoluciones, además del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 103 de la Ley Jurisdiccional, porque la ejecución de la sentencia debe comportar inexcusablemente el derribo de las viviendas construidas.

“El motivo no puede prosperar, pues no es más que una suerte de recapitulación de los anteriores, en el que se reitera que la legalización de las viviendas construidas se funda en un nuevo planeamiento urbanístico, que no puede dar cobertura jurídica a las indicadas viviendas, porque fue promovido con el único propósito de eludir el cumplimiento de la Sentencia y que, por ello, debe considerarse nulo de pleno derecho, y porque, en cualquier caso, no permite la legalización de aquellas viviendas cuya ocupación es superior al 30% de la superficie de la parcela.

“Con ser rigurosamente exacto que las sentencias firmes han de ser cumplidas en sus propios términos,

pues así lo exige el artículo 118 de la Constitución; no obstante esta exigencia admite excepciones. Así, tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, como el 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal o material, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos, es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la potestas variandi de la Administración Urbanística (Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan).

“UNDECIMO.- La estimación del cuarto motivo de casación y la consiguiente declaración de haber lugar al recurso interpuesto por D. Gustavo, y la anulación del auto de 2 de junio de 2009, confirmado en súplica por auto de 17 de julio siguiente, conlleva la reposición de las actuaciones para que, una vez que el Ayuntamiento de Colera resuelva, en su caso, sobre la eventual legalización de las viviendas, la Sala de instancia, a petición del propio Ayuntamiento y con audiencia de todos los interesados, se pronuncie sobre la imposibilidad de ejecución por el cambio de la legalidad urbanística aplicable, adoptando las medidas que aseguren la mayor efectividad de la ejecución y fijando, en su caso, la indemnización que proceda’.”

#### 4.5.3. La imposibilidad parcial

En este apartado simplemente se entiende necesario apuntar que, ante la pluralidad de pronunciamientos jurisdiccionales firmes que puedan acontecer, cabe que algunos de ellos puedan resultar de imposible ejecución, y así se pueda estimar en la promoción del correspondiente incidente, y otros puedan resultar perfectamente susceptibles de ejecución judicial, de conformidad con el régimen establecido procesalmente, sin que sea dable estimar un amalgamamiento tal que neutralice estos últimos en consideración a los primeros.

#### 4.5.4. La improcedencia de replantear de nuevo sobre el fondo

Como desde luego nos hallamos en sede de ejecución de sentencia firme y en el halo de la cosa juzgada, resulta necesario no perder de vista que en sede de imposible ejecución no cabe replantear de nuevo ni alegar ni ejercitar pretensiones que, siendo materia de fondo, debieron plantearse y decidirse con ocasión del proceso que dio lugar a la sentencia firme.

Como muestra de la proliferada insistencia al respecto, interesa dejar cumplida constancia de los siguientes supuestos<sup>9</sup>:

Sentencia núm. 530, de 2 de julio de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

9. Otras sentencias sobre la misma materia:

Sentencia núm. 98, de 9 de febrero de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“SEGUNDO. Sentadas las anteriores consideraciones, en sí mismas más que suficientes para considerar no ejecutada la sentencia firme recaída en autos, y pasando a tratar la parcelación autorizada (en todo caso insuficiente por sí sola para legalizar unas edificaciones que continuarían careciendo de una licencia municipal de obras que debería además respetar los regímenes de lindes y distancias dichos), es cierto que el artículo 343 de la normativa urbanística no habla de ‘fachada’, sino de ‘longitud mínima del frente al vial’, estableciéndolo para la subzona de autos en 16 metros. Y no a otra cosa se refiere el auto impugnado cuando dice que no puede considerarse que los 4,65 metros que dan a la calle S. Francesc puedan computar como frente de edificación a calle, como exige el 343, por lo que computando los 11,48 metros que dan a la calle Costers no existen los 16 exigidos.

“En cualquiera de los casos, cabe señalar en apoyo de tal tesis que cuando el artículo citado se refiere a la ‘longitud mínima del frente al vial’ se está refiriendo obviamente a un único vial, no a varios, es decir, a aquel vial del que la parcela toma sus parámetros urbanísticos, que es al que precisamente debe presentar un frente de 16 metros, sin que quepa a tal efecto computar la suma de frentes de parcela, ni continuos ni discontinuos, a dos o más viales, con lo que la parcela de autos en ningún caso reúne los 16 metros exigidos, se vea o no la fachada de la edificación en ella existente desde la calle donde deban medirse y se tome al efecto cualquiera de los dos diferentes viales.

“Es más, como se observa en los planos del proyecto de parcelación, la fachada de 11,48 metros que se computa a la calle Costers (como la de 4,65 a la calle Sant Francesc), se presentan frente a un ‘estrecho pasillo’ a que precisamente se refiere el auto apelado cuando observa que no puede apreciarse que la fachada de la edificación existente en la parcela 1 sea visible desde la calle, con lo que en realidad no hace sino abundar en lo ya dicho en nuestra sentencia de 27 de febrero de 2007, ya antes apuntado, en el sentido de que son exigibles en el caso los parámetros de separaciones a lindes, el régimen de distancias respecto a otras edificaciones y el de fachada mínima a vial (entendido el término fachada como frente de parcela), parámetros

que no podrían cumplirse en el caso de autos, donde se ha autorizado la edificación de tres viviendas unifamiliares en una misma parcela, siendo así que las distancias de las edificaciones deben mantenerse no sólo a los lindes de parcela, sino entre las diversas edificaciones existentes en una misma parcela, una de las construidas en el caso, además y como se recoge sin oposición en la sentencia de instancia (la parcela 1) 'no presenta tan siquiera fachada a vial'.

"Siendo ello así, es evidente que la licencia de parcelación tan fraudulentamente otorgada, mediante el artificial establecimiento de hecho de dos servidumbres de paso desde dos calles diferentes para el acceso a una misma parcela originariamente carente de frente a vial, persigue la única y exclusiva finalidad de eludir el cumplimiento de lo acordado en la sentencia firme, viniendo por ello mismo correctamente anulada por el auto de instancia, en méritos del artículo 103 de la ley jurisdiccional, sin necesidad de nuevas y reiterativas discusiones en otro recurso contencioso-administrativo diferente".

Sentencia núm. 336, de 8 de mayo de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

"2.- Con mayor concreción, en el presente caso, no deja de resultar acentuadamente sorprendente que estimada judicialmente la tan relevante disconformidad a derecho urbanístico y acordada la demolición de autos en la Sentencia del Juzgado a quo nº 134, de 6 de julio de 2004, a las alturas de 2009 (sic) por la Administración Municipal se promueva incidente de imposible ejecución descubriendo las vertientes que se han expuesto, a las que se suma la parte privada igualmente condenada, y que, a no dudarlo, se hallaban latentes a las alturas del proceso y de la Sentencia de primera instancia años antes y que siendo de su propio ámbito no mereció ninguna iniciativa en el proceso ni en vía de recurso de apelación contra esa Sentencia y ahora las partes se contentan, resucitándolas, con tratar de evitar la ejecución de sentencia con el nuevo planteamiento de esas tesis a modo de nuevo enjuiciamiento o/y de nuevo replanteamiento del caso para dejarlo en reconsideración reducido a la nada por lo que hace referencia a la debida ejecución *in natura* de las Sentencias firmes.

"Tamaño táctica o estrategia este tribunal no la comparte ni la puede viabilizar ya que abandonado el proceso seguido en primera instancia a una falta de alegaciones de fondo como las que ahora se pretenden fuera de su lugar adecuado y pertinente y ante una sentencia de fondo con pronunciamiento de derribo firme, por más esfuerzos que se hagan de lo que se ha tratado, en esencia, es de forzar y redirigir temáticas propias de ese fondo del proceso contencioso-administrativo –así, para con la operatividad del principio de proporcionalidad y trascendencia del derribo que se ha pretendido- y no hechas valer ni planteadas en su momento idóneo, guardándolas durante años, para finalmente tratar de obstar y desde luego demorar la debida ejecución situándolas en un ámbito de ejecución de sentencia y a título de imposible ejecución que es verdaderamente improcedente –no debe resultar ocioso observar que sólo el Juzgado a quo ha podido resolver a las alturas de 2010 y este tribunal a las alturas de 2012-. Y todo ello planeando en una tesitura de inexecución durante años que se comenta por sí misma y en una situación de posible responsabilidad por demora y de, cuanto menos, daños morales por inexecución que debe darse por sabida.

"3.- Y es así que a las presentes alturas, dicho lo anterior para el hipotético supuesto que cupiera entender que esas alegaciones han surgido cuanto menos en parte en la ejecución de sentencia firme –único supuesto que permite su análisis en esa sede-, y centrada la controversia litigiosa en esta alzada en las únicas vertientes expuestas debe anticiparse *ad limine* la perfecta aceptación de los razonamientos del Auto apelado del que este tribunal sólo encuentra que no tiene pronunciamiento de costas de los incidentes que resuelve pero que nadie ha recurrido en este punto y que por tanto nada más procede añadir.

"Y es que, de un lado, lo que este tribunal no puede hacer mirada ciega y oídos sordos es a la radical disconformidad a derecho cualitativa que se ha estimado con fuerza de cosa juzgada y que ahora se trata de disimular, tolerar y aceptar sin paliativo alguno y que este tribunal tantas veces, cuya cita debe dispensarse, ha tenido que resaltar que no se va a caer en la tentación de mantener supuestos adornados por las características de que cuantos más y más desajustes y más y más importantes disconformidades a derecho urbanístico, cuantitativas y cualitativas, mayor esperanza de lograr una mejor tolerancia y aceptación del desaguisado o dislate con lo que ello supone en materia de los principios que se vulneran y quebrantan. Desde luego debiéndose valorar todas las características que presente el caso lo que no resulta de recibo es planear en dificultades técnicas o meras conveniencias económicas que son las únicas que se hallan latentes en el presente caso.

"De otro lado, aceptando la apreciación del Juzgado a quo con fundamento en la prueba pericial judicial practicada dotada de las suficientes garantías procesales y dotada de la suficiente fuerza de convencimiento, lo único que consta y en el peor de los casos es que haya que extremar, como resulta ser habitual, las medidas de su razón para evitar consecuencias no queridas para personas y cosas y en la medida de lo posible y a ello hay que aplicarse enfáticamente y con premura y decisión.

"Y, finalmente, la problemática económica que se trata de suscitar resulta espúrea e inviable a los efectos pretendidos ya que no es la artificiosa invocación de una declaración de ruina que no está en el perímetro de la ejecución de sentencia de autos lo que debe ocuparnos sino la debida ejecución de sentencias firmes *in natura* y sólo consta la dificultad propia del caso y que en nada puede hacer variar el derecho a la tutela judicial efectiva en sede de ejecución de sentencias.

"Por todo ello no procediendo la imposible ejecución por razones materiales y jurídicas del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, procede desestimar los dos recursos de apelación formulados en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva".

Sentencia núm. 723, de 11 de octubre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

"SEGUNDO.- La parte apelante alega que en el auto apelado no se valora debidamente la instancia presentada el 4 junio 2012 al Ayuntamiento por la Comunidad de propietarios de los apartamentos Eden Mar, ni el informe de los servicios técnicos municipales de 11 junio 2012 sobre la repercusión en la vía pública de la clausura de las 150 plazas de aparcamiento situadas en los números 18-20 de la calle Josep Lluís Sert: alega que de dichos documentos se desprende el uso que se da a los aparcamientos y los perjuicios que generará a los afectados por su clausura, todo lo que, a su entender, debió ser ponderado en el auto apelado, en el sentido de ponderar motivadamente el derecho de la actora a solicitar la ejecución de la sentencia con

“En consecuencia, será de destacar, ya de entrada y ahora a los efectos de la imposible ejecución que se invoca, que no deja de resultar sorprendente hasta asombroso que a las alturas de la promoción del incidente que nos ocupa –así bien en razón al escrito de la Administración de fecha 8 de mayo de 2012 (sic) o bien en razón del escrito al que se remite de fecha 3 de enero de 2008 (sic) se trate de reiterar y redescubrir que a 2004 todo es de una conformidad urbanística genial y paradigmática cuando ello es lisa y llanamente de imposible apreciación y manifiestamente ilusorio cuando a las alturas de 2006 y 2007, mediante la Sentencia del Juzgado *a quo* nº 243, de 20 de noviembre de 2006 y de nuestra Sentencia nº 796, de 19 de septiembre de 2007, es decir con anterioridad a esos escritos promotores del incidente que nos ocupa los pronunciamientos jurisdiccionales firmes de cuya ejecución se trata son los que son con una censura que se muestra patente y manifiesta”.

Sentencia núm. 771, de 29 de octubre de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“3.- A resultas de lo anterior en el presente caso resulta patente que la vía elegida para disipar en sus términos una sentencia firme en los particulares del an-

cho de vial establecidos en la Sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona nº 7, recaída en los autos 560/2008, de 20 de marzo de 2012, con Auto de aclaración de 30 de marzo de 2012, ha sido la de imposibilidad jurídica de ejecución con fundamento en el artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional que en forma alguna permite una suerte de nuevo enjuiciamiento por motivos ni pretensiones no hechas valer temporáneamente en el proceso como si nada hubiera ocurrido ni nada se hubiera sentenciado con valor de cosa juzgada y a modo de siempre cabe replantear el fondo de los casos por motivos o pretensiones no articuladas debidamente hasta indefinida e infinitamente agotar todos los supuestos de defensa que fueran de interés.

“Desde esa perspectiva este tribunal no se puede prestar a maniobras de esa naturaleza, ni total ni parcialmente, ni por razonamientos más o menos acertados del Juzgado *a quo*, al punto que sólo por exigencias procesales recayentes en no empeorar la situación del recurrente en apelación en la declaración de imposibilidad que se ha actuado judicialmente y que no se ha recurrido por la otra parte y en sus términos sólo cabe desestimar el recurso de apelación como se establecerá en la parte dispositiva”.

los derechos de los propietarios de buena fe de los aparcamientos y la afectación al interés público, por cuanto -sostiene el Ayuntamiento-, el cierre de los aparcamientos comportará la vulneración de derechos algunos de ellos fundamentales, dada la presencia de personas de avanzada edad con discapacidades o problemas físicos de movilidad entre los propietarios de los aparcamientos. Alega además la vulneración de lo establecido en el artículo 34 de la Ley hipotecaria y del principio de fe pública registral, y que dicho artículo constituye una causa de imposibilidad legal de cumplimiento de la sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley jurisdiccional, dada la protección que confiere al adquirente de buena fe ante la anulación de licencias y permisos administrativos que no constaba en el Registro de la propiedad. Aduce asimismo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el artículo 1 del Protocolo adicional primero del Convenio Europeo de Derechos humanos. Y subraya que los intereses de los propietarios han quedado al margen del debate judicial.

“Además alega vulneración del principio de proporcionalidad dada la afectación de terceras personas sin ninguna ponderación de la afectación de sus derechos y, por otra parte, que el plazo de 10 días concedido en el auto apelado para cerrar los aparcamientos, es insuficiente para poner en marcha un sistema alternativo que garantice el correcto estacionamiento de los vehículos que utilizaban las plazas de aparcamiento que quedarán inutilizadas, obligando a reestructurar la red viaria de la zona.

“TERCERO.- La actora, aquí apelada, sostiene que la actuación procesal del Ayuntamiento va dirigida a retardar el cumplimiento de la sentencia ‘mientras que de forma paralela tramita el Plan de ordenación urbanística municipal ... el que se contempla una regulación de la finca a la que se contrae la presente litis que sólo persigue eludir el cumplimiento de dicha sentencia’. Por ello afirma que el Ayuntamiento actúa con mala fe procesal y abuso de derecho, incurriendo en fraude procesal ‘para así ganar el máximo tiempo posible y eludir su cumplimiento cuando se apruebe definitivamente el POUM’.

