

# QDL39

Octubre de 2015 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local



Q



# QDL 39

Octubre de 2015 · Cuadernos de Derecho Local

Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL  
Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona  
Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Dagaz Gráfica, s.l.u.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955

Foto de cubierta: iStockphoto LP



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.

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

## **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*  
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*  
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*  
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*  
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

## **Coordinadora**

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

# QDL39

12

## **Estudios**

Entre el cierre de los actuales ayuntamientos  
y la constitución de los nuevos

CARMEN ALONSO HIGUERA

63

Veinte años del Jurado de Expropiación de Cataluña:  
balance y perspectivas

LUCÍA CASADO CASADO

107

La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea  
en el ámbito local español treinta años después

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

141

La innovación en la nueva Directiva de contratación  
pública: la asociación para la innovación

MARINA RODRÍGUEZ BEAS

162

Los requisitos procesales del recurso de amparo:  
el incidente excepcional de nulidad de actuaciones  
y la especial trascendencia constitucional

FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

196

## **Ponencias, crónicas y notas**

La evaluación integral, la transparencia  
y la comunicación en la promoción de servicios públicos

IGNACIO ARACIL ÁVILA

MARÍA MONTERO CAMPOS

211

Cuestiones relativas al derecho de información en la  
gestión administrativa local

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES

# Sumario

<b>Jurisprudencia</b> Novedades jurisprudenciales (2014-2015) sobre la Administración local, con especial referencia al contexto de la Unión Europea DIMITRY BERBEROFF AYUDA	<b>226</b>
Jurisprudència recent en matèria de contractació EDUARD PARICIO RALLO	<b>284</b>
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al régimen local JUAN ANTONIO XIOL RÍOS	<b>336</b>



QDL39

**Estudios**

# Entre el cierre de los actuales ayuntamientos y la constitución de los nuevos

CARMEN ALONSO HIGUERA

*Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat*

## **1. Introducción**

## **2. Duración del mandato de los miembros de la corporación**

- 2.1. La expiración del mandato de los miembros de la corporación
- 2.2. Administración transitoria en funciones
  - 2.2.1. La *prorrogatio* en la esfera central, autonómica y supramunicipal
  - 2.2.2. La interpretación del concepto “administración ordinaria”
- 2.3. Cese automático del personal eventual
  - 2.3.1. Características esenciales de las funciones del personal eventual
  - 2.3.2. Presupuestos legales necesarios para su existencia
  - 2.3.3. Efectividad de su cese
- 2.4. Operaciones de liquidación de la corporación

## **3. Constitución de los ayuntamientos**

- 3.1. Actividades preliminares
  - 3.1.1. Formulación de las declaraciones de bienes y actividades por los concejales y concejalas electos
  - 3.1.2. Preparación de la documentación necesaria para efectuar el arqueo extraordinario y la comprobación del inventario de bienes
  - 3.1.3. Convocatoria de la sesión constitutiva
  - 3.1.4. Aportación de credenciales al ayuntamiento
- 3.2. Sesión constitutiva
  - 3.2.1. Constitución de la Mesa de edad

---

*Artículo recibido el 13/07/2015; aceptado el 06/09/2015.*

- 3.2.2. Comprobación de credenciales
- 3.2.3. Juramento o promesa de acatamiento a la Constitución
- 3.3. Elección del alcalde o alcaldesa
  - 3.3.1. Antecedentes históricos
  - 3.3.2. Regulación vigente

## Resumen

La periódica convocatoria de elecciones locales obliga a replantearse, cada cuatro años, diversas cuestiones relacionadas con la actividad pública que se deriva de la renovación de las corporaciones que estos procesos comportan.

Dentro de esta actividad, cobran especial significado cuestiones como las relacionadas con la finalización del mandato de los miembros electos y sus efectos y consecuencias legales, con las operaciones de liquidación de la corporación saliente, y con el procedimiento para la constitución de la nueva corporación y la elección de su alcalde, que no han estado exentas de determinados problemas interpretativos que la ley, de forma expresa, nunca ha resuelto de manera definitiva.

Efectivamente, con la finalización del mandato corporativo se han planteado siempre importantes interrogantes sobre el alcance de sus efectos en relación con el concepto de “administración transitoria en funciones” que la ley encomienda a los electos salientes, así como también respecto del cese automático del personal eventual y de su actual régimen jurídico, de la misma manera que la preparación del proceso constitutivo nos plantea determinadas cuestiones, relacionadas con las actividades necesarias de carácter preliminar a la propia sesión constitutiva y con el proceso de toma de posesión y de posterior elección del nuevo alcalde, que constituyen el objeto de este trabajo.

Palabras clave: *mandato; administración en funciones o prorrogatio; personal eventual; administración ordinaria; liquidación de la corporación; miembros electos; declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades; declaración de bienes patrimoniales y de participación en sociedades; credenciales electorales; constitución de la corporación; mesa de edad; juramento o promesa del cargo; elección del alcalde.*

## **Between the closure of the current city councils and the constitution of the new ones**

### **Abstract**

*The periodical calling for local elections leads to the rethinking, every four years, of several questions related to the public activity that derives from the renewal of the local entities.*

*Inter alia, it is relevant the end of the term of the elected officers (its effects and consequences); the liquidation of the outgoing administration; or the process of constitution of the new administration and the election of the new major which have shown some issues that remain unresolved by the legal framework.*

*Indeed, in relation to the ending of the term of office, relevant questions remain unsolved like the scope and powers of the “interim government” and the automatic dismissal of the temporary staff and their current legal framework. Moreover, in relation to the constitution process of the new corporation, there are relevant issues unresolved such as the preliminary activities of the constituent meeting or the assumption of the office and the election of the new major.*

*Keywords: term of office; interim government; temporary staff; ordinary administration; liquidation of the corporation; elected officers; declaration of incompatibilities and activities; declaration of goods; electoral credentials; constitution of the corporation; interim bureau; the oath of office; election of the major.*

### **1**

## **Introducción**

La periódica renovación de las corporaciones locales como consecuencia del correspondiente proceso electoral, produce una serie de importantes consecuencias relacionadas con los efectos directos e indirectos que se derivan de la finalización del mandato de sus miembros, y exige la preparación del consiguiente proceso de constitución del nuevo ayuntamiento y de elección de su alcalde.

Una y otra circunstancia no han estado exentas de determinados problemas interpretativos que la Ley, de forma expresa, nunca ha resuelto de manera definitiva, por lo que ha tenido que ser de la jurisprudencia e, incluso, de la costumbre, de las fuentes que nos hemos tenido que valer hasta ahora para resolverlos.

Efectivamente, con la finalización del mandato corporativo se han planteado siempre importantes interrogantes sobre el alcance de sus efectos en relación con el concepto de “administración transitoria en funciones”, que la ley encomienda a los electos salientes, así como también respecto del cese automático del personal eventual, de la misma manera que la preparación del proceso constitutivo nos plantea determinadas cuestiones, relacionadas con las actividades necesarias de carácter preliminar a la propia sesión constitutiva y con el proceso de toma de posesión y de posterior elección del nuevo alcalde, que vamos a intentar examinar seguidamente.

## 2

### **Duración del mandato de los miembros de la corporación**

#### 2.1

#### **La expiración del mandato de los miembros de la corporación**

A diferencia de lo que sucedía durante la vigencia de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, en la que se establecía que el mandato corporativo duraba cuatro años desde la fecha de constitución de la corporación, generando con ello serios problemas en aquellos municipios en que se hubiesen de celebrar elecciones parciales, con la legislación electoral postconstitucional se hacen coincidir todos los mandatos de todas las entidades locales.

Efectivamente, tanto la LRBRL, en sus artículos 19.2 y 73.1, como el artículo 6 del ROF<sup>1</sup>, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, se remiten, en cuanto a la duración del mandato de los miembros de los ayuntamientos, a lo que a este respecto prevea la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que, en la redacción actualmente vigente, y en concreto en sus artículos 42.3 y 194, establece que el mandato de los miembros de los ayuntamientos es de 4 años, contados a partir de la fecha de su elec-

---

1. En el mismo sentido, en Cataluña, el artículo 162.2 del TRLMC.

ción, pero con la precisión de que estos mandatos acaban, en todo caso, el día anterior al de la celebración de las elecciones siguientes.

Pero esta previsión no siempre ha sido idéntica, ya que con anterioridad a la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General operada mediante la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, el plazo del mandato corporativo, a pesar de que era aparentemente igual, es decir, de cuatro años contados a partir de la elección, no contenía la previsión de que acabaría, en todo caso, el día anterior al de la celebración de las elecciones, lo que, en caso de elecciones anticipadas, suponía un importante problema, al encontrarse los mandatos vigentes.