“Además la actora, aquí apelada, sostiene que el recurso de apelación del Ayuntamiento carece de fundamento jurídico: no tienen este carácter los daños y perjuicios a los vecinos alegados por la Comunidad de propietarios, y el colapso viario y de aparcamientos que se seguiría de la clausura de los aparcamientos de autos.

“La actora, aquí apelada, pone de manifiesto que el Ayuntamiento no ha acreditado la concurrencia de causa alguna de imposibilidad material del cumplimiento de la sentencia. Así, alega que no existe ninguna clase de vinculación jurídica entre los aparcamientos a clausurar y los apartamentos Edén Mar, por cuanto se ubican en fincas diferentes y separadas por una calle; y que tampoco se acredita el alegado colapso viario.

“Por otra parte las alegadas causas de imposibilidad legal de cumplimiento de la sentencia, carecen de virtualidad para imposibilitar dicho cumplimiento: así el derecho a la salud, a la protección de la tercera edad, al disfrute de la vivienda. Lo mismo debe decirse del alegado artículo 34 de la Ley hipotecaria y de la protección hipotecaria de terceros de buena fe.

“De todo lo que se deriva la desestimación del recurso de apelación”.

#### 4.6. El tiempo: 2 meses o no

Pasando al elemento temporal de ejercicio de la pretensión de imposible ejecución, interesa indicar la ponderación que se va siguiendo para superar la rigidez literal del plazo de dos meses establecido legalmente, que sigue desconociendo que la causa de imposibilidad radical de ejecución de sentencia firme puede perfectamente acaecer con posterioridad al plazo legal ofrecido.

A tales efectos pueden citarse los siguientes pronunciamientos<sup>10</sup>:

Sentencias núms. 464, de 11 de junio de 2013, 479, de 18 de junio de 2013, y 505, de 25 de junio de 2013, todas de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“5.1.- En el presente caso no cabe estimar extemporánea su promoción cuando la dicción e interpretación literal del artículo 105.2 de nuestra Ley Jurisdiccional tropieza con la rotunda evidencia que con posterioridad al plazo literal que se establece legalmente puede perfectamente concurrir un supuesto posterior que pueda determinar la inejecución de una sentencia firme bien por causas materiales o por causas jurídicas, y si ello es así y realmente concurre esa

imposibilidad resulta obvio que tratar de cerrarse a esa evidencia carece de sentido y debería estarse a transmutar la ejecución *in natura* en ejecución sustitutoria en la forma procedente.

“Con ello no se quiere decir otra cosa que procede alinearse como este tribunal va estableciendo y desde tan prolongado tiempo con la doctrina del Tribunal Supremo Sala 3ª y por todas con la de la Sección 5ª de 29 de abril de 2009 en cuanto establece y reitera:

“Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando, sin embargo, con flexibilidad el mencionado plazo, señalando la STS de 30 de enero de 1996 que: *... sin que en cualquier caso pudieran anudarse a un leve retraso en el cumplimiento de aquellos plazos, debido en gran parte a los escritos de las partes y a los traslados dados por la Sala de instancia consecuencias prescriptivas de la entrada en el fondo del asunto que además son las interesadas, lógicamente por ambas partes litigantes. Por otra parte este plazo no puede considerarse de caducidad y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no lo contempla.*

“En la STS de 6 de junio de 2003 se expuso que *Se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia al admitir a trámite un incidente planteado en*

10. Otras sentencias sobre la misma materia:

Sentencia núm. 794, de 19 de octubre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“PRIMERO. En lo referido al plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 105.2 de la ley jurisdiccional la jurisprudencia lo viene interpretando con flexibilidad, atendido que dicho plazo no es de caducidad, visto que la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento, pues, si bien inicialmente la doctrina del Tribunal Supremo acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en una ulterior etapa jurisprudencial viene considerando que la concurrencia de inejecutabilidad de una sentencia por causa de su imposibilidad material o legal a que dicho precepto se refiere ha de ser apreciada ineludiblemente por los tribunales dentro de un proceso incidental, para el que ciertamente se establece un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal ‘entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia’ (ATS 28-3-90); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y ‘si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable’ (ATS 6-4-92); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la ley (STS 29-10-92), y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22-2-94).

“Tesis continuada, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005, conforme a la cual el incumplimiento de aquel plazo de dos meses no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando ésta realmente concurre, pues sus efectos son otros. Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y

*forma extemporánea, transcurrido el plazo de dos meses previsto en los artículos 105 y 107 de la Ley Jurisdiccional. Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente*

*por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento,*

que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más recientes sentencias de esa Sala de 26 de enero de 2005, 24 de enero de 2007 y 29 de abril de 2009”.

Sentencia núm. 495, de 10 de junio de 2011, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“TERCERO.- Sobre la extemporaneidad de la solicitud de inejecución de sentencia el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de mayo de 2007, con cita de otras anteriores, indica:

“A) En primer término expone la parte recurrida que ha existido, por parte del Ayuntamiento ahora recurrente una extemporánea solicitud de inejecución de la sentencia, ya que, de conformidad con el artículo 104.2 de la LJCA, dispone de un plazo de dos meses para llevarla a puro y debido efecto.

“Efectivamente, como bien se expresa, el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses, a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal (aunque pudiera ser un plazo especial fijado en sentencia al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1.c), e, incluso, un plazo inferior a que hace referencia el núm. 3 del mismo artículo 104 LJCA).

“Sin embargo esta Sala (en relación con el anterior artículo 107 de la LJCA/56) ha interpretado con flexibilidad el mencionado plazo considerando que no es un plazo de caducidad, señalando por todas la STS de 6 de junio de 2003 que:

“Se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia al admitir a trámite un incidente planteado en forma extemporánea, transcurrido el plazo de dos meses previsto en los artículos 105 y 107 de la Ley Jurisdiccional. Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sus autos de 6 de abril de 1992, 15 de marzo de 1993 y 30 de enero de 1996, así como en la sentencia de 12 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que: debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina de este Tribunal acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en sintonía con la tesis de los recurrentes, en una ulterior etapa jurisprudencial, es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero, es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inejecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto, teniendo, además en cuenta la incidencia que en la propia previsión legal han tenido los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, en los términos en que tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en Auto de 18 noviembre 1986. Por el contrario, en el referido artículo 107 LJCA se contempla un supuesto de inejecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos de este Tribunal han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal, entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia (ATS 28 marzo 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable (ATS 6 de abril de 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS de 29 de octubre de 1992) y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22 febrero de 1994).

“En cualquier caso, la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo, aunque éste se haya declarado incompetente para conocer de la inejecución, interrumpió el cómputo.

“Añadiendo la STS de 26 de enero de 2005, ya en relación con el precepto que ahora se entiende infringido, que:

“Tampoco ha habido un incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese artículo 105.2. En todo caso, basta recordar ahora que el incumplimiento de aquel plazo no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando ésta realmente concurre. Sus efectos son otros’.

“En el caso de autos el presupuesto para plantear el incidente de inejecución vendría determinado no solo por la aprobación definitiva el 7 de septiembre de 2006 del Plan de Ordenación Urbanística Municipal de Cunit, sino también por el otorgamiento el 1 de junio de 2009 de la licencia de obras solicitada para legalizar las efectuadas con la licencia anulada por la sentencia que se ejecuta.

“Cuando se insta la inejecución de sentencia había transcurrido el plazo de dos meses desde el dictado de la resolución que otorga la nueva licencia de obras, pero siguiendo el criterio expresado por el Tribunal Supremo, ello no era obstáculo en el planteamiento y resolución del incidente de inejecución de sentencia”.

como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sus autos de 6 de abril de 1992, 15 de marzo de 1993 y 30 de enero de 1996, así como en la sentencia de 12 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que: debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina de este Tribunal acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en sintonía con la tesis de los recurrentes, en una ulterior etapa jurisprudencial, es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero, es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inejecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto, teniendo, además en cuenta la incidencia que en la propia previsión legal han tenido los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, en los términos en que tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en Auto de 18 noviembre 1986. Por el contrario, en el referido artículo 107 LRJCA se contempla un supuesto de inejecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos de este Tribunal han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia (ATS 28 marzo 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LRJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable (ATS 6 abril 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS 29 octubre

1992) y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LRJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22 febrero 1994).

"En cualquier caso, la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo, aunque éste se haya declarado incompetente para conocer de la inejecución, interrumpe el cómputo.

"Tesis continuada, por ejemplo en la STS de 26 de enero de 2005, conforme a la cual Tampoco ha habido un incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese artículo 105.2... En todo caso, basta recordar ahora que el incumplimiento de aquel plazo no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando ésta realmente concurre. Sus efectos son otros.

"Recientemente de la cuestión se ha ocupado la ya citada STS de 9 de abril de 2008 (habiendo continuado esta línea las posteriores de 30 de octubre y 17 de noviembre de 2008): Con tal plazo preclusivo se pretende evitar la inseguridad en cuanto a la ejecución de las sentencias y evitar la promulgación de disposiciones o la adopción de actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias con la finalidad precisamente de eludir su cumplimiento, los que el artículo 103.4 de la misma Ley sanciona con la nulidad radical.

"Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de ca-

sación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en ésta que los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia, mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial ---fijado en la sentencia--- al que el mismo precepto se remite'."

#### 4.7. La prescripción o la caducidad

Abundando en el factor temporal que se ha expuesto, y si se dirige la atención al plazo máximo de eficacia de la sentencia firme como tal, simplemente procede destacar que en el ámbito contencioso-administrativo, y singularmente en materia de urbanismo, no resulta aplicable el plazo de caducidad (sic) establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 518, del siguiente tenor:

"Artículo 518. Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.

"La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución".

Y ello es así en razón a la cuidada doctrina del Tribunal Supremo, en especial de sus sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2009, 17 de diciembre de 2010, y 29 de diciembre de 2010, esta última, de la que procede reproducir los siguientes particulares:

"QUINTO.- Pues bien, como decimos, el primer motivo no puede prosperar, tomando en consideración los anteriores precedentes, con base en las siguientes consideraciones:

"a) El argumento principal que utiliza la Sala de instancia, en principio, resulta válido para fundamentar la

decisión que revisamos, pero no es suficiente; de conformidad con la expuesto en el segundo de los Autos que se revisan en el presente recurso, sería la presencia siempre de un interés público ---junto a un eventual interés privado--- en el recurso contencioso-administrativo, frente a 'un proceso como el civil en el únicamente se plantea una contienda entre intereses privados'. Como hemos expuesto al reproducir la fundamentación del expresado Auto, al ejecutarse una sentencia condenatoria de la Administración y dictada por este orden jurisdiccional se parte de la premisa de una actuación administrativa disconforme a derecho, siendo el interés público el que exige que se rectifique ---y no se mantenga--- la actuación disconforme al Ordenamiento jurídico ya que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales y de conformidad con los principios que se mencionan en el artículo 103 de la Constitución Española, añadiendo el Auto que revisamos que 'repugnaría a tales principios el que la inactividad de la Administración en cumplir una sentencia durante cinco años quedase premiada con el mantenimiento de la eficacia de un acto declarado ilegal por sentencia firme'.

"La argumentación, como decimos, resulta correcta, y la idea de la consecución de los intereses generales preside, sin duda, toda la actuación administrativa, que es el objeto de las pretensiones que se deducen en este orden jurisdiccional; mas, siendo ello cierto, también lo es que en algunos procedimientos civiles (reivindicaciones frente al dominio público, cuestiones relativas a la situación personal, etc.) subyacen unos importantes intereses generales que, sin embargo, estarían sujetos al plazo de caducidad de los cinco años previsto en el artículo 518 de la LEC.

"b) Mas contundente resulta la observación de que nos encontramos en presencia de dos procedimientos ---el contencioso-administrativo y el civil--- que cuentan con estructuras diferentes y están ---en principio--- presididos por principios distintos. A pesar de que la propia Exposición de Motivos (penúltimo párrafo del apartado I) señala que reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es continuista en relación con la anterior Ley de 1956 ('... porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tie-

ne...'), lo cierto y verdad es que el principio dispositivo, propio e intrínseco en la jurisdicción civil, al menos se modula ---de forma significativa--- en este orden jurisdiccional.

"Efectivamente ello es lo que acontece en el inicio de la ejecución de la sentencia firme, pues frente a la necesidad de solicitud de parte ---mediante nueva demanda--- en el procedimiento civil, en el recurso contencioso-administrativo es el Tribunal de oficio el que está obligado iniciar el Incidente de ejecución de sentencia.

"La Ley, en su actual artículo 104, no exige, como hacia el texto de 1956, la necesidad de remitir a la Administración 'un testimonio en forma de la sentencia', limitándose a exigir la comunicación de la sentencia 'en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso'; (testimonio que, sin embargo, sí se exige en la Disposición Adicional Tercera de la Ley en relación con el nuevo Registro de sentencias el Consejo General del Poder Judicial). En la redacción dada al artículo 104.1 de la LRJCA por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la competencia para llevar a cabo tal comunicación corresponde al Secretario Judicial, señalándose al respecto que 'Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél'.

"No es, pues, el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración el que determina el inicio del cómputo del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración demandada, ya que tal momento será el de la comunicación ---realizada de oficio--- de la misma sentencia al órgano 'que hubiere realizado la actividad objeto del recurso', comunicación que habrá de llevarse a cabo, por parte del Secretario del órgano judicial competente para la ejecución, en el plazo de diez días a computar desde el momento de la recepción de los autos en el órgano judicial que dictó la resolución judicial inicial, en los supuestos en los que la firmeza venga determinada por la finalización de la tramitación de los recursos deducidos contra la inicial

sentencia. El mismo precepto, por ello, exige a la Administración receptora de la comunicación que, 'en idéntico plazo ---de diez días--- desde la recepción', proceda a remitir el correspondiente acuse recibo de la comunicación remitida del órgano judicial con potestad para la ejecución de la sentencia. Queda, pues, un evidente margen en poder de la Administración para, mediante la expresada exigencia del acuse de recibo de la comunicación judicial, concretar la fecha de inicio de cómputo del plazo para la ejecución voluntaria.

"Como vemos, en toda dicha actuación no existe intervención de la parte recurrente, por cuanto se trata de una actuación de oficio del Tribunal que debería determinar ---igualmente sin intervención de parte--- la inmediata ejecución de la sentencia. Estructura, pues, y principios distintos del procedimiento civil, cuyo plazo de caducidad de cinco años para la ejecución de las sentencias se pretende aplicar ---de forma improcedente--- a la ejecución de las dictadas en el recurso contencioso-administrativo.

"c) A lo anterior podemos añadir otros datos que igualmente conducen a poner de manifiesto las diferencias procedimentales que hacen inviable la aplicación supletoria del artículo 518 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) a la ejecución de las sentencias dictadas por este orden jurisdiccional.

"En tal sentido debemos partir de la potencialidad del vigente artículo 103.1 de la LRJCA ---que transforma la potestad de ejecutar las sentencias en potestad jurisdiccional--- y, sobre todo, del sentido de la comunicación (artículo 104.1) que ---de oficio--- y luego que sea firme la sentencia, el Tribunal (a través del Secretario del mismo) remite al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que lleve la sentencia 'a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo'. Obvio es, pues, que tal comunicación, y el mandato jurisdiccional que contiene, lleva implícita la potestad del Tribunal de comprobar ---sin necesidad de ser excitado a ello por parte o afectado alguno--- el efectivo cumplimiento de la sentencia. Sería un contrasentido ampliar la legitimación para la ejecución de las sentencias, como a continuación veremos, a personas afectadas por la misma, que no han sido parte en el litigio, e impedir, al mismo tiempo, que el Tribunal que ha resuelto el litigio no lo pueda realizar de oficio en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Repárese, por otra parte, en los términos tan contundentes en los que se expresa el artículo 108 de la misma LRJCA; pre-

cepto que limita la necesidad de la 'instancia de los interesados' al concreto supuesto que se contempla en el apartado 2 del precepto, esto es, cuando 'la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo', lo cual resulta lógico por cuanto en este concreto supuesto ---como en el paralelo contemplado en el artículo 103.4 y 5 ---, en realidad, se está ejercitando una nueva ---si se quiere, complementaria o derivada--- acción anulatoria jurisdiccional y, no solo, instando la ejecución de una sentencia. Y, por último, repárese, igualmente, como en el artículo 112, en el que se regulan algunas de las 'medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado' tampoco el legislador exige la solicitud de las mismas por los interesados o afectados por la sentencia, sino, simplemente, 'la audiencia previa de las partes'.