La expiración del mandato produce una serie de importantes consecuencias que podemos concretar del siguiente modo:

- La necesidad de establecer una fórmula de gobierno transitorio hasta la toma de posesión de la nueva corporación local, a fin de evitar vacíos de poder.
- El cese automático del personal eventual regulado, a nivel estatal, por el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, y, a nivel local, por el artículo 104 de la LRBRL y correlativos de la legislación autonómica, al ser unos cargos de carácter temporal que van indisolublemente unidos, en cuanto a su duración, a la del mandato de la autoridad que los nombra.
- La necesidad de adoptar una serie de medidas organizativas tendentes a liquidar asuntos formales pendientes de la corporación saliente y a preparar la entrada de la nueva corporación.

## 2.2

### Administración transitoria en funciones

El artículo 194.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, después de regular la duración del mandato de los miembros de los ayuntamientos y su forma de cómputo, establece que, finalizado este, continúan sus funciones, única y exclusivamente, para la administración ordinaria del ayuntamiento, hasta la toma de posesión de sus sucesores, no pudiendo adoptar, en ningún caso, acuerdos para los que sea necesaria una mayoría cualificada.

De esta manera, la Ley contiene una previsión excepcional, que tiene como único objeto el evitar un vacío temporal de poder en los municipios que pueda tener efectos perniciosos, tanto para la propia Administración municipal como para los ciudadanos en sus relaciones habituales con su ayuntamiento, pues resulta evidente que, desde que finaliza el mandato de la corpo-

ración saliente hasta que se constituye la nueva corporación resultante del proceso electoral, se sigue produciendo la necesidad de que los asuntos públicos cotidianos tengan que ser administrados.

### 2.2.1

#### **La prorrogatio en la esfera central, autonómica y supramunicipal**

Esta solución no se contempla, en cambio, respecto del régimen provincial, en la medida en que ni la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ni la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establecen ninguna previsión al respecto, por lo que la única norma que directamente regula este aspecto es el artículo 59.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, cuyo rango y aplicabilidad son mucho más restringidos.

Desde el punto de vista de las otras entidades locales instituidas por las comunidades autónomas y por lo que se refiere a la Administración local catalana, este precepto tiene su correlativo en el artículo 24 del Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Organización Comarcal de Cataluña, que, en su número 1 y respecto de los miembros de los consejos comarcales, después de hacer coincidir su mandato con el de los concejales, se manifiesta en idénticos términos. Similar solución se perfila, respecto del Área Metropolitana de Barcelona, en el artículo 6.7 de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, que establece que la duración del mandato del Consejo Metropolitano y de los miembros que lo componen es la misma que la de los ayuntamientos, de lo que se infiere que entrarán en régimen de prórroga de funciones en idéntica fecha y con el mismo alcance.

No sucede lo mismo con las veguerías, cuya Ley reguladora<sup>2</sup> se limita a concretar el régimen jurídico aplicable a su constitución y a la elección y destitución de su presidente o presidenta, sin pronunciarse sobre la duración del mandato de los miembros del Consejo de Veguería, ni sobre la prórroga de funciones.

La solución es diferente en los niveles estatal y autonómico, en los que el período transitorio de cambio de representantes políticos tiene un tratamiento diferente según se trate del cese de los miembros del ejecutivo o del cese de los miembros del legislativo.

---

2. Ley 30/2010, de 3 de agosto.

Efectivamente, el artículo 101 de la Constitución, después de establecer el momento del cese del Gobierno en su número 1, contiene la previsión en su número 2 de que continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, precepto análogo, aunque con una solución algo diferente a la del artículo 18 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, que tras determinar que el Gobierno cesa cuando cese su presidente, establece que, no obstante, queda en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con la finalidad de facilitar el desarrollo normal del proceso de formación de este nuevo Gobierno y del traspaso de poderes, ajustando para ello su actuación a lo establecido en el artículo 27, que regula las atribuciones del Gobierno en funciones.

Según este último artículo, el Gobierno en funciones debe limitar su actuación al despacho ordinario de los asuntos públicos, dentro de los cuales incluye, de forma expresa, la potestad reglamentaria, pero con la salvedad de que, salvo que lo justifiquen razones de urgencia o de interés general debidamente acreditadas, debe abstenerse de adoptar cualesquiera otras medidas y, específicamente, de aprobar el proyecto de ley de presupuestos de la Generalidad, de presentar proyectos de ley al Parlamento y de dictar decretos legislativos, aunque sí puede dictar decretos leyes, conforme al procedimiento y en los supuestos que se determinan en el Estatuto y en las leyes.

Por el contrario, y por lo que se refiere a las Cortes Generales, el artículo 78.2 de la Constitución prevé la existencia en cada una de las Cámaras de una Diputación Permanente con representación proporcional de los diferentes grupos parlamentarios, que cuando haya expirado el mandato de los miembros de las Cámaras tendrá, entre otras, la función de asumir las facultades de estas que se encuentran previstas en los artículos 86 y 116 de la Constitución, en los que se regulan, por un lado, los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad que habilitan al Gobierno para dictar disposiciones legislativas provisionales, bajo la forma de decretos leyes, y, por otro, el procedimiento de declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio.

De la misma manera, y por lo que al ámbito autonómico se refiere, si tomamos como ejemplo el modelo catalán, vemos que el artículo 59 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, prevé la existencia, respecto del Parlamento, de una Diputación Permanente presidida por su presidente o presidenta e integrada por el número de diputados que el Reglamento del Parlamento determine, en proporción a la representación de cada grupo parlamentario, con la misión de velar por los poderes del Parlamento cuando este no está reunido en los períodos entre sesiones, cuando ha finalizado el mandato parlamentario y cuando ha sido disuelto, y con la previsión expresa de que, en caso de finalización de la legislatura o

disolución del Parlamento, el mandato de los diputados que integran la Diputación Permanente se prorroga hasta la constitución del nuevo Parlamento.

A estos efectos, el artículo 66 del Reglamento del Parlamento catalán, aprobado en pleno el día 22 de diciembre de 2005 y vigente desde el día 1 de enero de 2006, establece que una vez expirado el mandato parlamentario, mientras no se constituya el nuevo Parlamento, la Diputación Permanente tiene únicamente las siguientes competencias:

- a) Entender de todo lo que se refiere a la inviolabilidad parlamentaria.
- b) Conocer la delegación temporal de las funciones ejecutivas del presidente o presidenta de la Generalidad en uno de los miembros del Gobierno.
- c) Acordar la comparecencia del Gobierno para informar sobre las actuaciones de este en relación con hechos de importancia especial sucedidos después de la disolución del Parlamento.
- d) Ejercer el control de los decretos leyes y de la legislación delegada.
- e) Autorizar, a petición del Gobierno, por mayoría absoluta de sus miembros, suplementos de crédito o créditos extraordinarios, por razón de urgencia y de necesidad justificada, si lo exige la conservación del orden, una calamidad pública o una necesidad financiera urgente de otra naturaleza.
- f) Ejercer las facultades parlamentarias en materia de constitucionalidad y conflictos de competencia.
- g) Tramitar las propuestas de resolución presentadas en relación con hechos de importancia especial sucedidos después de la disolución del Parlamento, o una vez expirado el mandato parlamentario.

En el caso de las Cortes Generales, las diputaciones permanentes tendrán que dar cuenta a las nuevas Cámaras de los acuerdos adoptados en el citado período, al igual que sucede en el caso del Parlamento catalán, donde la Diputación Permanente, una vez constituido el Parlamento de la nueva legislatura y en la primera sesión plenaria posterior al debate de investidura, da cuenta al Pleno del Parlamento de las decisiones adoptadas y de los asuntos tratados en el período entre legislaturas.

Vemos pues que, a nivel estatal y autonómico, el tratamiento de la problemática producida como consecuencia de la expiración de los mandatos políticos es diferente en el ejecutivo que en el legislativo, pues mientras en el primero se utiliza la fórmula de la prórroga de funciones para evitar los vacíos de poder, en el segundo se prevé la existencia de un órgano permanente que cubra el citado espacio.

### 2.2.2

#### La interpretación del concepto “administración ordinaria”

Señalado el sistema general y centrándonos ya exclusivamente en el mandato de los miembros de los ayuntamientos, el problema más grave que se viene planteando es el del alcance o significado que haya de tener la expresión “administración ordinaria”, para definir el contenido concreto de las funciones de los miembros corporativos durante este corto período, que va desde el día anterior a la celebración de las elecciones, hasta la toma de posesión de las nuevas corporaciones locales surgidas como consecuencia del proceso electoral.

En el sistema anterior a la ya derogada Ley de Elecciones Locales de 1978 este problema no se suscitaba, en la medida en que, desde la Constitución de Cádiz de 1812, era tradicional en nuestro derecho la renovación por mitades de las corporaciones locales, fórmula con la que se evitaba que hubiera períodos de auténtica vacante.

Efectivamente, y circunscribiéndonos al siglo pasado, tanto el Estatuto Municipal de 1924 como la Ley Municipal de 1935, la de Régimen Local de 1955 y el Estatuto de Bases del Régimen Local de 1975, regulaban la renovación por mitades de las corporaciones locales, aunque otorgando cada uno de ellos una duración diferente al mandato de los representantes municipales, a diferencia de lo que sucedía durante el mismo período en la mayoría de países europeos, que, como Luxemburgo desde la Ley Electoral de 1924, o Bélgica desde la Ley de Elecciones Municipales de 1932, ya utilizaban las fórmulas actuales de prórroga del mandato.