"Pero mas significativa aun resulta la ampliación, en el ámbito de la legitimación para solicitar la ejecución de las sentencias, introducida por la LRJCA. Con independencia de todo lo anterior, el inicio de estos trámites tendentes a ejecutar forzosamente una sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en el nuevo artículo 104.2 del texto legal, requiere una actuación bien por 'cualquiera de las partes' procesales (esto es, que hubieran tenido tal consideración dentro del procedimiento contencioso en el cual haya sido dictado la sentencia), o bien, en segundo lugar, por parte de cualesquiera otras 'personas afectadas'; actuación consistente en instar formalmente el inicio de la ejecución forzosa. De esta forma, como decimos, el legislador amplía considerablemente la legitimación para llevar a cabo la solicitud de ejecución forzosa de las sentencias, por cuanto no limita la misma a quienes exclusivamente hubieran sido partes en el procedimiento, sino que, como bien se expresa, se amplía a las personas afectadas por la sentencia dictada. Legitimación, obviamente, inviable en el procedimiento civil.

"d) Y, a todo lo anterior, hemos de añadir las concretas especialidades que la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional pueden implicar, como son las relativas a la determinación de la existencia de causa de imposibilidad de ejecutar las sentencia, debiendo recordarse la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que '...tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la conde-

na es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización. Ahora bien, tal sustitución ha de realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica...".

En consecuencia, a los efectos de la debida ejecución de sentencia y en su caso de la promoción de sus incidentes, procede estar a la aplicación del plazo de prescripción (sic) de 15 años para el ejercicio de acciones personales previsto en el último inciso del artículo 1964 del Código Civil, desde luego susceptible de interrupción por las actuaciones procesales a que se vaya dando lugar.

#### **4.8. Efectos del incidente y de su resolución: la suspensión en la ejecución, las costas y la vía penal**

A resultas de la promoción de los incidentes de ejecución de sentencia firme, especialmente para el incidente de imposible ejecución que nos ocupa, y en su tramitación, no puede desconocerse la incidencia que ello va a determinar en las concretas actuaciones de ejecución de sentencia que se estén desplegando o de las que pudieran pretenderse.

Resulta claro que la situación jurídica derivada de una sentencia firme no puede ser la propia y connatural de una pretensión cautelar de los artículos 129 y siguientes, ni la resultante de una pretensión de ejecución provisional de sentencia no firme de los artículos 84 o/y 91 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tampoco de una situación equiparable a la de los artículos 110 y 111 de la misma Ley procesal.

En definitiva, si se han tomado ya medidas de ejecución de sentencia firme deberá estarse a las adoptadas, mientras no se peticionen, tramiten y decidan judicialmente las matizaciones que procedan.

Y si se pretenden *ex novo*, a las alturas subjetivas, objetivas y temporales del incidente de imposible ejecución, bien parece que deberá estarse prudencialmente a una posible aplicación, en su caso, por analogía, de las medidas cautelares o de ejecución provisional, ya que, caso de estimarse que no procede ejecución alguna durante la dilatada tramitación del

incidente de imposible ejecución –que como se ha expuesto puede tener suficiente complejidad y hallarse precisado de fase de prueba y vista o conclusiones-, todo ello puede suponer que se acepte improcedentemente una suspensión automática de la ejecución de sentencia firme por la sola iniciativa de una parte que plantee, promoviéndolo, ese incidente de inejecución por imposibilidad.

Como se ha expuesto, reflejo de esa tesis son las sentencias ya citadas –núms. 464, de 11 de junio de 2013, 479, de 18 de junio de 2013, y 505, de 25 de junio de 2013, todas de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña-, en cuanto establecen lo siguiente:

“3.2.- En todo caso no resulta ocioso, en el planteamiento expuesto, no olvidar temas procesales de interés como los siguientes:

“a’) Una adecuada y prudente identificación de los sujetos legitimados, de la presentación de las demandas incidentales de su razón y con mayor énfasis de la adecuada y pertinente puesta de manifiesto de las pretensiones que se presenten, para dejar en el lugar que corresponde el principio de seguridad jurídica y de defensa y, en especial, para no dar preferencia en la resolución a problemáticas que no la pueden tener en el orden que se ha expuesto precedentemente.

“b’) Una adecuada y prudente tramitación procesal de las pretensiones en liza que respete las garantías procesales –especialmente de contradicción y prueba-bien en incidentes separados en tramitación paralela pero con resolución escalonada en la forma indicada o, si es posible, en tramitación conjunta –no exenta de dificultades cuando las partes actoras y demandadas en los correspondientes incidentes varían-.

“c’) Y una final resolución conjunta pero respetando el orden lógico y jurídico expuesto o una resolución de cada incidente de forma separada pero respetando igualmente el orden lógico y jurídico expuesto.

“Final resolución que no debe olvidar muy especialmente las reglas de carga de la prueba que, en abreviada síntesis y siguiendo criterios generales reiteradamente sostenidos, cabe relacionar en cuanto a que en el incidente de nulidad, la carga de la prueba descansa en la parte ejecutante y que pretende la nulidad, a que en el incidente de imposible ejecución la carga de la prueba descansa en quien pretende esa imposibilidad y en el incidente de ejecución si alguna parte aboga por su agotamiento es precisamente a esa parte -y no a la parte promotora del incidente de ejecución- a quien compete dar cumplida y evidente prueba de que la ejecutoria se ha llevado a su total e íntegro cumplimiento y agotamiento.

“d’) Y una adecuada y prudente actuación, si es que se insta, de medidas cautelares, en su caso de ejecución, que evite posicionamientos en la complejidad creada o buscada en perjuicio de la ejecutoria de que se trate”.

Una vez resuelto el incidente de imposible ejecución por imposibilidad sin ulterior recurso, resulta manifiesto que, si se desestima, la ejecución debe continuar, y, por el contrario, caso de estimarse total o parcialmente, deberá estarse a lo que judicialmente se resuelva.

No resulta ocioso añadir que, ante la promoción desconsiderada de incidentes de imposible ejecución tratando de poner en cuestión improcedentemente la debida ejecución de sentencias, se va a merecer una atención especial en materia de costas, inclusive a las alturas de considerar que deben depurarse posibles responsabilidades penales<sup>11</sup>.

11. Baste la cita de los siguientes supuestos:

Sentencia núm. 871, de 16 de noviembre de 2010, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“7.- La desestimación del incidente de imposibilidad jurídica en la forma en que lo ha sido obliga a estimar temeridad en su promoción habida cuenta su forzamiento y tan acentuada falta de justificación material y procesal lo que obliga a estimar el recurso de apelación igualmente en este punto”.

Sentencia núm. 940, de 13 de diciembre de 2011, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“Sí procede condenar por partes iguales a la Generalitat de Catalunya y al Ayuntamiento de Sant Pere de Torelló al pago de las costas causadas en la primera instancia a la actora, en el Incidente de inejecución de sentencia del que dimana el presente recurso de apelación, por apreciar temeridad en la actuación procesal de dichas Administraciones al defender la validez de las determinaciones del *Pla d’Ordenació Urbanística Municipal* relativas a la asignación de la calificación clave E2 a los terrenos de nº 31-39 de la Av. Atlántida, y apreciar temeridad en la actuación procesal del Ayuntamiento al defender la validez de la licencia de obras concedida al amparo de dichas determinaciones urbanísticas, siendo que mediante dichas determinaciones urbanísticas y licencia de obras se elude el cumplimiento de la Sentencia de 4.12.2003 con infracción del artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

#### 4.9. La reiteración de incidentes de imposible ejecución

La práctica va demostrando que la simple promoción de un único incidente de imposible ejecución por imposibilidad, que se desestima judicialmente, no conduce siempre y en todo caso a la debida ejecución *in natura*.

Deberá dejarse anotado, por tanto, que no es la única posibilidad que puede concurrir, y que no es epistémico que ante las iniciativas que se hayan seguido en su momento para la inexecución de sentencia, tratando de alcanzar un supuesto de imposibilidad, se sigan otras posteriores, bien paralelas temporalmente a la promoción del incidente de esa naturaleza que finalmente se desestima, bien posteriores, y que van a dar lugar a nuevo/s incidente/s de inexecución por imposibilidad.

Baste la cita, en la parte suficiente, de la muestra que resulta –para tres sucesivas modificaciones del planeamiento urbanístico y los correspondientes proyectos de obras- del siguiente pronunciamiento:

Sentencia núm. 505, de 25 de junio de 2013, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“**TERCERO.**- Examinando detenidamente las alegaciones contradictorias formuladas por las partes contendientes en el presente recurso de apelación, a la luz de la prueba con que se cuenta, en sintonía con lo ya resuelto en nuestras Sentencias nº 464, de 11 de junio de 2013, y nº 479, de 18 de junio de 2013, en

aplicación del criterio de unidad de doctrina trasunto del principio de seguridad jurídica, y **para con los pronunciamientos jurisdiccionales precedentes en liza para el supuesto de autos** y como es, o debe ser conocido por las partes contendientes en este recurso de apelación, este tribunal ya ha tenido ocasión en reiteradas ocasiones de irse pronunciando sobre la problemática de planeamiento urbanístico y de proyecto de obras en la ubicación de autos. Tratando de no complicar excesivamente los razonamientos a efectuar, esencialmente, procede destacar lo siguiente:

“1.- **En UNA PRIMERA FASE TEMPORAL se da lugar, de un lado, a una Modificación del Plan General Metropolitano aprobado definitivamente a 5 de junio de 2001**, por virtud del que, en esencia, se modificó el ‘*Pla general metropolità per a la definició dels nous equipaments residencials, habitatges per a joves, de Barcelona*’ y, **de otro lado, a un Plan Especial aprobado definitivamente a 15 de febrero de 2002**, por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el ‘*Pla especial d’ordenació de la dotació d’habitatges per a joves i equipament docent-esportiu situat als carrers de Londres, núm. 62-64 i de Villarroel núm. 239-243*’, en lo que ahora interesa, a los que era aplicable el régimen del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia de Urbanismo.

“[...]

“4.- A resultas de todo ello procede dirigir la atención a la **SEGUNDA FASE TEMPORAL DEL CASO** ca-

Sentencia núm. 335, de 8 de mayo de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“QUINTO.- En cuanto al pronunciamiento del Fallo apelado de que ‘Firme esta resolución dedúzcase testimonio de particulares de la misma así como de los autos seguidos y del expediente administrativo y remítase al Juzgado de Instrucción competente por si los hechos objeto de las mismas fueran constitutivas de infracción penal’, es patente que tiene cobertura en el artículo 112.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con las resoluciones dictadas en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23.6.1998, a saber, el auto de 18.10.2000 de la Sección 2ª de esta Sala que ordenó de la demolición de lo construido en virtud de la licencia de obras anulada (confirmado por sentencia del Tribunal Supremo de 23.9.2003), las sentencias de dicha Sección 2ª de 27.3.2003 y de 26.5.2004, y la del Tribunal Supremo de 28.3.2006, y la de esta Sala y Sección nº 104 de 2.2.2007, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 6.4.2011, en las que se aprecia la concurrencia del supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, todo lo que constituye fundamento suficiente para el pronunciamiento del Fallo apelado relativo a deducir testimonio de particulares, tal como se razona y motiva en la misma Sentencia apelada”.

Sentencia núm. 932, de 18 de diciembre de 2012, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

“CUARTO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 y atendida la estimación parcial acaecida no procede condenar en costas a ninguna de las partes no obstante no sin hacer notar que este tribunal va anotando la abigarrada y proliferada insistencia de la parte apelante –parte actora en primera instancia- en seguir manteniendo una conducta que en supuestos venideros si es el caso puede merecer una consideración mayor a efectos de responsabilidad penal a cuyo efecto se deduciría de oficio el correspondiente testimonio de particulares para que se depurase las responsabilidades a que hubiere lugar ante la conducta tan continuada que se despliega sin cesar”.

racterizada por una **nueva figura de planeamiento general de cobertura que fue aprobada definitivamente por el Acuerdo de 1 de junio de 2006** de la *Subcomissió d'Urbanisme del municipi de Barcelona del Departament de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya* por virtud del que, en esencia, se acordó *'Aprovar definitivament la modificació puntual del Pla general metropolità per a la creació del sistema d'habitatge dotacional i concreció dels sòls als quals s'assigna aquesta qualificació, de Barcelona'*.

"[...]

"5.- Efectivamente **en esa segunda fase temporal también se impugnó el Proyecto de obras al que esas figuras de planeamiento urbanístico daban cobertura 'aprobado definitivamente por el Acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 29 de noviembre de 2006, Projecte d'obres per a la construcció d'habitatges dotacionals per a joves, a l'illa Londres-Villarroel'**.

"[...]

"6.- Finalmente a las presentes alturas y por el momento procede dirigir la atención a la que puede ser presentada como **TERCERA FASE TEMPORAL que presenta el caso** con los siguientes elementos:

"6.1.- De un lado, **la tercera Modificación del Plan General Metropolitano aprobada definitivamente a 9 de octubre de 2010.**

"[...]

"6.2.- Y, de otro lado, **el tercer proyecto de obras aprobado definitivamente el 15 de abril de 2011** y para el que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 16 de Barcelona el recurso contencioso-administrativo nº 11/2012 y que se halla en trámite".

A no dudar la atención judicial que van a merecer esos supuestos va a ser acentuada, especialmente en su motivación administrativa, también en los efectos de su promoción, y, como no puede ser de otra manera, en materia de costas o/y de otras responsabilidades, si hubiere lugar a ello.

#### 4.10. Los recursos de apelación y casación

Finalmente, no debe caber duda de que la resolución del incidente de imposible ejecución por imposibilidad no determina siempre una resolución judicial firme, sino que contra la misma, en su caso a salvo de lo

establecido para el recurso de reposición, cabe la interposición de recurso de apelación o de casación ordinaria, en atención a lo establecido en los artículos 80.1.b) y 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del siguiente tenor:

"Artículo 80. [Recurso de apelación]

"1. Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:

"[...]

"b) Los recaídos en ejecución de sentencia".

"Artículo 87. [Supuestos especiales contra autos]

"1. También son susceptibles de recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior, los autos siguientes:

"[...]

"c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta".

En definitiva, para alcanzar un pronunciamiento firme en esos casos, las garantías procesales referidas, a no dudar, despliegan un espacio temporal acentuado, digno de resaltar, y solo paliadas en la medida en que se hayan establecido medidas judiciales en el ínterin de su final resultancia.

#### 5. Perspectiva procesal del incidente de determinación de daños y perjuicios

Finalmente, aunque no sea directamente el objeto del presente trabajo, procede destacar que el incidente de imposible ejecución por imposibilidad puede venir adornado, de contrario a su promoción, por:

- La oposición lisa y llana al incidente de imposible ejecución por imposibilidad debidamente argumentada, sin mayores añadidos, ya que en caso de prosperar la imposibilidad ya se promovería el incidente de determinación de daños y perjuicios por razón de la falta de la ejecución *in natura*.

- Por esa oposición, pero con el añadido, como pretensión subsidiaria caso de que prospere la imposibilidad de la promoción, del incidente de determinación de daños y perjuicios por razón de la falta de la ejecución *in natura*.