En España no fue hasta la Ley de Elecciones Locales de 1978 cuando a este tema se le dió un giro radical, rompiéndose con la técnica de las renovaciones parciales, con lo que parte de la doctrina de la época entendió que se rompía con una fórmula que garantizaba la auténtica continuidad de la Administración municipal y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, y abogaba por la necesidad de regular la constitución de una Comisión gestora que se encargara de la gestión de los intereses locales durante el período electoral.

No fue así, y frente a estas tesis, prevalecieron las que consideraban que el sistema de renovación parcial era poco apto para traducir, en el seno de los órganos municipales, la correlación real de las fuerzas sociales y políticas de una comunidad, propiciando el continuismo y dificultando con ello el principio democrático de alternancia, lo que era especialmente significativo y manifiesto en aquellos momentos históricos, en la medida en que, cuando se promulga la Ley de Elecciones Locales de 1978, se mantenían en las corporaciones locales los miembros procedentes del régimen anterior.

Prescindiendo de la discusión doctrinal anterior, y centrándonos en el problema del alcance de las funciones de las corporaciones locales durante el período de prórroga legal del mandato, lo primero que se constata es que la expresión “administración ordinaria”, tal y como señaló en su momento el Tribunal Supremo<sup>3</sup>, es un concepto jurídico indeterminado que no ha sido prácticamente objeto de debate judicial, motivo por el que carecemos tanto de una jurisprudencia suficiente al respecto, que pueda iluminarnos sobre su contenido y alcance, como de una doctrina sólida, ya que esta prácticamente no se ha pronunciado en relación con esta cuestión.

No obstante lo anterior, resulta evidente que el citado precepto no solo impide a las corporaciones en funciones la adopción de acuerdos que requieran un quórum cualificado, concretamente alguno de los previstos por el artículo 47 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local o en cualquier otra norma con rango de ley, sino también el ejercicio de aquellas otras competencias que excedan de la pura administración ordinaria.

Pero a pesar de que, como entendió en su momento CAZORLA PRIETO, la Ley comprometió un criterio lo más explícito posible al prohibir la adopción de acuerdos que requirieran una mayoría cualificada, de la misma manera que sucede a nivel constitucional con la prórroga del mandato del Gobierno, en cambio no aventuró una definición de lo que teníamos que entender por administración ordinaria y por extraordinaria, por lo que se tendrá que analizar caso por caso.

Ello no puede llevarnos a identificar los asuntos de administración ordinaria con todos aquellos que no requieren un quórum reforzado, como nos indican los propios tribunales<sup>4</sup> en una sentencia dictada como consecuencia de un recurso de apelación interpuesto contra otra sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la impugnación de la aprobación de una ordenanza municipal reguladora de los establecimientos de pública concurrencia del Ayuntamiento de Barcelona.

En este sentido, en su fundamento jurídico tercero la sentencia se manifiesta en los siguientes términos: “Independientemente de que para la apro-

---

3. La STS de 19 de noviembre de 1991 (Ar. 8894) es de las pocas que han tratado este concepto, y aunque no entra a tratar el fondo de la cuestión ni, por tanto, a definir el auténtico significado de este concepto jurídico indeterminado, sí llega a la conclusión de que un acuerdo plenario adoptado durante este período, relativo a cuestiones que no requieren quórum cualificado, nunca implicaría la producción de un acto nulo de pleno derecho, sino únicamente de un acto meramente anulable, pues la posible incompetencia del órgano en funciones no es manifiesta, al no ser evidente y depender de la interpretación que, a tal efecto, se realice del concepto jurídico indeterminado “administración ordinaria”.

4. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1993 (Ar. 3815).

bación de la Ordenanza de que se trata, no era necesaria ninguna mayoría cualificada del Consistorio [...], el propio art. 194.2 de la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, tampoco permite a los miembros de las corporaciones cesantes adoptar acuerdos ajenos a la Administración ordinaria, como indudablemente lo sería la aprobación de una Ordenanza como la debatida, por lo que no habría ciertamente procedido conforme a derecho la Corporación Municipal [...].”

Por tanto, queda claro que, para la jurisprudencia, “administración ordinaria” es un concepto jurídico indeterminado que implica algo más que los asuntos que no requieran quórum cualificado, el problema es precisar su alcance.

Para esta labor no nos sirve la construcción doctrinal civilista desarrollada en torno a los contratos de mandato y representación, ni la doctrina mercantilista elaborada en torno al contrato de comisión, pues nos encontramos ante situaciones con connotaciones diferentes, y en este aspecto sí que se han pronunciado tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>5</sup>, al señalar que la representación política tiene unas notas diferenciadoras de todas las figuras jurídico-privadas que contienen una representación, ya que la representación política no implica, en ningún caso, un mandato representativo de los electores, ni existe, en consecuencia, un deber de obediencia o disciplina de voto que vincule al electo para cargos representativos, ni a sus electores, ni a los partidos o formaciones políticas que patrocinaron su candidatura. En este sentido, recuérdese la jurisprudencia constitucional surgida alrededor de la vinculación que la Ley Electoral de 1978 establecía entre la pertenencia al partido político por el cual se presentó el candidato y la subsistencia del mandato representativo<sup>6</sup>, y la suerte que corrió la demanda interpuesta hace años contra un presidente del Gobierno por incumplimiento de promesa respecto al programa electoral.

En consecuencia, no nos sirve el alcance del concepto “administración” construido en el campo civil en torno al mandato, según el cual el mandatario está autorizado para realizar actos de mera administración, pero no para realizar actos de disposición, y en el que se ha llegado a definir la facultad de

5. PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, en *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo VI, EDERSA, Madrid, 1999, y la STC 76/1983, de 5 de agosto.

6. Entre otras, la STC 10/1983, de 21 de febrero, dictada en relación con un recurso de amparo, considera que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos implica el derecho a permanecer en ellos, permanencia que, en el caso de los concejales, no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, por lo que considera inconstitucional la interpretación que de la anterior Ley de Elecciones Locales 39/1978 se hacía en este sentido.

administrar como aquel conjunto de actos que integran la ordinaria gestión y actuación de las actividades del mandante, siempre que no comporten alteración, gravamen, modificación, transferencia o extinción de una relación jurídica perteneciente a este.

Tampoco nos sirve para entender el alcance concreto del concepto el sistema electoral estatal, ya que la Constitución no aventura una fórmula que defina el ámbito de actuación del Gobierno en funciones, aunque sin duda nos ayuda a acercarnos al concepto el hecho de que la doctrina, unánimemente, haya entendido y se haya decantado por una concepción limitativa de las atribuciones, tanto del Gobierno en funciones como de las diputaciones permanentes, entendiendo que estas últimas no se subrogan en caso de expiración del mandato en todas las competencias de las Cámaras, sino únicamente en las relativas a asuntos de urgencia –decretos leyes y estados de excepción, alarma o sitio–, y que el Gobierno, durante el período de prórroga, no ha de adoptar decisiones importantes que puedan comprometer la política general del Gabinete siguiente.

Se ha entendido, pues, que el Gobierno en funciones es un término medio entre la ausencia de todo gobierno y un gobierno en plenitud de sus atribuciones, cuyas competencias se irán definiendo a través de la costumbre constitucional y del derecho comparado.

En consecuencia, podemos afirmar que las notas características que delimitan la competencia de un Gobierno en funciones son dos:

- La necesidad de gestionar los asuntos corrientes o de ordinaria administración.
- La necesidad de gestionar los asuntos de carácter urgente o de emergencia.

En el mismo sentido, si acudimos al derecho comparado, podremos observar que, con carácter general, el Gobierno en funciones puede adoptar las decisiones que le correspondan como órgano administrativo, que sean necesarias para la marcha normal de la Administración, pero ha de abstenerse de adoptar iniciativas que impliquen la elección de un modelo que pueda comprometer seriamente la actuación política del Gobierno sucesor, salvo que se trate de situaciones de urgencia o de gravedad, pues en este supuesto la situación de *prorrogatio* permite también al Gobierno adoptar acuerdos que trasciendan del puro marco administrativo y se enmarquen en el político.

A estas primeras conclusiones podemos añadir las que se derivan de otras pautas interpretativas como la que nos ofrece el artículo 3 del Código Civil, cuando establece que las normas se han de interpretar según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históri-

cos y legislativos y la realidad social del tiempo en que se han de aplicar, de acuerdo fundamentalmente con su espíritu y finalidad.

Pues bien, a la vista de este precepto y desde el punto de vista de la interpretación gramatical, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que la expresión “administración ordinaria” es evidente que no engloba todos aquellos actos que por su importancia, finalidad o excepcionalidad, no pueden considerarse acontecimientos normales y habituales de una corporación, ya que el diccionario de la Real Academia de la lengua identifica el término “ordinario” con lo que es regular, habitual y cotidiano, y el término “extraordinario”, con lo que está fuera de lo corriente.