- O, incluso, por el supuesto de que, aceptándose la inejecución por imposibilidad, se pretenda, sin mayor dilación, la determinación de daños y perjuicios por razón de la falta de la ejecución *in natura*.

En todos esos supuestos, sin perjuicio de lo que haya lugar a resolver en primer lugar en sede del incidente de imposible ejecución, y en el caso de que se estimase el mismo, si es que se actúa la pretensión de determinación de daños y perjuicios, deberá resaltarse que nos hallamos innegablemente en la vía autorizada por el último inciso del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### 5.1. Legitimación

Para atender a los legitimados –activa y pasivamente– en el incidente de determinación de los daños y perjuicios por la no ejecución *in natura*, deberá resaltarse que en línea con la posible intervención en ejecución de sentencia de sujetos afectados por el fallo –artículo 109.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa– podrá promover el mismo la parte actora-ejecutante y, como con reiteración se plantea en la práctica, todo sujeto que pueda resultar afectado-perjudicado, desde luego, en cuanto se hayan podido causar daños y perjuicios por la no ejecución *in natura* de la sentencia firme.

Desde el punto de vista pasivo, la problemática que no cabe silenciar radica en que, además de la dirección de las alegaciones de la parte legitimada activamente hacia la Administración o Administraciones legitimadas pasivamente, con habitualidad se une la problemática de la dirección de alegaciones encontradas entre las Administraciones legitimadas pasivamente, que, si bien niegan la procedencia de la pretensión ejercitada por el/los legitimado/s activamente, a su vez y las más de las veces a modo de defensa se hace valer que la Administración responsable en todo caso debería ser considerada la otra Administración.

Así, muy especialmente, cuando la causa de imposibilidad de la ejecución de sentencia firme radica en una figura de planeamiento con ejercicio de competencias autonómicas y locales, o en la titulación administrativa habilitante en que igualmente concurre el ejercicio de competencias autonómicas y locales. Y tanto por una como por otra Administración se defiende que en su caso sea la otra la responsable.

### 5.2. La prueba de los daños y perjuicios, las vías de hecho y el daño moral, la función del tiempo sin ejecutar y las costas

Debiéndose dar por sabida la problemática y doctrina general en materia de la prueba y, en definitiva, de la manifiesta dificultad de atender ponderadamente a la determinación de los daños materiales y morales propios para la determinación que proceda, las presentes notas deben hacerse eco, como mínimo, de los siguientes supuestos:

- En materia de daños materiales.- No deja de resultar común que, ante supuestos disconformes a derecho en su momento, que, con la resultancia de la sentencia firme, podrían considerarse en la órbita de supuestos a parificar en su tratamiento con la vía de hecho, una vez llegada la resolución judicial de imposible ejecución, por su cobertura jurídica alcanzada tiempo después, se pretenda como determinación de los daños y perjuicios una apreciación en sintonía con la doctrina jurisprudencial, que establece una valoración que, partiendo del instituto expropiatorio, se incrementa en un 25 %.

- En materia de daños morales.- Es prácticamente la regla su planteamiento en la generalidad de los casos, y sobre todo en atención a la desaparición de toda expectativa de ejecución *in natura*, con lo que ello representa.

La dificultad de su determinación viene acompañada, a no dudarlo, con toda una serie de consideraciones casuísticas que no cabe devaluar en su trascendencia. No obstante, interesa resaltar muy especialmente la verdadera dimensión subjetiva del caso, así como la naturaleza y dimensión objetiva de los hechos concurrentes, y también el despliegue temporal normalmente de años y años, y con más y más iniciativas que finalmente se han ido sentando, con la trascendencia que pueden tener para alcanzar la debida compensación económica por la no ejecución *in natura* de la sentencia firme que finalmente no procede, pero que no puede obstar ni atenuar su real y verdadera procedencia.

Y todo ello con una atención especial en materia de costas del incidente de determinación de los daños y perjuicios.

### 5.3. Los recursos de apelación y casación

Finalmente, no debe caber duda de que la resolución del incidente de determinación de los daños y perjuicios

cios, más visible si se promueve y tramita posteriormente al incidente de imposibilidad, no determina siempre una resolución judicial firme, sino que contra la misma, en su caso a salvo de lo establecido para el recurso de reposición, cabe la interposición de recurso de apelación o de casación ordinaria, en atención a lo establecido en los artículos 80.1.b) y 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del siguiente tenor:

“Artículo 80. [Recurso de apelación]

“1. Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:

“[...]

“b) Los recaídos en ejecución de sentencia”.

“Artículo 87. [Supuestos especiales contra autos]

“1. También son susceptibles de recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior, los autos siguientes:

“[...]

“c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta”.

En definitiva, para alcanzar un pronunciamiento firme en esos casos, las garantías procesales referidas despliegan un nuevo espacio temporal acentuado, digno de resaltar, a no dudarlo, seguido finalmente por las arduas actuaciones administrativas, sin descartar las posibles de ejecución judicial para lograr el abono de las correspondientes cantidades, en su caso con intereses, siguiendo el régimen jurídico establecido, y sin olvidar el precario marco de la situación económica subyacente. ■

35<sub>QDL</sub>

**Jurisprudencia**





---

# Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, de 30 de mayo de 2014, dictada en recurso de casación en interés de la ley núm. 2362/2013, interpuesto por el abogado del Estado, siguiendo instrucciones de la Abogacía General del Estado y de la Dirección General del Catastro, contra la Sentencia dictada el día 26 de marzo de 2013 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en recurso contencioso-administrativo sobre calificación catastral del suelo urbanizable sectorizado sin instrumento urbanístico de desarrollo, a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles

Jesús María Calderón González

*Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo.*

*Presidente de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.*

*Magistrado del Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo*

## 1. Consideraciones iniciales

**1.1.** El marco competencial amparado por la Constitución de 1978 establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias, con carácter de exclusividad, en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, limitándose la intervención del Estado en este ámbito a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones Públicas o el procedimiento administrativo común.

Esta exclusividad no impide que el Estado pueda, en virtud de sus competencias en otras materias, dictar normas o realizar actuaciones que tienen incidencia sobre el territorio, si bien está también limitada por las competencias urbanísticas municipales, asumidas por el principio de autonomía local. Son los ayuntamientos, mediante los distintos instrumentos urbanísticos (planeamiento general y de desarrollo, su gestión y ejecución) y en el marco de la legislación autonómica correspondiente, los principales responsables de las políticas de ordenación de la ciudad, ya que establecen el

dónde, cuándo y cómo deben desarrollarse, y prevén las transformaciones urbanas.

En el ámbito del urbanismo, el suelo urbanizable es un concepto complejo. Se trata, normalmente, de suelo que podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos por la legislación urbanística y el planeamiento aplicable, que establece su aptitud potencial para la urbanización.

El crecimiento urbano, que sigue siendo necesario, debe producirse dentro de los parámetros de sostenibilidad, por la que apuestan las iniciativas sobre esta materia y que recoge explícitamente el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, al igual que lo hacía la norma sustitutiva y derogada por aquella, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.

También en esta línea, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, apuesta por potenciar las intervenciones en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada, destacando la importancia de la regeneración urbana integrada y su potencial estratégico hacia un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo en Europa.

**1.2.** Las previsiones de crecimiento urbano plasmadas en los distintos ordenamientos urbanísticos no se

han cumplido, debido, entre otros factores, a la actual coyuntura económica. La situación actual del sector inmobiliario ha tenido especial incidencia en el desarrollo del suelo urbanizable, y ha supuesto la paralización de la consolidación de las expectativas de crecimiento generadas por los distintos planes de ordenación urbana municipal, fraguados en otras circunstancias económicas bien distintas a las actuales.

Esta situación y otros elementos, como los criterios recogidos en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, y su Reglamento de Valoración aprobado por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, han contribuido, en el ámbito tributario y concretamente en el catastral, a la generación de conflictos jurídicos con relación no solo a su valor catastral, sino también, en estrecha relación con este, a su consideración como suelo de naturaleza urbana a efectos catastrales. Los plazos para su transformación se dilatan y el proceso de urbanización, con carácter general, es muy lento, en el ya de por sí complejo sistema de gestión existente en nuestro país. El panorama actual lo constituye, por tanto, la existencia de gran cantidad de suelo pendiente de desarrollo sin previsión de ser urbanizado a medio plazo.

Así, en los datos y estudios publicados por el Ministerio de Fomento, accesibles a través del Sistema de Información Urbana "SIU", se señala, por ejemplo, que en el área urbana de Madrid (52 municipios, agrupados de acuerdo con la metodología de trabajo del "SIU") la superficie de suelo clasificado como urbanizable delimitado es la mitad del suelo urbano consolidado. Respecto del grado de desarrollo, los datos sobre la edificabilidad materializada y pendiente, publicados por el mismo organismo en 2012, son también reveladores, pues en el caso del área urbana de Madrid quedaba por materializar el 85 % en el momento en que se realizó la toma de datos, contando los suelos urbanos no consolidados y los urbanizables delimitados. Estos datos son una muestra de una realidad generalizada en todo el territorio y que deriva de la existencia de una considerable superficie de suelo urbanizable pendiente de desarrollo, que dada la situación de la demanda en el ámbito inmobiliario se convierte en un excedente de suelo sin posibilidad de consolidarse, por lo que automáticamente se incumplen los plazos de transformación establecidos en los planeamientos.

**1.3.** En el tratamiento y valoración del suelo urbanizable, confluyen materias que son competencia de dis-

tintas Administraciones Públicas, lo que se traduce en la dificultad de establecer criterios de aplicación homogénea en todo el territorio o de la obtención de resultados coordinados en distintos ámbitos, como el tributario, urbanístico o hipotecario. En definitiva, para la determinación del valor catastral de los bienes inmuebles, son de aplicación las normas y criterios específicos y propios de dicho ámbito catastral. De la misma manera, para determinar su valor a efectos urbanísticos y expropiatorios, son de aplicación los criterios establecidos en el Texto Refundido y su Reglamento de Valoración. Si bien, y no cabe duda sobre esto, no parece suficiente que la finalidad para la que se realice la valoración pueda, por sí misma, justificar diferencias sustanciales en los criterios aplicados y resultados obtenidos.

Indicar al respecto que no resulta extraño que se haya planteado últimamente, por las empresas promotoras propietarias del suelo, la posibilidad de recurrir el impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana (en adelante IBI), por cuanto en la liquidación girada a su terreno se le considera como urbano -por estar clasificado en el planeamiento como urbanizable-, cuando lo cierto es que su aspecto físico es el mismo que cuando estaba clasificado como rústico. Y ha sido la alteración de las clases del suelo -a partir del año 2007 se eliminan las tres clases de suelo conocidas por todos: urbano, urbanizable y no urbanizable, pasando a dos únicas situaciones: urbanizado y rural, con la consecuente modificación del método para valorar el suelo en función de la situación física de cada terreno- la que ha impulsado a los propietarios de suelo urbanizable (así clasificado por el planeamiento), no ejecutado, a plantear la posibilidad de impugnar el referido impuesto. En efecto, si la nueva norma ha supuesto un cambio en la configuración del derecho de propiedad, al haber pasado de tres clases de suelo a las situaciones básicas del mismo, los efectos de ese cambio no deben circunscribirse exclusivamente al ámbito urbanístico, expropiatorio y supuestos de responsabilidad patrimonial, sino también a la definición catastral de urbano y rústico, por ser el elemento determinante del cálculo de la base imponible del IBI; y la conclusión a la que se llega es que este impuesto está mal liquidado.

Y también se afirmaba que si según la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley del Catastro, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, la finalidad del catastro inmobiliario no es otra que la determinación del valor del suelo de los

distintos municipios para servir de base para la liquidación de ciertos impuestos que gravan la propiedad, como es el caso del IBI, y siempre a partir del régimen jurídico del suelo dispuesto en la normativa urbanística estatal, es dicha norma y no la propia del catastro la que determina el régimen jurídico del derecho de propiedad y que se traduce en las clases o categorías básicas en que la ley estatal divide el suelo, suelo que en la normativa urbanística depende fundamentalmente de su urbanización física, y no del régimen jurídico o clasificación otorgada por los instrumentos de planeamiento.

**1.4.** En definitiva, el mercado inmobiliario en este suelo, el urbanizable, ya de por sí complejo, se ha visto especialmente afectado por la actual situación económica:

a) Los sectores de suelo clasificados como urbanizables por los distintos ordenamientos urbanísticos no se desarrollan en los plazos previstos.

b) Existe un excedente de suelo apto para la urbanización (urbano consolidado y urbanizable sectorizado), en especial de uso residencial. Esta circunstancia se genera fundamentalmente en aquellos municipios que modificaron o aprobaron su planeamiento general considerando las expectativas de crecimiento demasiado optimistas, incluso para el momento en el que existía mayor actividad inmobiliaria y clasificaron gran cantidad de suelo urbanizable.

c) La puesta en marcha de políticas estatales autonómicas encaminadas a la reconducción del sector de la construcción hacia la rehabilitación, regeneración y reformas urbanas.

d) Los valores de venta del producto inmobiliario terminado también se han visto afectados, así como la estructura de costes del proceso de gestión, organización y construcción.

e) Necesidad en el ámbito fiscal de ajustar el valor de estos suelos.

f) El tamaño medio de las parcelas (en el supuesto enjuiciado, 170 142 m<sup>2</sup>). Al tratarse de suelo sin urbanizar y pendiente de reparcelación, las parcelas son, en general, de gran superficie, lo que se traduce en valores totales elevados.

En este escenario es en el que cabría plantear nuevas políticas y acciones fruto de un análisis conjunto por parte de las distintas Administraciones Públicas, con el objeto de tener resultados coordinados. Así, puede plantearse la opción de modificación de los planeamientos urbanísticos con objeto de adaptarlos a la

realidad económica, y a los criterios de sostenibilidad acordes con las políticas y estrategias europeas tendentes a la consecución de un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su informe publicado en el año 2013, analiza los problemas de la competencia en el mercado de suelo en España, y entre ellos incluye: la delimitación del suelo que puede urbanizarse y el excesivo detalle con que se determinan los usos posibles, la complejidad y discrecionalidad de la intervención urbanística, así como los costes y rigidez en el proceso urbanístico. Asimismo propone unas recomendaciones para intensificar la competencia, entre ellas:

- Promover un planeamiento urbanístico en el que los usos delimitados por la calificación no sean innecesariamente detallados y pormenorizados, con la finalidad de aumentar la flexibilidad, reducir la segmentación y favorecer la competencia y eficiencia en la asignación del suelo.

- Introducir medidas para reducir los costes de transacción en la clase de gestión urbanística y agilizar la transformación del suelo, facilitando una respuesta más rápida por parte de la oferta.

En el ámbito tributario, se ha defendido la necesidad de impulsar el establecimiento de un único valor de referencia actualizado anualmente respecto del mercado inmobiliario, que sirva de base a la comprobación o valoración en el marco de la fiscalidad inmobiliaria.

Además, también por la doctrina, se defiende la modulación del llamado principio de estanqueidad, por ser contrario a la seguridad jurídica y a la doctrina de los actos propios de la Administración. Aunque la jurisprudencia ha admitido dicho principio, se insiste en que al menos se deben poner límites al mismo, puesto que resulta inadmisibles que la Administración acepte valores distintos según el sector normativo de que se trate, o, lo que es aún más difícil, aceptar que valore un bien de distinta forma según la posición acreedora o deudora que ocupa en la relación jurídica de derecho público.

Téngase en cuenta que el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, proclama la obligatoriedad de incorporar los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como las alteraciones de sus características, con el designio de que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad. Y todo ello, además, corroborado por

el principio de contención de la transformación urbanística del suelo, al que hacía ya referencia la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 2007. Se ha pasado de la preocupación por aumentar la bolsa de suelo urbanizable, como forma de abaratar el precio de la vivienda, a una clara preocupación por un urbanismo sostenible medioambientalmente, por la protección del valor general del suelo rústico, y por la contención de la transformación urbanística y la proclamación del valor ambiental del suelo rural como “digno de ser ponderado” (apartado II de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de la Ley del Suelo).