Pero también resulta evidente, desde el punto de vista de la finalidad de la norma, que esta previsión legal tiene por objeto evitar los vacíos de poder que se puedan producir, por lo que hemos de entender que el Gobierno en funciones no está solo para administrar lo que es cotidiano, corriente y habitual, sino, en algunos casos, también lo que es excepcional.

Por ello, si partimos de la conjunción de los dos elementos interpretativos antes expuestos, podemos concluir diciendo que una corporación en funciones está facultada, fundamentalmente, para administrar los asuntos cotidianos, aquellos asuntos corrientes y habituales necesarios para que la actividad de la ciudad necesitada de algún nivel de intervención administrativa no se paralice, pero también las situaciones de excepción, como pueden ser, por ejemplo, la adopción de medidas en caso de catástrofes, las contrataciones de obras de emergencia para paliar daños y evitar otros mayores, el ejercicio de acciones judiciales con plazos perentorios, etc.

De todos modos no podemos olvidar que nos encontramos ante una problemática de soluciones casuísticas, en la que las circunstancias concurrentes pueden tener un gran significado. Por ello, tendremos que analizar caso por caso para, a la vista de las circunstancias concretas en que se produzca la necesidad de que una corporación en funciones adopte determinados acuerdos y decisiones, determinar si existe suficiente habilitación legal.

En este sentido, si tuviéramos que aventurar una lista, a la vista de las competencias del Pleno recogidas en el artículo 22 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, se podría llegar a la conclusión de que, prácticamente, todas las competencias plenarias que no requieren quórum especial, exceden de la administración ordinaria, como por ejemplo ocurre con las materias siguientes:

- Aprobación de ordenanzas y reglamentos.
- Creación de órganos desconcentrados.
- Adopción o modificación de la bandera, enseña o escudo de la corporación.

- Establecimiento de precios públicos.
- Establecimiento de nuevos servicios o modificación de la forma de gestión de los existentes.
- Actos nucleares en materia de personal (aprobación de la plantilla, de la oferta pública de empleo, de la relación de puestos de trabajo; determinación del sistema de selección del personal y aprobación de las bases; nombramiento de personal eventual, etc.).
- Enajenación de bienes patrimoniales.

En cambio, las otras competencias plenas incluidas en el precepto indicado, como por ejemplo las modificaciones presupuestarias tendentes a afrontar emergencias o el ejercicio de acciones administrativas y judiciales con términos preclusivos, sin perjuicio de considerar que se trata de actividades extraordinarias, podrían, en función de las razones a que obedezcan, considerarse incluidas dentro de la *prorrogatio*, toda vez que podrían estar provocadas por la necesidad de defender los intereses municipales.

En consecuencia con todo lo anterior podemos concluir diciendo que, siguiendo los dictados del derecho comparado y la técnica interpretativa del artículo 3 del Código Civil, las corporaciones municipales en funciones están facultadas para administrar no solo lo que es cotidiano y habitual del quehacer municipal, sino también aquello que es excepcional pero requiere de una actuación urgente, entendiéndose que todas las otras actividades que excedan de este criterio, es decir, que no obedezcan a una mera administración cotidiana o a la adopción de medidas de emergencia, y que, por tanto, puedan comprometer el futuro, sin existir una necesidad urgente, son inaceptables, especialmente si tenemos en cuenta que las corporaciones entrantes no disponen de las mismas técnicas que las Cámaras legislativas para revisar la actuación provisional de las diputaciones permanentes, y únicamente pueden utilizar las técnicas de revisión de oficio de los actos dictados por las corporaciones locales en funciones, que entrañan mucha mayor dificultad, ya que para ello es necesario que los actos estén viciados de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, no siendo suficiente una razón de oportunidad, y, para la revocación, es presupuesto indispensable que se trate de actos de gravamen o desfavorables<sup>7</sup>.

Lo que sí es seguro, en cambio, es que durante este período se mantiene el régimen de delegaciones interorgánicas que estuviera establecido con anterioridad, sin perjuicio, evidentemente, de la potestad que en todo momento tiene el órgano titular de las mismas de revocarlas o modificarlas.

---

7. Artículo 105.1 de la LRJPAC, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

## 2.3

### Cese automático del personal eventual

El artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, prevé la existencia, en los tres niveles de Administración, del denominado personal eventual, cuyo objeto es la realización de funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, y, en consecuencia, de carácter no permanente.

Se trata de una tipología de personal cuyas características le diferencian de forma radical de los restantes tipos regulados por el EBEP, en particular por lo que se refiere a la libertad para su nombramiento y cese, en nuestro caso, por el presidente de la corporación. También, debido a la necesidad de que con ocasión del cese de la autoridad a la que prestan sus funciones de confianza y asesoramiento, se produzca automáticamente el cese de este personal eventual. Por último porque, en ningún supuesto, las funciones desarrolladas en este régimen pueden constituir un mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna<sup>8</sup>.

Esta previsión legal tiene su correlativo en la esfera local, a nivel de legislación básica, en el artículo 104 de la LRBRL y en el artículo 176 del TRRL<sup>9</sup>.

#### 2.3.1

##### Características esenciales de las funciones del personal eventual

La primera característica que se desprende de la dicción literal del EBEP, es que son dos los límites a tener en cuenta respecto de las funciones que se pueden encomendar a este tipo de personal, al estar circunscritas estas atribuciones a funciones de confianza o asesoramiento especial y a funciones que satisfagan necesidades de carácter no permanente.

a) Funciones de confianza o asesoramiento especial que satisfagan necesidades no permanentes

Respecto de la primera de estas limitaciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>10</sup>, después de apuntar el carácter excepcional de este tipo de personal, ha circunscrito el ámbito material de sus funciones al de las estrictas de confianza y asesoramiento especial, a modo de órgano *staff*, por lo que

8. STS de 22 de octubre de 2014 (Ar. 6324).

9. Existe también legislación autonómica al respecto. A título de ejemplo, en Cataluña, los artículos 304 y 305 del TRLMC y los artículos 9 a 15 del Reglamento de Personal de las Entidades Locales, aprobado por el Decreto 214/1990, de 30 de julio.

10. Sentencia de 25 de abril de 2008 (Ar. 2622).

ha entendido que le están vedadas las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración Pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa, que, por su directa conexión con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, entiende que deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ni tan siquiera pueden formar parte de los órganos de selección de personal, por expresa prohibición contenida en el artículo 60.2 del EBEP, ni tampoco, en opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa manifestada en su Informe número 49/2008, de 29 de enero de 2009, formar parte de las Mesas de Contratación, aunque sí asesorarlas, mediante la emisión de los informes técnicos que estas consideren oportunos.

En similares términos se había pronunciado anteriormente el Tribunal Supremo<sup>11</sup> bastantes años antes, cuando en otra de sus sentencias señaló que el nombramiento de personal eventual tenía que ser restrictivo, al implicar una disminución de los puestos funcionariales, y que, además, tenía que limitarse a desempeñar, únicamente, tareas de carácter no permanente.

Ciertamente, los tribunales<sup>12</sup> han considerado improcedente el nombramiento de personal eventual para la realización de funciones de carácter permanente, o cuya naturaleza entrara en oposición con las funciones de confianza o asesoramiento especial que les caracterizan, hasta el punto de considerar inadecuado el nombramiento de personal eventual para puestos de trabajo tan característicos del ámbito local como el de encargado de obras de un ayuntamiento.

Y es que es tan determinante para la jurisprudencia su auténtica naturaleza, que, cuando es designada una persona como personal eventual para ejercer funciones de confianza, no enerva dicha naturaleza el hecho de que erróneamente se haya formalizado un contrato laboral<sup>13</sup>, aun a pesar de que la jurisdicción laboral es claramente incompetente para conocer de estas relaciones<sup>14</sup>. Tampoco han dudado los tribunales<sup>15</sup> en reconocer la existencia de

11. Sentencias de 12 de diciembre de 1997 y 2 de septiembre de 2004 (Ar. 9587 y 5606).

12. Sentencias de los tribunales superiores de justicia de Castilla y León de 3 de marzo de 2000 (Ar. 421), de Extremadura de 2 de marzo de 1999 (Ar. 677) y de Cataluña de 3 de julio de 2009 (Ar. 781).

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 31 de julio de 1996 (Ar. 2740).

14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de marzo de 1996 (Ar. 276).

15. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 25 de febrero de 1996 (Ar. 164).

una relación laboral cuando las funciones del personal eventual nombrado no se atenían a los imperativos legales, como era el caso de un conductor contratado.

En idéntico sentido se viene manifestando la doctrina de los tribunales del orden social<sup>16</sup>, que también ha venido interpretando que, para aplicar el régimen jurídico de los funcionarios y no el del personal laboral, ha de darse una verdadera relación de personal eventual en los términos que el propio precepto del EBEP establece, y este no atiende simplemente a la formalidad del nombramiento, sino, de modo expreso, a las funciones atribuidas, expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial.

Es aquí donde cobra particular relieve la necesidad de que los tribunales a los que se somete la impugnación del cese analicen la conformidad de la relación a una u otra naturaleza jurídica, de manera que, cuando queda acreditado que las funciones atribuidas al trabajador carecen de esas notas propias de los puestos de confianza o asesoramiento especial, y sin las connotaciones propias del personal al que se refiere el citado art. 12 EBEP, se han decantado siempre por calificar la relación de laboral.

b) Ejercicio de funciones de carácter directivo

Según el artículo 176.2 del TRRL, este tipo de personal podría en principio desarrollar funciones de carácter directivo atribuidas a puestos de trabajo que estuvieran incluidos en la relación de puestos de trabajo de la entidad local, cuando las personas que los hayan de ocupar reúnan las condiciones específicas que se exigen a los funcionarios para desarrollar este tipo de funciones.

No obstante lo anterior, la vigencia de esta última previsión no es actualmente pacífica, ya que hay algunos autores, como M. SÁNCHEZ MORÓN<sup>17</sup>, que consideran que desde la promulgación del EBEP esta posibilidad ha quedado totalmente proscrita, por entender que las previsiones contenidas al respecto en el artículo 176.2 del TRRL han quedado tácitamente derogadas, desde el momento en que el EBEP, que tiene naturaleza básica, distingue claramente entre personal eventual y personal directivo, y circunscribe sus funciones a las de confianza o asesoramiento especial de los órganos de gobierno. En la

16. STS de 20 de octubre de 2011 (Ar. 529/2012). Esta sentencia se hace eco de las SSTs de 22 de enero de 2008 (Ar. 2774) y 14 de octubre de 2008 (Ar. 7382), que para un caso en que se trataba de analizar la legalidad de la contratación administrativa para servicios específicos entendieron que, pese a que la contratación había sido efectuada bajo la formalidad administrativa, el contenido de la relación era propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el art. 1.1 del ET.

17. En su obra *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Editorial Lex Nova, 2007.

misma línea parece situarse el magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Francisco SOSPEDRA NAVAS<sup>18</sup>, aunque sin decantarse de forma definitiva por una u otra opción, cuando señala como argumento a favor de esta postura que: “[...] el artículo 12.1 del EBEP restringe expresamente el ámbito de nombramiento del personal eventual al contemplar expresamente que el personal eventual solo puede desempeñar servicios con ‘carácter no permanente’; ello supone la incompatibilidad sobrevenida del artículo 176.2 del Real decreto 781/1986, en el sentido que el desempeño de puestos de carácter directivo en las corporaciones locales supone la prestación de servicios con carácter permanente, puesto que es indudable que el directivo atiende a funciones permanentes de la Administración, [...]”.

Otros sectores<sup>19</sup>, en cambio, consideraron que el artículo 176.2 del TRRL no está derogado, por entender que el artículo 13 del EBEP no es de aplicación inmediata mientras no hayan sido dictadas las normas de desarrollo a las que se refiere su apartado primero, coincidiendo con ello con el criterio mantenido por el Ministerio de Administraciones Públicas, que, por lo que a su aplicabilidad directa e inmediata se refiere, dictó en su día unos criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración local, en los que entendía que, conforme a lo establecido en el apartado 3 de la disposición final cuarta del EBEP, hasta que no se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantienen en vigor las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, continuando, como consecuencia, en vigor las previsiones de la LRBRL, del TRRL y de sus normas reglamentarias de desarrollo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que estos criterios del MAP condicionaban esta interpretación al hecho de que las normas transitoriamente vigentes **no se opusieran a lo establecido en el propio EBEP**, como parece que sucede en este caso, desde el momento en que en su artículo 12 las funciones del personal eventual se limitan a las de confianza o asesoramiento especial; de ahí que el propio documento, en su apartado 5.º, manifestase expresamente que: “El artículo 176.3 TRRL hay que entenderlo implícitamente derogado al oponerse al contenido del artículo 12”.

18. En su trabajo “Tipos de empleados públicos”, publicado en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, número 19, editada por la Fundación Democracia y Gobierno Local.

19. La Guía práctica del EBEP publicada por la Diputación de Barcelona, en la que respecto del personal directivo se señalaba que, hasta que se dictaran las correspondientes leyes de desarrollo del EBEP por el Estado y las comunidades autónomas, se mantendría el régimen jurídico que se aplicaba hasta entonces al personal eventual, se alineaba con esta postura.

El problema que se plantea en este caso no es tanto si el personal eventual puede desempeñar funciones directivas, que yo entiendo que no, como cuál es el régimen jurídico actual del personal directivo local hasta tanto se desarrollen las previsiones del EBEP en los términos previstos por su artículo 13.1, ya que, como acertadamente señala Miguel SÁNCHEZ MORÓN en la obra comentada anteriormente, el EBEP no impone la existencia necesaria del régimen específico del directivo público, sino que lo regula como una mera posibilidad precisada de desarrollo, por lo que si no se crea este tipo de personal, estas funciones pueden ser desarrolladas por personal idóneo profesionalmente hablando, ya se trate de personal funcionario o de personal laboral.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el caso de Cataluña el artículo 306 del TRLMC, que según esta segunda postura doctrinal está vigente mientras no se desarrolle el EBEP, contempla expresamente la existencia de personal directivo, con la previsión de que ha de tener necesariamente la consideración de personal eventual, la cuestión que tendríamos que plantearnos, más que si el personal eventual puede desempeñar funciones directivas, que insisto, entiendo que no es posible, es si, a falta de un régimen jurídico específico, el personal directivo puede seguir teniendo la condición de personal eventual, manteniendo su condición prioritaria de directivo, hasta que se produzca el esperado desarrollo reglamentario.

La opción por una u otra postura doctrinal es difícil, pues, si bien es cierto que los criterios establecidos por el Ministerio de Administraciones Públicas parecerían dar cobertura a la segunda de estas posturas, también es cierto que el apartado 3 de la disposición final cuarta del EBEP dispone que, hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantienen en vigor las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, pero con la previsión de que ello será así **en tanto no se opongan a lo establecido en el propio EBEP**, y lo cierto es que las previsiones contenidas en el artículo 176.3 del TRRL y 306 del TRLMC se oponen en cierto modo al carácter no permanente de las funciones propias de este tipo de personal, y exceden de las estrictas de confianza y asesoramiento especial.

En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>20</sup>, aunque refiriéndose a la Administración autonómica, ha entendido que: “El personal eventual es una excepción, o al menos debe serlo, en el conjunto general del personal al servicio de la Administración Pública, pues por lógica debe darse

---

20. Sentencia de 3 de julio de 2009 (Ar. 781).

preferencia siempre al funcionario de carrera. El personal eventual solo aparece justificado en el organigrama de la Función Pública, por la específica función que desempeña, esto es, de especial asesoramiento, por ello dicho personal eventual no puede acceder a puestos reservados a funcionarios”.

Para, a continuación, no dudar en aplicar directamente el artículo 12 del EBEP; y, tras señalar que se ha de analizar caso por caso el ajuste de los puestos de trabajo de personal eventual a las funciones que la ley les reserva, llega a la conclusión de que puestos tales como la dirección de los museos de la Ciencia y de Historia, y los puestos de director de la Casa de las Lenguas o del Centro de Mediación Familiar de Cataluña, deberían estar reservados a funcionarios, ya que en su función no aparece justificada ni la confianza ni tampoco el asesoramiento exigible en estos casos.

En esta línea, una parte de la doctrina más autorizada, que comparto plenamente<sup>21</sup>, se decanta claramente por entender que, a partir del EBEP, la posibilidad de que este tipo de personal desempeñe funciones directivas, o la de que exista la figura del personal directivo eventual, es inexistente por los siguientes motivos:

- En primer lugar, por entender que el contenido del artículo 176.3 del TRRL constituyó en su momento una extralimitación de esta norma, al suponer la creación de una figura de directivo eventual inexistente en la legislación que tenía que refundir y armonizar.
- En segundo lugar, y en este caso respecto de la legislación autonómica catalana, por considerar que a la luz de la jurisprudencia constitucional<sup>22</sup>, que reconoce el carácter básico del artículo 12 del EBEP, a la legislación autonómica le está vedada toda posibilidad de atribuir otras funciones diferentes de las que establece el EBEP al personal eventual, como serían las de carácter directivo, que, por su propia esencia, como ya hemos apuntado, tienen carácter permanente.
- En tercer y último lugar, como consecuencia del posicionamiento del Tribunal Supremo, claramente contrario a esta posibilidad<sup>23</sup>.

En cualquier caso, de entenderse que esta posibilidad de personal directivo sometido al régimen del personal eventual está transitoriamente vigente, resultarían de aplicación a este tipo de personal las exigencias propias que en

21. Joan MAURI MAJÓS. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. Conferencia impartida en la sesión del *Seminari de Dret Local* de la Federació de Municipis de Catalunya de 13 de marzo de 2015, bajo el título *Personal directiu i personal eventual*.