**1.5.** Pues bien, en orden a enjuiciar y resolver la cuestión suscitada, cuya trascendencia ha quedado explicada, y que en breves palabras definiríamos con las siguientes: “calificación catastral del inmueble sito dentro del perímetro que delimita el suelo urbano pero clasificado como suelo urbanizable sectorizado sin instrumento urbanístico de desarrollo”, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos, resolución que a nuestro juicio es una de las de mayor trascendencia dictadas por el Alto Tribunal, tanto en lo que afecta a la aplicación práctica de la totalidad de las ponencias de valores totales y parciales, como a los impuestos afectados, en este caso el IBI, así como otros impuestos estatales, autonómicos o locales (impuesto sobre la renta de las personas físicas o impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, entre otros).

Pero al margen de esa incidencia la STS pone fin a una situación que podríamos denominar, sin paliativo alguno, de clara injusticia, pues resuelve la posible asimetría entre la legislación catastral (Real Decreto Legislativo 1/2004) y la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008).

La interposición del recurso de casación en interés de la ley por el abogado del Estado, a pesar de tratarse de un impuesto municipal, viene explicada, como reseñaremos al reproducir la STS y los antecedentes de hecho de la misma, porque el acto recurrido es la valoración colectiva de carácter parcial de un inmueble y consiguiente valoración catastral, acto cuya elaboración está atribuida al Estado, según deriva del “Artículo 27. Elaboración, aprobación e impugnación de las ponencias de valores. 1. La elaboración de las ponencias de valores se llevará a cabo por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de los convenios de colaboración que se celebren con cualesquiera

Administraciones públicas en los términos que reglamentariamente se establezca [...]”, en relación con el “Artículo 29. Procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial. 1. Los procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial se iniciarán con la aprobación de la correspondiente ponencia de valores [...]”, ambos del Real Decreto Legislativo 1/2004.

## 2. El procedimiento de valoración colectiva de bienes inmuebles de una misma clase

Este procedimiento se podrá iniciar, bien de oficio, bien a instancia del ayuntamiento correspondiente, en aquellos casos en que, respecto a una pluralidad de bienes inmuebles, “se pongan de manifiesto diferencias sustanciales entre los valores de mercado y los que sirvieron de base para la determinación de los valores catastrales vigentes, ya sea como consecuencia de una modificación en el planeamiento urbanístico o de otras circunstancias” (artículo 28.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004).

El procedimiento de valoración colectiva podrá ser de distintos tipos, tal y como queda señalado en el artículo 28.3. Esas clases o tipos de procedimiento de valoración colectiva son los siguientes:

a) De carácter general: cuando requiera la aprobación de una ponencia de valores total. Este procedimiento, en el que se observarán las directrices que se establezcan para garantizar la coordinación nacional de valores, solo podrá iniciarse una vez transcurridos, al menos, cinco años desde la entrada en vigor de los valores catastrales derivados del anterior procedimiento de valoración colectiva de carácter general, y se realizará, en todo caso, a partir de los 10 años desde dicha fecha.

b) De carácter parcial: cuando requiera la aprobación de una ponencia de valores parcial. En este procedimiento se garantizará la coordinación de los nuevos valores catastrales con los del resto de los inmuebles del municipio.

c) De carácter simplificado: cuando tenga por objeto determinar nuevos valores catastrales en los supuestos que contempla el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 1/2004.

En cuanto a los procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial, se iniciarán con la aprobación de la correspondiente ponencia de valores (artículo 29.1 del referido Real Decreto Legislativo).

### 3. Jurisprudencia de la Sala Tercera sobre el recurso de casación en interés de la ley

#### 3.1. Doctrina general: interpretación del artículo 100 LJCA. STS de 10 de febrero de 2012 (RCIL 1470/2011)

“El artículo 100.1 de la Ley de la Jurisdicción exige en la interposición del recurso de casación en interés de Ley, y en atención a la excepcional naturaleza del mismo, que exista un grave daño para el interés general que justifique su interposición, requisito que, como señalamos en Sentencia de 23 de abril de 2008, ha sido interpretado por la doctrina de este Tribunal como referido a la previsible posterior y repetida actuación de los Tribunales de instancia, e incluso de la Administración, al conocer de casos iguales a los resueltos por la Sentencia impugnada, de lo que se seguirá perjuicio grave para el interés general si se sigue el criterio de la Sentencia que se recurre. Ello obtiene corrección si el Tribunal Supremo, estimando el recurso de casación en interés de la Ley, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida, fija la doctrina legal que ha de considerarse correcta; y ello por cuanto la finalidad del recurso en relación con la fijación de doctrina correcta, tiene por objeto impedir pronunciamientos ulteriores del orden contencioso administrativo en base a los cuales se efectúe una errónea interpretación de la ley. Cumple por tanto este recurso una función nomofiláctica o de protección del ordenamiento jurídico.

“Por otra parte, el error ha de estar referido al Derecho estatal, lo que excluye el recurso del art. 100 LJCA cuando la interpretación o aplicación que sea objeto de censura esté referida al Derecho autonómico (STS de 26 de mayo de 2008, rec. 43/2005), y además ha de ser relevante, esto es, determinante del pronunciamiento del fallo recurrido (STS de 21 de marzo de 2007, rec. 40/2005).

“En cuanto al daño, debe diferenciarse entre su naturaleza y la gravedad que según la ley resulta necesaria. Sobre lo primero, la jurisprudencia tiene dicho que puede ser no sólo patrimonial sino organizativo o de cualquier otra índole (STS de 13 de julio de 1996, rec. 4328/194 y, paralelamente, tiene también declarado que su entidad puede ser económica o cualitativa (STS de 20 de diciembre de 2006, rec. 54/2005) El criterio para apreciar la gravedad del daño es el de la probabilidad de su reiteración (STS de 3 de mayo de 1996,

rec. 4739/1993), debiendo ser alegada y justificada por el recurrente (STS de 18 de octubre de 2005, rec. 41/2004).

“Perjuicio grave para el interés general y errónea interpretación del ordenamiento jurídico han de ir de la mano en este recurso para que pueda prosperar” (FJ 2.º).

#### 3.2. Naturaleza del recurso de casación en interés de la ley. STS de 7 de octubre de 2011 (RCIL 40/2010)

“El recurso de casación en interés de la Ley constituye un modelo puro de casación ya que tiene la finalidad exclusiva de defender el interés público (*ius constitutionis*), libre de las adherencias del interés privado (*ius litigatoris*), para verificar una interpretación ortodoxa y abstracta de la legalidad objetiva y formar doctrina legal. Así se desprendía del artículo 102.b) de la Ley de esta Jurisdicción del año 1956, en la versión de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992 y se ratifica hoy en el artículo 100 de la Ley de 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante LRJCA).

“El artículo 100.7 LRJCA pone de relieve su falta de incidencia en la situación jurídica derivada de la Sentencia impugnada, al disponer que la Sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida.

“El recurso de casación en interés de la Ley constituye así un remedio más que extraordinario verdaderamente excepcional del que dispone hoy el Ministerio Fiscal así como las Administraciones Públicas -y, en general, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo- para evitar que sentencia cuya doctrina sea gravemente dañosa para el interés general y errónea pueda prosperar y perpetuarse en una jurisprudencia futura (lo que expresa el brocardo ‘Ne Sententia ad exemplum trahatur’).

“Esa finalidad específica y su propia estructura, en la que destaca su naturaleza, debatida en la doctrina procesal, de proceso objetivo sin necesidad de controversia necesaria entre partes, exige el cumplimiento riguroso de los requisitos establecidos en el Art. 100 LRJCA en cuanto a legitimación, plazo de interposición y sentencia contra las que cabe, que no pueden ser

otras que las dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y por las Salas de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia -salvo, en cuanto a estas últimas, que hubiesen recaído respecto de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas y se funden, básicamente, en normas emanadas de sus órganos,- que no sean 'susceptibles de recurso de casación'.

"De lo dicho resulta el carácter subsidiario que hay que atribuir a este recurso de casación en interés de la Ley no sólo frente al recurso de casación tipo o casación ordinaria, sino también en cuanto se refiere a la "unificación de doctrina", si la situación que en el mismo se expusiera significara una contradicción de ésta encuadrable en el marco del art. 100 de la LRJCA" (FJ 1.º).

### **3.3. Requisitos formales en general: rigor en su observancia. STS de 13 de diciembre de 2010 (RCIL 15/2007)**

"Vemos, pues que si, ya en los recursos de casación contemplados en los artículos 86 y 96, la Ley de la Jurisdicción impone requisitos severos cuyo cumplimiento se vigila por la Sala, en este caso, lo hace especialmente. Por eso, procede exigir con rigor su observancia para cumplir fielmente las determinaciones del legislador. En realidad, ese es el criterio mantenido reiteradamente por la jurisprudencia, por ejemplo, en las sentencias de 5 de mayo (casación en interés de la Ley 3456/2001) y 23 de junio de 2003 (casación en interés de la Ley 2829/2001), y en las allí citadas, o en la de 23 de julio, también de 2003, (casación en interés de la Ley 9450/1997), entre otras. Jurisprudencia que ha añadido, más bien explicitado, requisitos adicionales que resultan de la interpretación de la Ley de la Jurisdicción. El primero es que la doctrina cuya fijación se pretende se refiera a un concreto precepto [sentencia de 6, 8 y 20 de junio de 2005 (recursos de casación en interés de la Ley 26 y 21/2004 y 46/2003)]. El segundo estriba en que no haya sido establecida ya por esta Sala [Sentencia de 28 de enero de 2003 (recurso de casación en interés de la Ley 8199/2000) con cita de una larga lista de otras anteriores coincidentes]. Otro consiste en que el recurso tenga utilidad, lo que no sucede cuando la doctrina cuya fijación se solicita ya resulta por sí misma de las propias normas [sentencia de 8 de junio de 2005 (casación en interés de la Ley

21/2004), de 15 de febrero de 2005 (casación en interés de la Ley 66/2003) y de 23 de enero de 2004 (casación en interés de la Ley 30/2004)]" (FJ 4.º).

### **3.4. Finalidad: unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento jurídico. STS de 7 de enero de 2012 (RCIL 66/2009)**

"[...] que el recurso extraordinario en interés de la Ley constituye '[...] un medio de impugnación de naturaleza casacional, que, como todos, está dirigido a la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del Ordenamiento, pero que tiene por única finalidad la fijación en el fallo de doctrina legal, en cuanto ha de respetar la situación jurídica derivada de la Sentencia, en cuanto es subsidiario respecto de las otras dos modalidades casacionales y en cuanto, por último, aparte de haberse de observar en su interposición los requisitos formales y procedimentales establecidos en el precepto antes mencionado, exige el cumplimiento de otros fundamentalmente encaminados a evitar que un medio de impugnación de tan singular naturaleza se convierta, de hecho, en un mecanismo que permita un nuevo examen del problema concreto suscitado en la instancia, anticipando así el resultado de cuestiones iguales o sustancialmente iguales que a la Administraciones y Entidades legitimadas para interponerlo pudieran plantearse, o que ya tuvieran realmente suscitadas, o que convierta al Tribunal Supremo en una suerte de órgano consultivo de aquellas siempre que sus particulares criterios decisorios hubiesen sido contrariados en vía de revisión jurisdiccional. Por eso, es absolutamente necesario, para la viabilidad del recurso, que la doctrina que se solicite -que deberá ser acotada en el escrito de interposición, sin que sea procedente hacer remisión a la que derive de sus argumentos- guarde relación directa con el problema planteado en la instancia -evitando así la petición, y en su caso formulación, de interpretaciones y doctrinas que, aun siendo correctas en abstracto, estén desvinculadas de la cuestión suscitada en los autos y resuelta en la Sentencia-, y que, además, tal doctrina esté formulada en términos que permitan su aplicación generalizada, y por eso, también, son rechazables las interpretaciones y doctrinas solicitadas que, a la postre, no hagan otra cosa que reproducir o ratificar conclusiones o mandatos de la Ley o de cualesquiera otras disposiciones con

susceptibilidad de aplicación directa. Y todo ello sin perjuicio de que también haya que argumentar lo erróneo del criterio sustentado por la Sentencia impugnada, en el sentido de que se trate de un criterio manifiestamente contrario a Derecho y no únicamente predicable del caso concreto controvertido, sin posibilidades, por tanto, de generalización -recuérdese la finalidad del recurso de evitar la perpetuación o repetición de la doctrina errónea-, y argumentar, igualmente, la magnitud en que la Sentencia recurrida pueda considerarse gravemente dañosa para el interés general [...]’.” (FJ 3.º).

### **3.5. Alcance de esta modalidad casacional: no afecta a la situación particular de la sentencia recurrida. STS de 16 de mayo de 2012 (RCIL 61/2011)**

“Nos hallamos frente a un remedio excepcional y subsidiario, esto es, solo factible cuando la Sentencia impugnada tenga carácter de firme por no haber contra ella recurso de casación, tanto en su modalidad ordinaria, como en la de ‘para unificación de doctrina’ que recoge el art. 100.1 LJCA, en el que no cabe otra cosa distinta que establecer la doctrina de esta Sala respecto al concreto pronunciamiento de la Sala de instancia.

“[...] Otra característica esencial es que no afecta a la situación particular de la Sentencia recurrida pues el fallo deviene inalterable.

“De no concurrir todas las circunstancias que acabamos de mencionar no resulta viable el recurso de casación en interés de la ley.

“Este Tribunal ha venido entendiendo (Sentencia de 27 de marzo de 2006, rec. casación 3/2005, con cita de otras) que la finalidad del recurso ahora considerado no es otra que la de evitar la perpetuación de criterios interpretativos erróneos cuando resulten gravemente dañosos para los intereses generales. Daño que, por lo tanto, es preciso justificar pues si no se justifica que la Sentencia es gravemente dañosa para el interés general no prospera (sentencia 9 de diciembre 2010, rec 49/2008 y 13 de diciembre de 2010, rec 15/2007) lo que puede acontecer cuando se trata de un supuesto aislado que no se evidencia pudiera repetirse (Sentencia de 23 de noviembre de 2007, recurso 45/2006).

“[...] Tampoco cabe proponer aquella que resulte inútil por su obviedad de forzoso acatamiento (sentencia

de 19 de diciembre de 1.998, recurso 10340/1997) al constituir reproducción prácticamente literal de lo dispuesto en la norma (Sentencia de 16 de marzo de 2005). Otro tanto cuando se trata de resoluciones dictadas en supuestos de hecho infrecuentes y de difícil repetición (Sentencia de 23 de noviembre de 2.007, rec. 45/2006), es decir supuestos aislados (Sentencia de 20 de febrero de 2012, recurso 21/2010) También cuando se aprecie una evidente desconexión con lo afirmado en la resolución impugnada pretendiéndose la decisión interpretativa de una norma cuya aplicación no se ha planteado ante el Tribunal de instancia (Sentencia de 25 de febrero 2009, rec. 38/2007), o cuando no guarda relación directa con el objeto del proceso de instancia (Sentencia de 18 de mayo de 2004, rec. 73/2002).

“No cabe pretender la transformación de un órgano decisorio como el Tribunal Supremo en órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo (Sentencia de 16 de diciembre de 1.998, rec. 6883/1997), en aras a agenciarse una doctrina general de carácter preventivo, de escasa o nula conexión con el supuesto concreto debatido, pero que pueda funcionar como clave de la anulación o convalidación de otras actuaciones administrativas posteriores (Sentencia de 28 de abril 2004, rec. 104/2002).