22. STC 156/2013, de 23 de septiembre.

23. Entre otras, SSTs de 20 de julio de 2011 y 8 de octubre de 2012 (Ar. 5666, 6598).

materia de incompatibilidades son imputables a los directivos de acuerdo con lo dispuesto por la LRBRL.

### 2.3.2

#### Presupuestos legales necesarios para su existencia

Si estas son las características de este tipo de personal por lo que se refiere a las funciones que pueden desarrollar, también existen importantes especialidades que condicionan su existencia, ya que se trata de puestos de trabajo de asesoramiento o de confianza especial que necesitan para su existencia de una serie de presupuestos legales. En primer lugar, que la corporación, al inicio de su mandato y en sesión plenaria, a efectos de su posterior inclusión, tanto en la plantilla<sup>24</sup> como, si así lo exige la legislación autonómica aplicable<sup>25</sup>, en la relación de puestos de trabajo de la corporación, determine los siguientes extremos:

##### a. Su número

Respecto de su número, con la reforma operada en la legislación básica por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el artículo 104 bis y en la disposición transitoria 10.<sup>a</sup> de la LRBRL, se establece un número máximo de personal eventual para ayuntamientos, diputaciones, consejos o cabildos, según su población, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Excepcionalmente, 1 en municipios de 2000 a 5000 habitantes, cuando no haya concejales en régimen de dedicación exclusiva.

24. Artículo 126.1 de la LRBRL.

25. A diferencia de la Administración del Estado, a la que el artículo 15.1.a) de la Ley 30/1984 exige que el número y características de los puestos de trabajo de su personal eventual figure en las relaciones de puestos de trabajo, en la Administración local no existe precepto básico que contemple idéntica exigencia, por lo que se tendrá que estar a lo que disponga en cada caso la legislación autonómica, aunque en aquellos supuestos en que resulte exigible no será necesaria la previa negociación colectiva ni la consulta a las organizaciones sindicales, porque tal y como afirma el magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS, en su trabajo publicado en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, número 19, editada por la Fundación Democracia y Gobierno Local, con el título “Tipos de empleados públicos”, el Tribunal Supremo, entre otras muchas en sus sentencias de 22 de mayo de 2006 y 25 de abril de 2008 (Ar. 2373 y 2622), ha entendido que cuando la modificación de la relación de puestos de trabajo se inserta dentro de lo que es propiamente organización de servicios, como es el caso de la determinación inicial de los puestos de trabajo del personal eventual por el Pleno, no es necesario.

No obstante, en el caso de que se entienda subsistente la posibilidad de nombrar personal eventual para el ejercicio de funciones directivas transitoriamente, en este supuesto sí que deberán figurar estos puestos de trabajo en la relación de puestos de trabajo, por imperativo de lo dispuesto por el artículo 176.2 del TRRL.

- 1 en municipios de 5001 a 10 000 habitantes.
- 2 en municipios de 10 001 a 20 000 habitantes.
- 7 en municipios de 20 001 a 50 000 habitantes.
- La mitad de los concejales en municipios de 50 001 a 75 000 habitantes.
- El mismo número de concejales en municipios de 75 001 a 500 000 habitantes.
- 0,7 % del número total de puestos de trabajo de la plantilla en municipios de más de 500 000 habitantes<sup>26</sup>.
- En las diputaciones, el número máximo que resulte aplicable al municipio más poblado, y en los consejos y cabildos insulares, el mismo número de miembros del cabildo en las islas de más de 800 000 habitantes, y el 60 % de sus cargos electos si tienen una población menor.
- Ninguno en el resto de entidades locales u organismos dependientes (EMD, mancomunidades, consorcios, áreas metropolitanas), aunque en Cataluña, respecto de las comarcas y las veguerías, por aplicación de la disposición adicional 3.<sup>a</sup><sup>27</sup> de la LRSAL, les resultaría aplicable el régimen de las diputaciones. Más discutible sería su aplicación, al amparo de dicha disposición, a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipio, al no tratarse de una entidad local supramunicipal.

Respecto de las mancomunidades y las áreas metropolitanas, en el caso catalán se suscitan algunas dudas<sup>28</sup>, pues aunque son entidades contempladas en su Estatuto de Autonomía de forma genérica, a las que se atribuyen competencias de prestación de servicios públicos locales, al estar reguladas de forma específica por la legislación básica, es más difícil considerarlas como sistema institucional propio de Cataluña. En

---

26. Previsión que según Joan MAURI I MAJÓS hay que entender referida no tanto al número de puestos de trabajo como al número de plazas presupuestadas en la plantilla, con independencia de que se trate de plazas cubiertas y de su régimen jurídico.

27. Según el número 2 de esta disposición: “2. En el caso de las Comunidades Autónomas con un sistema institucional propio, las referencias de esta Ley a las Diputaciones provinciales se entenderán efectuadas a los entes locales supramunicipales previstos en los correspondientes Estatutos de Autonomía a los que se atribuyen competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios y prestación de servicios públicos locales”.

28. Según las instrucciones dictadas por el MHAP en su momento, en el caso del resto de entidades locales diferentes de los municipios, las provincias y las islas, y en los organismos y entidades dependientes de todas las entidades locales, no podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual (art. 104 bis LRSAL), sin que la Nota explicativa dictada por el Departament de Governació de la Generalitat de Cataluña planteara una opción interpretativa diferente.

otras palabras, tratándose de entidades locales comunes a todo el espectro estatal, parece lógico pensar que si el legislador hubiera querido permitir que este tipo de entes locales pudieran disponer de personal eventual, lo habría establecido de forma expresa.

Además, este tipo de personal deberá prestar, necesariamente, sus servicios en los servicios generales de la entidad, aunque, excepcionalmente, se podrán asignar funcionalmente a otros servicios o departamentos de la estructura propia de la entidad si así lo dispone el ROM, previsión absolutamente lógica, si tenemos en cuenta que sus funciones son de asesoramiento especial y personal al órgano que les nombra, que no es otro que el presidente de la corporación, o a quien este determine.

Esta medida, que resultó de aplicabilidad inmediata con la entrada en vigor de la Ley (de ahí la obligación del presidente de informar al Pleno, en el plazo máximo de un mes desde esta entrada en vigor, de cómo había dado cumplimiento a esta disposición), comportó la imposibilidad de aumentar el número de personal eventual que existiera a 31 de diciembre de 2012 y la obligación de publicar en la Sede Electrónica, con carácter semestral, el número de puestos eventuales existentes, y de que el presidente de la entidad diera cuenta al Pleno trimestralmente del cumplimiento de dichas previsiones.

No obstante, la disposición transitoria 10.<sup>a</sup> estableció una moratoria, hasta el 30 de junio de 2015, para las entidades locales que cumplieran con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, si su plazo medio de pago a proveedores no superaba en más de 30 días el plazo legalmente previsto, que fue objeto de una nota aclaratoria del Ministerio con fecha 15 de enero de 2014.

#### **b. Sus características**

Estas características entendemos que integran, como mínimo, la denominación del puesto de trabajo, la relación y detalle de sus funciones, y su dedicación y régimen de incompatibilidades, que en todo caso será, como mínimo, el previsto por la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, aunque, en Cataluña, el artículo 317 del RPEL atribuye al alcalde la determinación de su horario e intensidad de su dedicación en función de las necesidades del servicio.

#### **c. Sus retribuciones**

Realizada la determinación anterior, y dentro de los límites que esta decisión implica, el alcalde podrá proceder libremente al nombramiento de este personal, con el único requisito formal de que dicho nombramiento, su régimen de retribuciones y su dedicación, se hagan públicos

a través del Boletín Oficial de la Provincia<sup>29</sup> y, en su caso, del Boletín de Información de la corporación, y entiendo que también en los medios electrónicos de información de que disponga el ayuntamiento –web municipal y sede electrónica–<sup>30</sup>.

Esta libertad de nombramiento implica, evidentemente, la correlativa libertad de cese por parte de la misma autoridad, como en numerosas ocasiones ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>31</sup>, que pone como únicos límites a esta libertad la arbitrariedad o la desviación de poder debidamente acreditada, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine<sup>32</sup>.