“La doctrina legal solicitada tiene que ser una medida necesaria para corregir un error de interpretación o aplicación jurídica que haya sido razón determinante del fallo lo que no acontece cuando la razón determinante del fallo fue la aplicación de un precepto constitucional (30 de marzo de 2011, recurso 77/2009)” (FJ 4.º).

### **3.6. Modalidad casacional con vocación de futuro en cuanto a la interpretación del ordenamiento jurídico. STS de 13 de mayo de 2010 (RCIL 1/2008)**

“[...] En efecto, el caso presente se planteó bajo la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y hoy está vigente una nueva normativa a la que acabamos de referirnos, siendo por ello de aplicación la doctrina jurisprudencial que se cita en el primero de los Fundamentos de Derecho y que nace de entender que el recurso de casación en interés de la ley, en cuanto a la interpretación del ordenamiento jurídico, fue concebido para mirar al futuro y no hacia el pasado” (FJ 6.º).

### 3.7. No permite un reexamen del asunto litigioso en la instancia convirtiendo al Tribunal Supremo en órgano consultivo. STS de 10 de noviembre de 2011 (RCIL 59/2009)

“[...] ha de evitarse, en fin, que la irrecurribilidad de los pronunciamientos judiciales, en los casos en que así viene establecido, pretenda soslayarse a través de la interposición de un recurso como el presente concebido únicamente en interés de la Ley, y a través del cual se trate, en realidad, de obtener un nuevo examen del problema ya resuelto definitivamente en vía judicial, convirtiendo al Tribunal Supremo en órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo (por todas, sentencia de 6 de abril y 11 de junio y 16 de diciembre de 1998), sin sujetarse al estricto cumplimiento de los requisitos exigidos para que prospere un recurso de esta naturaleza” (FJ 3.º).

## 4. Análisis de la STS de 30 de mayo de 2014

**4.1.** Para una mejor comprensión de la cuestión controvertida, procede reproducir el antecedente de hecho primero, páginas 7 a 12, de dicha STS, donde se exponen los antecedentes del caso, incluida la *ratio decidendi* de la Sentencia de instancia, todo ello en los siguientes términos:

“PRIMERO.- La Sentencia impugnada estimó el recurso contencioso Administrativo interpuesto por la F. H. de P. R., D. B. de A., contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Extremadura, de fecha 21 de Diciembre de 2010, desestimatoria de la reclamación presentada contra el acuerdo de la Gerencia Regional del Catastro de Extremadura-Badajoz, de 23 de marzo de 2010, que estimó parcialmente el recurso de reposición promovido contra la notificación individual del valor catastral, a efectos del IBI, por un importe de 8.895.619,44 euros, del inmueble con referencia catastral 06900A14500034000KI, sito en el municipio de Badajoz, paraje Nevero, polígono 145, parcela 34, con una superficie de 170.000 m<sup>2</sup>, dimanante de la nueva valoración colectiva parcial del Municipio de Badajoz, llevada a cabo en el año 2009, con efectos a partir del año 2010, al aplicar a la finca los coeficientes correctores de valor M (por situaciones de carácter extrínseco) y N (depreciación económica), lo que suponía definitivamente una valoración catastral de 4.312.596,29 euros.

“La cuestión controvertida se refería fundamentalmente a la consideración del citado inmueble, clasificado en el Plan General de Ordenación Urbana de Badajoz como suelo urbanizable con condiciones SUB-CC-9.1.3, como suelo de naturaleza urbana a efectos catastrales.

“La Sala de instancia aceptó el motivo de la nulidad de la valoración por cuanto la finca, pese a estar dentro del perímetro que delimita el suelo urbano de Badajoz, era de naturaleza rústica por tratarse de un suelo urbanizable, sin haberse iniciado el proceso de urbanización al no estar aprobado el instrumento de desarrollo.

“El Tribunal, después de examinar la normativa estatal contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (arts. 6.4 y 7), la propia normativa de la Comunidad Autónoma, constituida por la Ley 15/2001, de 14 de Diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura ( LSOTEX, en lo sucesivo) y el Decreto 7/2007, de 23 de enero, que aprueba el Reglamento del Planeamiento de Extremadura, y las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Badajoz de 2007, que clasifica el suelo urbanizable distinguiendo entre: a) suelo urbanizable con ordenación detallada en el propio plan (sector SUB-CC- 6.11 y sector (SUB-CC.9.2.1); b) suelo urbanizable en ejecución ( SUB-EE); c) suelo urbanizable con condiciones (SUB-CC), pero cuya ordenación detallada exige la aprobación de un Plan Parcial como planeamiento de desarrollo; y d) suelo urbanizable sin condiciones (SUB-SC), que requiere previamente la modificación del Plan General y después un Plan Parcial que lo desarrolle, recoge en el fundamento cuarto de la Sentencia su interpretación del art. 7.2 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (TRLCI, en adelante), concluyendo que ‘sólo pueden considerarse urbanos a efectos catastrales los inmuebles considerados en el Plan General como urbanizables cuando el desarrollo de su actividad de ejecución no dependa de la aprobación del instrumento urbanístico que tiene por finalidad su ordenación detallada’.

“Asimismo, el Tribunal aduce, como elemento de refuerzo de su interpretación, los criterios establecidos para la determinación de las situaciones de suelo rural y urbanizado en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio ( TRLS, en adelante), cuyo art. 12-2 b)

dispone que están en situación de suelo rural 'el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanístico prevean o no permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización'.

"La argumentación dada en su Fundamento de Derecho Cuarto fue la siguiente:

"CUARTO: Pues bien, ahora ya estamos en disposición de volver al artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, que entiende por suelo de naturaleza urbana a los efectos que ahora nos interesan, entre otros, los *terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial o urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que estén incluidos en sectores o ámbitos espaciales delimitados, así como los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo.*

"Este precepto considera como *urbanos* dos clases de terrenos clasificados por el Planeamiento General como urbanizables. El primer grupo lo forman aquellos que *estén incluidos en sectores o ámbitos espaciales delimitados*. El problema es determinar si el precepto se refiere a la simple inclusión dentro del perímetro geográfico de los sectores que a modo *indicativo* deben determinar los Planes Generales Municipales como uno de los aspectos de determinación de la ordenación estructural, ex artículo 25.3 del Reglamento (tesis en la que podría encuadrarse la resolución impugnada) o, por el contrario, se está refiriendo a aquellos terrenos clasificados como urbanizables para los que el PGOU de Badajoz establece, directamente, su ordenación detallada, de tal forma que, como indica el artículo 70.2 de la LSOTEX, sea posible sobre ellos la actividad de ejecución SIN NECESIDAD DE PLANEAMIENTO DE DESARROLLO. Si se sigue la primera tesis, todo el suelo clasificado como urbanizable por el PGOU de Badajoz sería *urbano* a efectos catastrales, pues todo él está sectorizado, independientemente de que tenga o no condiciones para su desarrollo (tanto el SUB-CC como el SUB-SC), según hemos visto al transcribir sus normas urbanísticas. Si optamos por la segunda interpretación, sólo los terrenos incluidos en dos Sectores (SECTOR SUB-CC-6.1-1 y SECTOR SUB-CC-9.2-1) serían *urbanos*, pues sobre ellos, exclusivamente, el PGOU establece directamente su ordenación detallada, mientras

que el resto dependen de la previa aprobación de un Plan Parcial (para el suelo urbanizable con condiciones) o, incluso, de una modificación del propio Plan General (suelo urbanizable sin condiciones).

"El segundo grupo presenta menores problemas, pues se refiere a aquellos suelos urbanizables que pasan a ser *urbanos*, a efectos catastrales, una vez que se aprueba el Plan Parcial que establece su ordenación detallada (bien como instrumento independiente o bien formando parte de un Programa de Ejecución). En este grupo se encuentran actualmente los SUB-CC (excepto los dos Sectores mencionados anteriormente) y los SUB-SC.

"Pues bien, a juicio de la Sala, una interpretación lógica y sistemática del artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004 lleva a la conclusión de que sólo pueden considerarse bienes *urbanos*, a efectos catastrales, los inmuebles considerados por el Plan General como urbanizables cuando el desarrollo de su actividad de ejecución no dependa de la previa aprobación del instrumento urbanístico que tiene por finalidad su ordenación detallada. En efecto, si fuera suficiente con la simple inclusión en el perímetro geométrico de sectores de desarrollo en el suelo urbanizable, ex artículo 25 del Reglamento (como propone la resolución impugnada), sería completamente innecesaria la mención a *los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo*, tal y como previene la normativa catastral, pues todos los inmuebles clasificados de urbanizables serían *urbanos*, a efectos catastrales, por la simple consideración de tales en el Plan General, incluso los urbanizables sin condiciones (SUB-SC) que precisan para su ejecución hasta la propia modificación del Plan General, lo que no tiene sentido alguno.

"En apoyo de este planteamiento podemos traer a colación la STSJ de Madrid de 27/09/2012, Rec. 536/2012 que razona que: *La STS de fecha 26-2-2010, que reproduce el criterio de la STS 26-2-2009, Rec. 63/2007 EDJ 2009/32199, interpreta el Art. 7.2 de la Ley del Catastro, estableciendo que para considerar la naturaleza urbana de los terrenos es preciso que éstos se hallen sectorizados dentro del Suelo Urbanizable Programado y sometidos a un Plan de Actuación ya que no todas las fincas en el ámbito territorial de un municipio están sujetas a este Impuesto, que tiene como soporte los solares o el suelo urbano o el urbanizable programado o el que vaya adquiriendo esta últi-*

ma condición con arreglo a las normas urbanísticas, incluidas las contenidas en los Planes de Ordenación.

“Coadyuva a nuestra decisión la incoherencia que supone la tesis de la Administración, si tenemos en cuenta que según la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008) *está en situación de suelo rural: b) Es suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización* (artículo 12.2).

“En resumen, a juicio de la Sala, son *urbanos* a los efectos de este precepto en el PGOU de Badajoz, exclusivamente:

“a) El suelo comprendido en los dos Sectores (SECTOR SUB-CC-6.1-1 y SECTOR SUB-CC-9.2-1), que el PGOU de Badajoz establece su ordenación detallada sin necesidad de Plan Parcial.

“b) El suelo urbanizable en ejecución (SUB-EE).

“No es *urbano* el resto del suelo urbanizable, por exigir para su desarrollo un Plan Parcial o un Programa de Ejecución y, por tanto, no puede considerarse sectorizado o delimitado.

“Y como el terreno objeto de nuestro recurso está clasificado como suelo urbanizable con condiciones SUB-CC-9.1-3 en el PGOU, según el informe pericial, no puede entenderse como urbana a los efectos de la legislación catastral, lo que lleva a la estimación del recurso, sin necesidad de analizar el resto de argumentos impugnatorios contenidos en la demanda.”

La STS, en el fundamento de derecho cuarto, página 22, vuelve a recordar, más sucintamente, las conclusiones de los jueces *a quo*:

“[...] Concluye la Sala de instancia, examinando la aplicación al supuesto que enjuicia de ese concreto precepto: en primer lugar, que ha de acudir a la legislación urbanística para integrar su contenido, a los efectos de calificar catastralmente un terreno como suelo urbano o como suelo rústico; en segundo lugar, que un terreno precisa, en todo caso, la aprobación del correspondiente instrumento urbanístico de desarrollo para poder alcanzar la condición de suelo urbano, por lo que debe reputarse catastralmente como suelo rústico mientras no se apruebe dicho instrumento, aunque se trate de un suelo delimitado o sectorizado por el planeamiento urbanístico general, y en tercer y último lugar, que no es coherente interpretar que el suelo urbanizado delimitado o sectorizado en el planeamiento general tiene la consideración catastral de suelo ur-

bano, aunque no se haya aprobado el instrumento urbanístico de desarrollo, cuando el artículo 12.2, letra b), del TRLS, considera que *está en situación de suelo rural, aquel ‘suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización’*.”

Recordar que, frente a dicha Sentencia, el abogado del Estado interpone recurso de casación en interés de la ley, por considerar que la doctrina que sienta sobre la interpretación del artículo 7.2.b) del TRLCI es gravemente dañosa para el interés general y errónea, solicitando que se fije la siguiente doctrina legal:

“El artículo 7.2, b) del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario no exige, a efectos de la consideración como suelo de naturaleza urbana del suelo urbanizable incluido en sectores o ámbitos espaciales delimitados, la aprobación de un instrumento urbanístico que determine su ordenación detallada”.

**4.2.** Después de ello, la STS, en el fundamento de derecho primero, comienza por analizar, pues en caso contrario lo que procedería sería la inadmisibilidad del recurso, tal como se había aducido por la parte recurrida, si se dan en el caso de autos los requisitos establecidos para la viabilidad del recurso de interés de la ley entablado, es decir, que la Sentencia dictada “es gravemente dañosa para el interés general y además claramente errónea y no ajustada a derecho”, concluyendo en el siguiente fundamento de derecho, página 13, que “No podemos aceptar la inadmisibilidad planteada por la representación de la F. H. de P. R., D. B. de A., toda vez que el recurso está referido a la interpretación del art. 7.2 b) del TRLCI, no sobre una normativa autonómica o local como aduce dicha parte, y la concurrencia del grave daño a los intereses generales se encuentra debidamente justificada, a juicio de la Sala, ante los diversos factores a que se refiere la Abogacía del Estado, en su escrito de interposición, tales como el importante número de ponencias de valores totales y parciales afectadas, la importancia de la cuantía de las variaciones del valor catastral de los inmuebles, el número de procesos administrativos existentes sobre la misma materia y sentencia ya dictadas. Datos todos ellos que no han sido desvirtuados por la contraparte, y que permiten estimar razonablemente, como mantiene el Ministerio Fiscal, que la repercusión económica puede ser importante, así como probable la repetición de litigios como el presente, lo que hace necesaria una doctrina uniforme sobre esta materia, al objeto de evi-

tar un tratamiento desigual en los distintos lugares del territorio en la aplicación del art. 7.2 b) del TRLCI”.

**4.3.** Y centrada ya la cuestión, la Sentencia describe, en su fundamento de derecho tercero, la evolución normativa producida en la regulación del IBI y la nueva Ley del Catastro, así como la relación entre los valores contenidos en la legislación urbanística y los catastrales, con especial incidencia en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, y su modificación por la Ley 8/2013, de 26 de junio; así como en el artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley del Catastro modificado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, con la explicación parlamentaria de la modificación del párrafo b) del artículo 7.2, norma que es la que motiva la interposición del mencionado recurso de casación. Dado que dicha evolución resulta de pleno interés en orden a alcanzar las conclusiones que sustenta la decisión del Alto Tribunal, procedemos a reproducir dicho fundamento de derecho:

“TERCERO.- Rechazado el óbice procesal, procede entrar a examinar el fondo del recurso, siendo preciso recordar, ante todo, la evolución normativa que ha tenido esta materia.

“1.- El Impuesto sobre Bienes Inmuebles y la nueva Ley del Catastro Inmobiliario.

“Comenzaremos precisando que la Ley 51/2002 de 27 de Diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, supuso una nueva y completa regulación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, al hacer desaparecer la materia catastral de la misma, que pasó a la normativa reguladora de la institución catastral, lo que dio lugar a la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario.

“Por lo que respecta al hecho imponible de ese impuesto, el artículo 62, aparte de establecer sobre qué bienes inmuebles va a recaer el tributo, remite en cuanto a la definición de los mismos a las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario.

“La definición catastral se recogió en el artículo 2 de la Ley del Catastro Inmobiliario, cuyo apartado 1 estableció:

““A los exclusivos efectos catastrales, tiene la consideración de bien inmueble, la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios pro indiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho

ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble’

“Por otra parte, la naturaleza del suelo dependía de las determinaciones del planeamiento urbanístico al señalar el apartado 4 que:

““Se entiende por suelo de naturaleza urbana el clasificado por el planeamiento urbanístico como urbano, el que de conformidad con la disposición adicional segunda de la ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, tenga la consideración de urbanizable y el que reúne las características contenidas en el artículo 8 de la citada ley. Tendrán la misma consideración aquellos suelos en los que puedan ejercerse facultades urbanísticas equivalentes a las anteriores según la legislación autonómica.

““Se exceptúa de la consideración de suelo de naturaleza urbana el que integre los bienes inmuebles de características especiales’

“Estas reformas hicieron necesaria la aprobación de los textos refundidos actualmente vigentes en materia catastral y de hacienda local. Concretamente, se promulgaron tanto el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, como el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

“II Relación entre los valores contenidos en la legislación urbanística y los catastrales.

“El legislador del IBI había distinguido entre el suelo y las construcciones.

“El art. 62.a) de la LRHL contemplaba los criterios para calificar el suelo considerando los inmuebles de naturaleza urbana, a efectos del impuesto, siguiendo los conceptos urbanísticos.

“En primer lugar, pertenecían a esta clase de inmuebles el suelo urbano, el susceptible de urbanización; el urbanizable programado, y el urbanizable no programado, desde el momento en que se aprobase el correspondiente programa de actuación urbanística. Se trataba de categorías conocidas y exhaustivamente reguladas por las normas urbanísticas, concretamente por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Bastaba, por tanto, que los inmuebles estuviesen así clasificados por el correspondiente instrumento urbanístico para que automáticamente quedasen adscritos a los bienes de naturaleza urbana.

“En los municipios con plan general, era éste el que determinaba la ubicación del suelo urbano, el urbani-

zable programado y no programado y el no urbanizable. Dicho plan regulaba pormenorizadamente el suelo urbano, pero no así el urbanizable programado, que exigía un plan parcial previo, que efectuase aquella concreción. La programación ulterior del suelo que inicialmente se calificaba por el Plan General como urbanizable no programado se canalizaba mediante los Programas de Actuación Urbanística. Hasta que no se llevase a cabo un programa de esta clase, el suelo urbanizable no programado conservaba las mismas limitaciones que el suelo no urbanizable (art. 18.1 del TRLS).

“La siguiente normativa urbanística vino constituida por la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre régimen del suelo y valoraciones.

“El artículo 8 recogía una noción de suelo urbano, señalando ‘que tendrán tal condición de suelo urbano, a los efectos de dicha ley: a) El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características establecidas por la legislación urbanística; b) Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo’.

“Por otra parte, diferenciaba dos tipos de suelo urbanizable; aquél cuyos ámbitos se encontraban delimitados por el planeamiento general o se hubieran establecido las condiciones para su desarrollo (art. 16.1), y aquél otro que no se encontrara en esta situación.

“La definición del suelo urbano sirvió como base para lo establecido en el art. 7.2 del TRLCI, en su redacción original,,al indicarse en él que se entendía por suelo de naturaleza urbana el clasificado por el planeamiento urbanístico como urbano; los terrenos que tuviesen la consideración de urbanizables según el planeamiento y estuviesen incluidos en sectores, así como el resto del suelo clasificado como urbanizable a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que lo desarrollase, y el que reuniese las características contenidas en el art. 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, teniendo la misma consideración aquellos suelos en los que pudiesen ejercerse facultades urbanísticas equivalentes a los anteriores según la legislación autonómica, concluyendo que se exceptuaba de la consideración de suelo de naturaleza urbana el que integrase los bienes inmuebles de características especiales.

“III La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.

“Sin embargo, en el Proyecto de Ley del Suelo, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 14 de Julio de 2006, se suprimió la definición de suelo urbano recogida en el citado art. 8 de la Ley 6/1998, a la que expresamente deroga, prescindiéndose en dicho Proyecto de tal noción, al indicarse en su art. 12 que todo el suelo se encuentra, a los efectos de dicha nueva ley, en una de las situaciones de suelo rural o de suelo urbanizado.

“Este proyecto de Ley dio lugar a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que deroga la Ley 6/1998 de 13 de abril (en la actualidad hay que estar a su Texto Refundido aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio).

“La nueva Ley, de un lado, eliminó la anterior distinción de tres clases de suelo, urbano, urbanizable y no urbanizable existentes, reduciendo la tipología de suelo a dos, el que está en situación de urbanizado y el que está en situación de rural; y de otro lado, modifica el método para valorar el suelo en función de esa situación física del terreno, con lo que se elimina la consideración de las expectativas que se deriven de los procesos urbanísticos que estén o puedan estar en curso.

“Pese a su denominación, no se trata de una ley urbanística, sino, como señala su artículo 1, de una ley encaminada a regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo.

“De esta forma su art. 12 regula las situaciones básicas del suelo señalando lo siguiente:

“‘1. Todo suelo se encuentra, a los efectos de esta Ley en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

“‘2. Está en la situación de suelo rural.

“‘a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir como mínimo los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquellos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevean la legislación de ordenación territorial o urbanística.

“b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.

“3. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

“Al establecer las dotaciones y los servicios a que se refiere el párrafo anterior, la legislación urbanística podrá considerar las peculiaridades de los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural’.

“El apartado tercero, a su vez, fue modificado por la disposición adicional final 12.7 de la Ley 8/2013, de 26 de Junio, que además añade el apartado 4º, de la siguiente forma:

“Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla alguna de las siguientes condiciones:

“a) Haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación

“b) Tener instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes. El hecho de que el suelo sea colindante con carreteras de circunvalación o con vías de comunicación interurbanas no comportará por sí mismo, su consideración como suelo urbanizado.

“c) Estar ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios actos para ella que determine la legislación de ordenación territorial o urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente.

“4. También se encuentra en la situación de suelo urbanizado, el incluido en los núcleos rurales tradiciona-

les legalmente asentados en el medio rural, siempre que la legislación de ordenación territorial y urbanística les atribuya la condición de suelo urbano o asimilada y cuando, de conformidad con ella, cuenten con las dotaciones, infraestructuras y servicios requeridos al efecto.’

“IV Modificación del artículo 7.2 del TRLCI por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre

“El TRLCI establece las clases de suelo a efectos catastrales y distingue tres clases de bienes inmuebles, urbanos, rústicos y de características especiales.

“El artículo 7 considera, en su apartado 1, que el carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza del suelo, precisando, en su apartado 2, lo que ha de entenderse por suelo de naturaleza urbana.

“La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, dio nueva redacción al apartado 2 del artículo 7 del TRLCI, así como a la disposición segunda de la Ley 6/1998, de 13 de abril, estableciendo que:

“Se entiende por suelo de naturaleza urbana.

“a) El clasificado o definido por el planeamiento como urbano, urbanizado o equivalente.

“b) Los terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que estén incluidos en sectores o ámbitos espaciales delimitados, así como los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo.

“c) El integrado de forma efectiva en la trama de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población.

“d) El ocupado por los núcleos o asentamientos aislados, en su caso, del núcleo principal cualquiera que sea el hábitat en el que se localicen y con independencia del grado de concentración de edificaciones.

“e) El suelo ya transformado por contar con los servicios urbanos establecidos para la legislación urbanística o, en su defecto, por disponer de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica.

“f) El que esté consolidado por la edificación, en la forma y con las características que establezca la normativa urbanística.

“Se exceptúa de la consideración de suelo de naturaleza urbana el que integre los bienes inmuebles de características especiales’.

“La modificación fue como consecuencia de la presentación en el Senado de la enmienda nº 153, formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, que aparece justificada porque con ella ‘se dotan de mayor claridad y autonomía a los criterios para la clasificación de inmuebles a estos efectos, facilitando su interpretación ante la diversificación de las denominaciones del suelo y de sus clases ya vigentes o que se aprueben en el futuro por las normativas autonómicas. Para ello se establece una conceptualización del suelo que, partiendo de los términos jurídicos acuñados y expresiones de determinadas situaciones legales en las que se encuentra, desciende hasta la identificación de las características fácticas, físicas o urbanísticas que permiten clasificar como urbano un suelo en el que, de hecho, se reúnen las circunstancias que la propia norma recoge, lo que resulta igualmente coherente con la supresión, en el Proyecto de Ley del Suelo, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 14 de Julio de 2006, de la definición hasta ahora recogida en el artículo 8 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, todo lo cual se proyecta, tanto para la Administración como para los contribuyentes en una mayor certidumbre en el conjunto de circunstancias que recaen sobre los inmuebles así como sobre sus rendimientos o su transmisión’.”.

Algunos comentarios al respecto: la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, introdujo dos modificaciones fundamentales. La primera de ellas consiste en reducir los tipos de suelo únicamente a dos: urbanizado (los solares) y rural (los demás). De esta forma, se eliminan los históricos suelos urbanizables. La segunda innovación consiste en que establece que en las valoraciones de los suelos rurales debe atenderse a lo que hay, no a lo que el Plan dice que puede llegar a haber. Con ello, se elimina la consideración de las expectativas que se deriven de procesos urbanísticos que estén o puedan estar en curso.

Por lo que se refiere a la primera de las innovaciones, esta, en principio, no se ajusta a lo establecido en la Ley del Catastro, por lo que, en cuanto a la clasificación de los bienes, era preciso adaptarla a la nueva Ley del Suelo. La antigua clasificación seguiría teniendo su vigencia en aquellos municipios que no hubieran adaptado su planeamiento a la nueva normativa urbanística, por lo que estamos ante una adaptación que se realizará de forma paulatina, porque, si bien la nueva Ley del Suelo derogó la antigua, no hizo lo mismo con el Texto Refundido de 2004.

La disposición final segunda de la Ley 8/2007 autorizaba al Gobierno a que elaborarse un texto refundido, que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que derogó y sustituyó aquella Ley. Actualmente es este Texto Refundido la principal norma estatal en materia de suelo.

El actual Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008 distingue dos situaciones básicas de suelo: el rural y el urbanizado. El suelo rural tiene un contenido muy amplio que abarca todo tipo de suelo todavía no transformado por la urbanización, mientras que el suelo urbanizado incluye solo el que ya esté integrado en la trama urbanística y aquel en que la ejecución urbanística sea una realidad, no una expectativa más o menos próxima. Sigue habiendo, pues, un régimen general de la utilización del suelo al margen de la lógica de lo urbano (el suelo en la situación de rural, que se corresponde con el de la clase urbanística de no urbanizable o rústico, así como, en su caso, con el de la categoría de suelo urbanizable pendiente de urbanización) y un régimen de utilización general del suelo inmerso en la lógica de lo urbano (el suelo en la situación de urbanizado, que se corresponde con el de la clase de urbano), con el complemento del régimen de la actividad de transformación urbanizadora, que desplaza -en la superficie afectada por la urbanización y mientras dura esta- el régimen de utilización del suelo rural, enervando su eficacia y, por tanto, aplicación (régimen que se corresponde, así, con el urbanístico de la clase de suelo urbanizable durante la urbanización).

Aun a riesgo de simplificar, puede resultar conveniente relacionar estas situaciones con las clasificaciones tradicionales del suelo, a fin de arrojar más claridad sobre su materia. A tenor del artículo 12.2, dentro del suelo rural pueden incluirse el no urbanizable y el urbanizable, con independencia de que esté sectorizado o delimitado. Integraría el suelo urbanizado el que es urbano por reunir los requisitos para ello (acceso rodado, suministro eléctrico, abastecimiento y evacuación de aguas), es decir, el que constituye el llamado suelo urbano consolidado. La configuración dual de las situaciones básicas del suelo no es baladí y casual, sino relevante y hecha de intento. En efecto, el contemplar únicamente dos situaciones responde a la nueva filosofía que inspira el Texto Refundido, que supone un profundo cambio respecto de la normativa estatal precedente. Es la situación efectiva del suelo, y no su clasificación o calificación por la legislación autonómi-

ca, relevante a efectos de su valoración, por lo cual no se tendrán en cuenta -con alguna matización- los aspectos urbanísticos cuando los planeamientos no estuvieran ejecutados o en curso de ejecución. En este sentido, el artículo 23.2 del Texto Refundido señala respecto de la valoración del suelo rural que: "En ninguno de los casos previstos en el apartado anterior podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados", y es que las expectativas urbanísticas solo serán relevantes para determinar el valor del inmueble en el suelo urbanizado, debiendo prescindirse de ellas para valorar el suelo rural. Por tanto, se prescindirá de aquellas expectativas no solo para valorar el suelo rústico y el urbanizable no delimitado, sino también cuando se valore el suelo urbanizable delimitado o sectorizado, que para el Texto Refundido también forma parte del suelo rural. Subyace debajo de este planteamiento la idea de que la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial o urbanística no se integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo, ya que "La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva" (artículo 7.2 del Texto Refundido).

Hemos hablado de órdenes distintos: uno dual y regulado por el Estado, referente a las situaciones básicas de suelo, y otro que entronca con la clasificación del suelo y se contempla por las leyes autonómicas de forma diversa, aunque manteniendo una cultura común y sin obviar la realidad material a la que están sujetas. Pues bien, a las reglas que integran estos dos planos hay que añadir aquellas que sirven para clasificar los bienes inmuebles a efectos del Catastro. Se trata de unos criterios propios que no coinciden plenamente con los anteriores y que pueden, por tanto, arrojar resultados distintos, lo cual no significaría, en principio, como después precisa la STS, que se deban aplicar prescindiendo de lo dispuesto en las normas urbanísticas, ya que estas ayudan a precisar mejor determinados conceptos utilizados por los criterios catastrales, que además, expresamente, se remiten en alguna ocasión a aquellas normas. En este último caso, la legislación aplicable será la propia de la comunidad autónoma en la que se situó el inmueble.

**4.4.** Y expuesta dicha evolución normativa, el Tribunal Supremo, tras hacer referencia a la clasificación efectuada en el apartado dos del artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del Catastro, sitúa el problema en-

juiciado en los terrenos "susceptibles de ser urbanizados", concepto omnicomprendivo para el Tribunal, pues engloba todos los casos descritos en la letra b) del mismo. Y así declara:

**1)** Que el legislador estatal no precisa qué se entiende por suelo urbanizable ni por suelo sectorizado. Y acudiendo a la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia, que define el término urbanizable como "que se puede urbanizar", la Sentencia señala que es preciso acudir a la legislación de las comunidades autónomas, al ser ellas las competentes en materia de planeamiento urbanístico y de ordenación del territorio, sin perjuicio, naturalmente, de la potestad de los ayuntamientos, mediante los distintos instrumentos urbanísticos y en el marco de la legislación autonómica correspondiente, para desarrollar y prever las transformaciones urbanas. Y al referirse a esas normas en cuanto a la denominación de los terrenos urbanizables, indica que existen denominaciones diversas: algunas leyes autonómicas distinguen entre suelo urbanizable sectorizado y suelo urbanizable no sectorizado; otras entre suelo urbanizable delimitado y suelo urbanizable no delimitado; otras entre suelo urbanizable priorizado y suelo urbanizable no priorizado; otras, en fin, entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado.

Incluso destaca la Sentencia, en su fundamento de derecho quinto, que "dentro del suelo urbanizable sectorizado, esto es, aquél que el plan general destina a ser urbanizado para completar o expandir el núcleo correspondiente estableciendo la delimitación de sectores, existen normativas que clasifican dicho suelo en suelo sectorizado ordenado y no ordenado, siendo el suelo sectorizado ordenado aquel suelo para el que el plan general establece directamente su ordenación pormenorizada de forma que se pueda proceder a su ejecución sin trámites de ordenación ulterior constituyendo el suelo urbanizable sectorizado no ordenado aquellos terrenos que el plan general considera susceptibles de urbanización, previa su ordenación pormenorizada mediante el correspondiente plan, en las condiciones y los términos establecidos por el plan general".