### 2.3.3 Efectividad de su cese

El problema fundamental consiste en determinar el verdadero alcance de la previsión legal de que este personal eventual cese, automáticamente y en todo caso, cuando, como señala el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, cese o expire el mandato de la autoridad a la que presta sus funciones de confianza o asesoramiento especial, pues si bien cuando este cese se produce como consecuencia del cese del alcalde durante la vigencia de su mandato no se presenta ningún problema interpretativo, en cambio, cuando se produce como consecuencia de la expiración del mandato del alcalde con motivo de la expiración de su mandato como concejal, presupuesto básico del anterior, se nos plantea una cierta problemática, pues con una interpretación estricta tendríamos que llegar a la conclusión de que el cese de este personal se ha de producir, de forma automática, a los cuatro años de las elecciones anteriores o, en todo caso, el día anterior a la celebración de las nuevas elecciones, es decir, antes de que el alcalde deje de realizar definitivamente sus funciones como tal, porque se ha de tener en cuenta que, como ya hemos comentado anteriormente, la Ley Electoral prevé una prórroga del mandato corporativo, aunque únicamente en funciones de administración ordinaria, que hace que este se alargue hasta que se produzca la constitución de la nueva corporación,

29. En Cataluña, según el artículo 304.3 del TRLMC, también en el DOG.

30. Esta publicidad y el correspondiente acuerdo plenario serán nuevamente necesarios cuando, a lo largo de la vigencia de estos nombramientos, varíen, bien sus retribuciones o régimen de dedicación, bien sus características fundamentales.

31. Sentencia de 3 de abril de 1992 (Ar. 2836).

32. Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1992 (Ar. 2836).

es decir, un mínimo de 21 días y un máximo de 41 días, según se interponga o no recurso contencioso electoral contra el acto de proclamación de candidatos.

Esto, unido al hecho de que el nuevo alcalde no puede proceder al nombramiento de las personas que hayan de ocupar estos puestos de confianza durante el siguiente mandato hasta que el Pleno haya determinado su número, características y retribuciones, hace que el período durante el cual el alcalde tenga que prescindir de estos puestos de trabajo se dilate aún más, circunstancia que, cuando hay coincidencia entre el alcalde saliente y el alcalde entrante, produce una cierta distorsión, ya que este se ve obligado a prescindir de su personal de confianza durante un período de tiempo en el cual él está ejerciendo sus funciones, y en unos momentos en los que seguramente más necesario le resulta este tipo de personal.

Esta circunstancia ha dado lugar a que, en numerosas corporaciones, o bien se interprete ampliamente la Ley, en el sentido de que el cese automático de este personal se produce cuando finaliza no solo la duración del mandato de la autoridad que los nombró, sino también el período de prórroga legal, postura que considero más adecuada, o bien se acuda a numerosas picarescas para mantener a este personal *de facto* en el ejercicio de sus funciones.

En relación con esta cuestión, en algún foro se ha mantenido, incluso, que en la medida en que estos cargos son designados por el alcalde y su mandato se extiende, en régimen de administración ordinaria, hasta que tome posesión su sucesor, dichos cargos no deberían cesar hasta que ello se haga efectivo, dando a entender que si en la sesión constitutiva el alcalde elegido no toma posesión, como el alcalde en funciones continuaría en el ejercicio del cargo, el nombramiento del personal eventual estaría vigente hasta la definitiva toma de posesión del nuevo alcalde.

Esta circunstancia se produciría, por ejemplo, si el alcalde elegido no se encontrara presente en la sesión constitutiva, en cuyo caso, según el artículo 40 del ROF, sería requerido para tomar posesión en el plazo de 48 horas ante el Pleno de la corporación.

En mi opinión esta tesis no se puede mantener, ya que aunque el nuevo alcalde tarde, en este caso, 48 horas en tomar posesión, el alcalde saliente ha perdido su condición como tal, al ir esta condición indisolublemente unida a su cargo de concejal, por lo que, cesando en este, cesa automáticamente en su condición de alcalde.

Por otra parte, para quienes defienden la tesis anteriormente comentada de la viabilidad legal de la existencia actual de personal directivo en régimen de personal eventual, también se ha planteado en Cataluña la posibilidad de distinguir entre personal eventual de confianza o asesoramiento especial y

personal eventual de dirección, a fin de mantener que estos últimos, dado el carácter más permanente de sus funciones, no han de cesar necesariamente de forma automática con motivo del cese del alcalde, pero esta postura parece excesivamente forzada, pues aunque defendiéramos esta tesis, que no es el caso, habría que tener en cuenta que si el artículo 306 del TRLMC les otorgó la necesaria condición de personal eventual, era precisamente para que les fuera aplicable su régimen jurídico.

En cualquier caso, y sea cual sea el criterio que sobre el momento de cese de este personal se adopte en cada corporación local, una cosa es clara, y es que el cese se produce automáticamente, o lo que es lo mismo, no requiere, *a priori*, de un acto expreso en este sentido, lo que significa que, llegada la fecha de expiración del mandato corporativo, se ha de dar de baja a este personal de la seguridad social y de la nómina del personal de la corporación, procediéndose a realizar la liquidación correspondiente<sup>33</sup>.

Para finalizar, únicamente señalar que es tal la identificación de este personal con las circunstancias de la autoridad que lo nombra, que algunos municipios prevén en su reglamento orgánico que, con motivo del inicio y del cese de sus funciones, el personal eventual efectúe las declaraciones que exige el artículo 75.5 de la LRBRL a los concejales, cuando esta exigencia, de acuerdo con la disposición adicional 15.<sup>a</sup> de la LRBRL, además de a los concejales, únicamente resulta exigible al personal directivo local y a los funcionarios con habilitación de carácter estatal que hayan sido nombrados mediante libre designación, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

## 2.4

### Operaciones de liquidación de la corporación

Otra consecuencia derivada de la expiración del mandato de los miembros de la corporación saliente, que a la vez constituye un acto preparatorio y necesario para la constitución de la nueva corporación, la constituye el hecho de que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36 del ROF<sup>34</sup>, el tercer día anterior al señalado por la legislación electoral para la sesión constitutiva del nuevo ayuntamiento, es decir, 17 días después de celebrarse las elecciones,

33. Esto plantea una difícil situación a los secretarios y a los interventores de las corporaciones locales, en especial a estos últimos, porque al cesar por ministerio de la ley, no precisan de acto administrativo alguno para dar de baja a este personal de la nómina.

34. Respecto de las provincias, idéntica previsión se contiene en el artículo 56 del ROF.

los concejales cesantes, tanto del Pleno como, en los ayuntamientos donde exista, de la Junta de Gobierno, se han de reunir en sesión convocada al único efecto de aprobar el acta de la última sesión celebrada.

Nos encontramos ante sesiones de liquidación que, aunque el ROF no precisa su carácter, son de naturaleza extraordinaria, pues ni se insertan en las previstas como ordinarias en el régimen de sesiones acordado por la corporación, ni admiten la incorporación en su orden del día de otros asuntos diferentes de los que constituyen su única finalidad.

A pesar de no estar contemplada esta previsión más que en una norma de carácter supletorio como es el ROF, nos resulta acertada, en la medida en que es lógico que solamente puedan aprobar las actas de estos órganos los miembros de la corporación que participaron en las sesiones a las que estas se contraen y que, por tanto, conocen las auténticas circunstancias que se produjeron en las mismas.

En cambio, no se prevé idéntica operación respecto de las actas de los otros órganos colegiados municipales, principalmente órganos de asesoramiento y órganos de participación ciudadana, cuando se dan idénticas circunstancias, de la misma manera que sucede respecto de las actas de los órganos colegiados de gobierno de los posibles organismos autónomos que, para la gestión de servicios o la realización de actividades, puedan existir en el ayuntamiento.

Esta omisión suele subsanarse con la previsión correspondiente en el reglamento orgánico municipal y en los estatutos reguladores de los organismos autónomos, y, de hecho, es práctica habitual que se produzcan estas operaciones de aprobación de la última acta, no solamente respecto de las correspondientes al Pleno y a la Junta de Gobierno, sino también respecto de las de los otros órganos colegiados de la corporación, aunque no sean de carácter decisorio, como ocurre con las Comisiones Informativas y con los órganos colegiados de participación ciudadana.

Y es que en caso contrario, de existir actas que por cualquier circunstancia estuvieran pendientes de someterse a aprobación, si esta no se produce con anterioridad a este acto de liquidación, estas actas serían perpetuamente borradores, y, al no estar incorporadas a los libros oficiales correspondientes, no estarían protegidas por la presunción *iuris tantum* de la que, en tanto que instrumento público solemne, goza el libro de actas.

Ello no quiere decir que no exista la posibilidad de probar la existencia de estos acuerdos, ya que no solo podría utilizarse cualquier otro medio de prueba de su existencia válido en derecho, sino que, además, al amparo de lo dispuesto por el artículo 206 del ROF, siempre existe la posibilidad de expedir certificaciones de los acuerdos correspondientes a estas sesiones, haciendo

la advertencia o salvedad de que el acta está pendiente de aprobación, y a reserva, por tanto, de los términos que resulten de esta aprobación.

Pero cuando no existe ni tan solo un borrador de acta debidamente firmado, la única posibilidad de certificar radicará en que se emitan estas certificaciones en base a la documentación que figure en el expediente, siempre y cuando conste en este la diligencia de aprobación por el órgano correspondiente.