**2)** En esta última línea, afirma el Tribunal, "se encuentra la Ley del Suelo y de Ordenación del Territorio de Extremadura, al distinguir dentro del suelo urbanizable entre suelo urbanizable con condiciones y suelo urbanizable sin condiciones, siendo el primero el integrado por los terrenos a los que el plan general considera debe asignarse condiciones concretas para su po-

sible desarrollo en los dos primeros quinquenios de ejecución del mismo, dependiendo el desarrollo del plan parcial; estando integrado el urbanizable sin condiciones por los terrenos reservados para su posterior incorporación al proceso urbanizador previo análisis y constatación fehaciente de su necesidad, por lo que la incorporación al proceso urbanístico deberá establecerse en la revisión del programa de actuación que significa la incorporación al suelo urbanizable con condiciones". Recordemos que el terreno de autos estaba clasificado como suelo urbanizable con condiciones, y que según la parte recurrida no estaba desarrollado, así como que el desarrollo urbanístico no se podía iniciar antes de 10 años.

**3)** Y tras interpretar que el legislador estatal, en el artículo 7.2.b) controvertido, ha utilizado una amplia fórmula para recoger todos los supuestos posibles que, con independencia de la concreta terminología urbanística, puedan englobar a esta clase de inmuebles, rechaza la tesis defendida por el abogado del Estado de que todo el suelo urbanizable sectorizado o delimitado por el planeamiento general tiene *per se* la consideración catastral de suelo urbano, sin distinguir si se encuentra ordenado o no ordenado, y de que el artículo 7 solo excluye de tal consideración al urbanizable no sectorizado sin instrumento urbanístico aprobado que establezca las determinaciones para su desarrollo.

Antes, por el contrario, entiende la STS que "el legislador catastral quiso diferenciar entre suelo de expansión inmediata donde el plan delimita y programa actuaciones sin necesidad de posteriores trámites de ordenación, de aquel otro que, aunque sectorizado, carece de tal programación y cuyo desarrollo urbanístico queda pospuesto para el futuro, por lo que a efectos catastrales sólo pueden considerarse suelos de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenado así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo. Antes de ese momento el suelo tendrá, como dice la Sentencia recurrida, el carácter de rústico".

Si no se aceptara esta interpretación, precisa el tribunal, carecería "de sentido el último inciso del precepto, cuando dice que 'los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo', porque este momento no puede ser el momento de sectorización o delimitación del terreno ur-

banizable, si éste se disocia del momento de aprobación del instrumento urbanístico de desarrollo".

**4)** En cuanto a la regulación de la materia, tanto por la legislación catastral como por la normativa urbanística, la STS declara:

a) Que el propio Texto Refundido, "aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, afirma en su Exposición de Motivos que el Catastro es un órgano de naturaleza tributaria, siendo su razón de ser la de servir para la gestión de diversas figuras tributarias de los tres niveles territoriales de la Hacienda Pública", según ha reconocido "el Tribunal Constitucional en su Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, en la que refleja que la organización del Catastro, justamente por tratarse de una institución común e indispensable para la gestión de los impuestos estatales más relevantes, es una competencia que ha de incardinarse, sin lugar a dudas, en la de Hacienda General del artículo 149.1.14 de la Constitución, y que la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria de asignación equitativa de los recursos públicos".

b) "Por ello, no puede desconocerse que el régimen jurídico del derecho de propiedad configurado por la norma urbanística incide sobre la regulación tributaria y, en concreto, en la formación del Catastro y en cómo se determina el valor catastral de cada una de las parcelas que se incluyen en ese registro".

c) "De esta interrelación deriva la necesidad de que, por un lado, la descripción catastral atienda, entre otras cosas, a las características físicas, económicas y jurídicas de los bienes, a su uso o destino, a la clase de cultivo o su aprovechamiento (art. 3 del TRLCI) y, por otro lado, que la determinación del valor catastral tenga en cuenta, entre otros criterios, la localización del inmueble o las circunstancias urbanísticas que afectan al suelo (art. 23 del mismo texto), proclamando, por su parte, el art. 11 la obligatoriedad de incorporar los bienes inmuebles en el Catastro, así como las alteraciones de sus características con el designio de que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad".

Estas conclusiones son, a nuestro juicio, el punto central de la Sentencia, más aún cuando esta, en su fundamento de derecho séptimo, página 26, declara que "si se desconectan completamente ambas normativas nos podemos encontrar con valores muy diferentes, consecuencia de métodos de valoración distintos, de suerte que un mismo bien inmueble tenga un valor

sustancialmente distinto según el sector normativo de que se trate, fiscal o urbanístico, no siendo fácil justificar que a efectos fiscales se otorgue al inmueble un valor muy superior al que deriva del TRLS, obligando al contribuyente a soportar en diversos tributos una carga fiscal superior, mientras que resulta comparativamente infravalorado a efectos reparcelatorios, expropiatorios y de responsabilidad patrimonial”.

En el mismo sentido, la STS añade, en el citado fundamento, páginas 26 y 27, que, “como para calcular el valor catastral se debe tomar como referencia el valor de mercado, sin que en ningún caso aquel pueda superar a este último (art. 23.2 del TRLCI) si las ponencias de valores no reconocen la realidad urbanística, podríamos encontrarnos con inmuebles urbanizables sectorizados no ordenados con valor catastral superior al del mercado, con posible vulneración del principio de capacidad económica, que no permite valorar tributariamente un inmueble por encima de su valor de mercado, porque se estaría gravando una riqueza ficticia o inexistente”.

**4.5.** De todo ello, concluye el TS, en el mismo fundamento, página 26, que como las comunidades autónomas pueden precisar la noción de suelo urbanizable en sus respectivos ámbitos territoriales, y los ayuntamientos son competentes para acometer aquellas recalificaciones que estimen necesarias, “la homogeneidad en la hermeneútica de los designios del artículo 7 del TRLCI exige acudir, en caso de duda, a los criterios dimanantes del TRLS, evitando las incoherencias generadas por la concurrencia de dos regulaciones tan distintas sobre una misma realidad fáctica”.

Se citan las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, con ocasión de la inconstitucionalidad planteada respecto al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y 164/2001, de 11 de julio, con ocasión de la inconstitucionalidad planteada frente a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, reseñando que “el derecho fundamental de propiedad reconocido en el artículo 33 de la Constitución se conforma por su régimen jurídico y el régimen de valoración del suelo, y que tales condiciones son las reguladas en la Ley del suelo estatal, ejerciendo dicha norma una vinculación respecto del resto de normas que inciden, de uno u otro modo, en ciertos aspectos de la propiedad del suelo”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el abogado del Estado contra la Sen-

tencia de 26 de marzo de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Como antes habíamos señalado, la Sentencia permite poner fin a la posible asimetría entre la legislación catastral y la legislación urbanística, en orden a conseguir resultados coordinados entre ambas no solo en cuanto a la clasificación del suelo, sino incluso en cuanto a los efectos de determinar su valor, tanto el catastral como el urbanístico y expropiatorio. Reiteramos nuestra opinión de que esta Sentencia es de una enorme trascendencia tanto para los particulares, a los que resuelve una cuestión de estricta justicia, como para las Administraciones Públicas, viniendo a resolver una cuestión que en definitiva afecta al derecho de propiedad de todos nosotros.

## Bibliografía

- ALCÁZAR MONTERO, Raquel, “El suelo urbanizable. Aspectos a considerar en el ámbito del Catastro Inmobiliario”, *Catastro*, diciembre 2013.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, “Últimas tendencias en la reducción y control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”, *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma. Urbanismo y Vivienda*, Editorial Reus, 2008.
- GARCÍA-MONCÓ, Alfonso M., “La nueva Ley del Suelo y las valoraciones fiscales”, *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma. Urbanismo y vivienda*, Editorial Reus, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- YÁÑEZ & GILI, ABOGADOS, “Alteración de la naturaleza de los terrenos en el catastro tras la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y el Texto Refundido: Efectos sobre el IBI”, *Actualidad Jurídica*. ■



35<sub>QDL</sub>

**Noticias bibliográficas**





---

## Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

### **POR EL DERECHO Y LA LIBERTAD. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, dos volúmenes**

**JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA (DIR.) Y MANUEL ESTEPA MONTERO (COORD.)**  
Iustel, Madrid, 2014

Como acertadamente señala el director de la obra colectiva que reseñamos, el profesor Santamaría Pastor “ha sido uno de los catedráticos grandes de la asignatura, con aportaciones que leemos y releemos, para seguir aprendiendo de ellas”. Esta ingente y excelente contribución explica muy bien que más de 80 profesores hayan querido sumarse a este merecido homenaje, que tiene como lema el examen de las garantías de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

Tema general particularmente afortunado, pues, como se sabe, se trata de una materia que el profesor Santamaría ha cultivado con especial acierto, desde su trabajo: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX: (1812-1845)*, publicado inicialmente por el Instituto García Oviedo en el año 1972, y que ahora se encuentra disponible en la edición de Iustel del año 2006, hasta el más reciente libro: *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, publicado por Iustel en el año 2010.

El primero de los volúmenes que componen la obra aborda, luego de una nota introductoria y de una muy interesante entrevista al homenajeado por el profesor Soriano García, una serie de trabajos sobre las garantías constitucionales de los ciudadanos, que dan lugar, de seguido, a un numeroso conjunto de estudios donde se analizan las piezas principales de la justicia administrativa, desde los principios que la articulan hasta la ejecución de las sentencias. El tercer gran bloque de este volumen tiene por objeto el examen de distintos aspectos sustantivos de la justicia administrativa, como

son la justicia deportiva, el control de la actividad registral, o el de los actos parlamentarios.

A su vez, y bajo la rúbrica general de las garantías del ciudadano en el Derecho Administrativo, el lector encuentra en el segundo volumen trabajos de investigación que nos ofrecen luz sobre la situación actual de categorías e instituciones fundamentales de la asignatura. La configuración y delimitación del Derecho Administrativo, el acto y el procedimiento, los contratos, los bienes públicos, el derecho sancionador, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial, son, así, algunas de las materias tratadas, todas ellas por reputados especialistas.

En suma, una excelente obra de referencia para todo aquel interesado en conocer y profundizar en nuestro Derecho Administrativo.

### **La reforma del sector público**

**FEDERICO A. CASTILLO BLANCO (DIR.)**  
Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014

Fiel a las señas de identidad de excelencia y calidad académica, forjadas desde su misma fundación en el año 1954, el Instituto García Oviedo relanza con esta obra su labor editorial al servicio de la investigación en el ámbito del Derecho Público, que, en rigor, nunca ha abandonado, como prueban las numerosas publicaciones que llevan impreso su conocido sello.

Fruto de las jornadas organizadas por el propio Instituto en la primavera de 2013, este libro colectivo ofrece un conjunto de trabajos de investigación de reputados expertos, centrados en dos aspectos fundamentales relacionados con la situación de crisis que, por desgracia, todavía padecemos en nuestro suelo.

De un lado, los estudios afrontan la siempre reclamada, pero nunca realizada, reforma de la organización administrativa. Junto a las propuestas de reforma

de las Administraciones Públicas (J. Quesada), la obra examina igualmente la reforma de la planta local (F. Velasco) y de la Administración instrumental y asociativa (E. Montoya).

El segundo gran bloque objeto de estudio del presente libro es el referido a la política de recursos humanos en el sector público en los tiempos de crisis. Puede decirse que no queda ninguno de los grandes temas de esta compleja materia sin el debido estudio y respuesta: desde el impacto que ocasiona la contención fiscal (R. Jiménez), hasta los despidos (F. Castillo y S. Rodríguez), se profundiza en el régimen de los cambios y reformas llevados a cabo (J. Fuentetaja), y, en particular, se analizan con detalle las técnicas de gestión (X. Boltaina), la reorganización del personal (J. Cantero), los instrumentos de flexibilidad en el personal funcionario (A. Palomar), y, en fin, la modificación de las condiciones de trabajo pactadas en el empleo público (C. Molina). ■

---

## NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
  - **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en lengua castellana o catalana, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
  - **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
- En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s (p./pp.).

*Ejemplo:*

JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, pp. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número (núm.), editorial, año y página/s (p./pp.).

*Ejemplo:*

PAREJO ALFONSO, L., “Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, pp. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

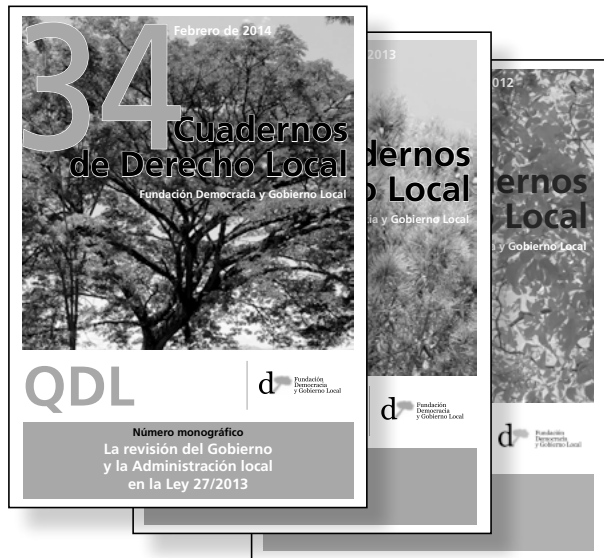




3 números al año

suscripciones

Última edición: junio 2014



**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](http://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.

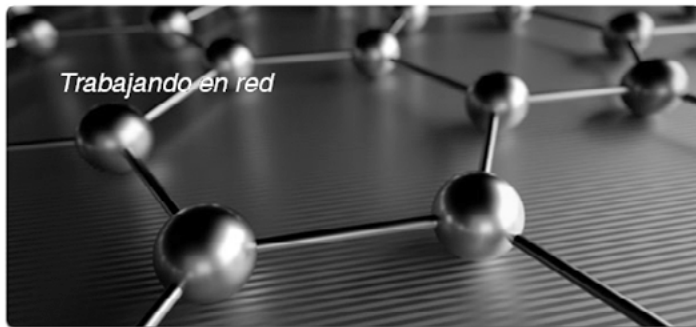
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)



Inicio La Fundación ▾ Boletín Actividades ▾ Fundación Digital ▾ Publicaciones ▾ Actualidad



**Revista**  
La Revista Democracia y Gobierno Local, publicación divulgativa al servicio de los Gobiernos locales.

[ver más](#)



**Fundación Digital**  
Consulte aquí todas las publicaciones de nuestra Fundación en formato electrónico.

[ver más](#)



**Actividades**  
Consulte aquí todas las actividades de la Fundación (cursos, jornadas, debates-coloquio, desayunos...)

[ver más](#)

Últimas Publicaciones



El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1012)



Revista Democracia y Gobierno Local 16/17



Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico



Cuadernos de Derecho Local nº 29



El debate actual sobre la reforma institucional de las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales



La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias

Actualidad



La reforma de las competencias de la Administración Local a debate  
viernes, 23 de septiembre de 2012

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda [ver más](#)



La Xarxa de Govers Locals amplia el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades  
viernes, 23 de septiembre de 2012

Prórroga para presentar solicitudes [ver más](#)



El Príncipe destaca en Cádiz el papel "fundamental" de los ayuntamientos  
jueves, 27 de septiembre de 2012

"actores de primer orden" en la democracia [ver más](#)

[ver todas](#)

Suscríbete a nuestro RSS

La Fundación en Twitter



fundlocal La reforma de las competencias de la administración local, a debate en la...  
[malaga.es/buscar/?from=as... #reformagobiernolocal](https://twitter.com/fundlocal)  
about 1 hour ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad. [elnortecastilla.es](https://twitter.com/nortecastilla)  
[elnortecastilla.es/20120925/local... via @nortecastilla](https://twitter.com/nortecastilla)  
2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local [gobiernolocal.org/actualidad/foc...](http://gobiernolocal.org/actualidad/foc...)  
3 days ago · reply · retweet · favorite

Join the conversation

Suscríbete a nuestro Boletín digital



[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