### 3

## Constitución de los ayuntamientos

Por lo que a la subsiguiente constitución del ayuntamiento se refiere, la nueva corporación surgida como consecuencia de los resultados del proceso electoral se ha de constituir, en sesión pública, el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiera presentado recurso contencioso electoral contra la proclamación de los concejales electos, constituyéndose, en este caso, el cuadragésimo día posterior a las elecciones, tal y como claramente preceptúa el artículo 195 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Para ello es necesario que concurran a la sesión la mayoría absoluta de los concejales electos, ya que, de lo contrario, se tendría que celebrar sesión dos días después, quedando constituida la corporación fuera cual fuera el número de concejales presentes<sup>35</sup>. En la misma sesión, como veremos, se ha de proceder a la elección del alcalde.

Respecto de las restantes entidades locales supramunicipales<sup>36</sup> se habrá de estar a sus disposiciones específicas, que, por lo que a las provincias se

35. Según acuerdo de la Junta Electoral Central de 19 de junio de 1991, un solo concejal, en ningún caso, puede constituir la corporación.

36. Circunscribiéndonos a Cataluña, y más concretamente al ámbito metropolitano, las previsiones de constitución de las veguerías, las comarcas y el Área Metropolitana de Barcelona se concretan en las siguientes normas:

- **Veguerías**

En cuanto a las veguerías, la disposición transitoria primera de la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, prevé que los consejos de veguería de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona se constituirán, sustituyendo a las diputaciones provinciales correspondientes, después de la celebración de las elecciones locales próximas, de acuerdo con el régimen previsto en su artículo 26, que prevé que la sesión constitutiva tenga lugar el trigésimo día siguiente a la constitución de los ayuntamientos.

Respecto de los restantes consejos de veguería –Les Terres de l'Ebre, La Catalunya Central y L'Alt Pirineu–, se prevé que su constitución quede diferida al momento en que se haya aprobado la modificación de la legislación estatal correspondiente, momento a partir del cual la Veguería de Tarragona pasará a denominarse Camp de Ta-

refiere, se concretan en el artículo 57 del ROF, en concordancia con los artículos 205 y siguientes de la LOREG, que prevén que la sesión constitutiva de las diputaciones se celebre, en primera convocatoria, a las 12 horas del quinto día posterior a la proclamación de los diputados electos, si concurren a la misma la mayoría absoluta de estos, o, en su defecto, dos días después a la misma hora cualquiera que fuera el número de diputados que concurriera.

A estos efectos, la Junta Electoral de Zona, una vez constituidos todos los ayuntamientos de la provincia, procederá a realizar las operaciones previas necesarias para hacer posible esta proclamación, con la previsión introducida por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, de que el proceso de constitución de las diputaciones deberá aplazarse hasta que se hayan resuelto previamente todos los recursos contencioso-electorales contra la proclamación de concejales electos en los municipios de la provincia, pero no esperará, en cambio, a las eventuales convocatorias y celebración de elecciones en municipios concretos, derivadas de la falta de candidaturas o de la anulación total o parcial del proceso por los tribunales. En este supuesto, si como consecuencia de las elecciones parciales, posteriormente, se altera la distribución de puestos en la diputación, las Juntas Electorales de Zona realizarán las operaciones necesarias para hacer una nueva asignación.

Ahora bien, para hacer efectiva la constitución de los nuevos ayuntamientos y restantes entidades locales, es necesario que se desarrolle una importante actividad municipal, tanto de carácter previo a la citada fecha, como durante la sesión constitutiva, que analizaremos seguidamente.

---

rragona; y, en el caso de la Veguería de L'Alt Pirineu, a que se produzca la necesaria alteración de los límites provinciales.

- **Comarcas**

En cuanto a las comarcas, el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Organización Comarcal, aprobado por el Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, prevé que el consejo comarcal se constituye en sesión pública en la capital de la comarca el primer día hábil después de transcurridos 15 días naturales a contar del día siguiente al del acto de proclamación de los miembros electos del consejo por la Junta Electoral.

- **Área Metropolitana de Barcelona**

Respecto del Área Metropolitana de Barcelona, el Consejo Metropolitano se constituirá, según establece el artículo 7.3 de su Ley reguladora 31/2010, de 3 de agosto, el décimo día, o el siguiente si es inhábil, posterior a la finalización del plazo de 30 días que desde la constitución de los ayuntamientos tienen estos para elegir a sus representantes en el Consejo que no sean miembros natos. A estos efectos, su disposición transitoria 5.<sup>a</sup> contiene los pormenores relativos a la constitución del primer Consejo Metropolitano.

### 3.1 Actividades preliminares

Con carácter previo a la celebración de la sesión constitutiva, las actividades preliminares a realizar para que esta se desarrolle debidamente, y para que los concejales electos puedan tomar posesión de sus cargos en los plazos establecidos por nuestro derecho positivo, son las siguientes:

#### 3.1.1 Formulación de las declaraciones de bienes y actividades por los concejales y concejales electos

Una vez efectuada por la Junta Electoral de Zona correspondiente la proclamación de electos en los plazos previstos por el artículo 108 de la LOREG, a la vista del resultado del escrutinio general y una vez expedidas las correspondientes credenciales, aquellos, tal y como ha señalado la Junta Electoral Central en diversos acuerdos<sup>37</sup>, pasan a tener la condición de concejales electos, y a ostentar los derechos inherentes a tal condición, fundamentalmente el de tomar posesión de su cargo, para lo cual es requisito previo, según el número 8 del citado precepto, además de jurar o prometer acatamiento a la Constitución en los términos que más adelante se analizarán, cumplimentar los otros requisitos previstos en las leyes o reglamentos específicos.

Uno de estos requisitos consiste en la obligación que el artículo 75 de la LRBRL impone a los concejales electos de formular, antes de la toma de posesión, dos declaraciones, una sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o les pueda proporcionar ingresos económicos, y otra de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos de la renta y sociedades, ya que el impuesto de patrimonio fue prácticamente suprimido en el año 2008<sup>38</sup>.

La emisión de estas declaraciones se ha de producir, según el citado artículo, antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y cuando se modifiquen las circunstancias de hecho, de lo que se desprende que esta obligación incumbe no solamente a los concejales entrantes, sino también a los salientes,

37. Acuerdos de 8 de mayo de 1990, 18 de octubre de 1991 y 15 de julio de 1994.

38. Lo cierto es que, más que suprimirlo, lo que se hizo fue establecer una bonificación del 100 % de su importe, lo que en principio exigiría efectuar las declaraciones correspondientes, pero esto no es posible, porque el legislador derogó todo lo relativo a sus normas de gestión.

de manera que aquellos concejales que hayan cesado en sus cargos por expiración del mandato y de la prórroga legal, habrán de efectuar estas declaraciones, de la misma manera que los concejales electos que hayan de tomar posesión durante el nuevo mandato.

El problema se plantea en relación con los concejales cesantes que repitan mandato como consecuencia del resultado electoral, pues en estos supuestos la literalidad de la norma obligaría a que efectuasen estas declaraciones dos veces, una con ocasión de su cese, ya que este efectivamente se produce, y otra con carácter previo a la toma de posesión como consecuencia de su nueva proclamación, pero una interpretación racional de la norma permite entender que, en estos supuestos, efectuando las declaraciones una sola vez se cumpliría esta doble obligación, en la medida en que las declaraciones con motivo del cese y con motivo de la toma de posesión coinciden en el tiempo y lo contrario constituiría una duplicidad.

Incluso en el caso en que el concejal electo tarde un tiempo en materializar su toma de posesión<sup>39</sup>, esta solución sería factible, ya que con motivo del cese habría efectuado las declaraciones, y como este se produce cuando ya ha sido proclamado de nuevo concejal electo, y es a partir de esta fecha y antes de la toma de posesión cuando los proclamados tienen que formular estas declaraciones, el único requisito que le quedaría por cumplir sería el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, exceptuando el caso, claro está, de que durante este período se hayan modificado las circunstancias de hecho en base a las cuales se efectuaron las citadas declaraciones, pues en este supuesto el artículo 75 de la LRBRL, como ya hemos señalado, obliga a repetir las, con el objeto de incluir estas nuevas circunstancias.

Mayor problema interpretativo se planteaba con el hecho de si el cumplimiento de este requisito es o no presupuesto básico para tomar posesión del cargo, como parece querer exigir el citado precepto al establecer que se han de formular las declaraciones antes de la toma de posesión.

Para MORELL OCAÑA, nadie puede impedir la toma de posesión del elegido, basándose en que aún no ha cumplido con la obligación de declarar, pero lo cierto es que la Junta Electoral Central, en su acuerdo de 17 de junio de 1987, interpretó que, en la medida en que el artículo 108.8 de la LOREG establece que, para adquirir la plena condición de sus cargos, los candidatos electos, además de jurar o prometer acatamiento a la Constitución, han de

---

39. Recuérdese que, como ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 21 de octubre de 1988, durante la vigencia del mandato no existe término preclusivo para la toma de posesión del concejal, al no establecerse nada al respecto, ni por la legislación electoral, ni por la de régimen local.

cumplimentar los otros requisitos previstos en las leyes o reglamentos respectivos, y dado que el artículo 75.5 de la LRBRL exige que todos los miembros de las corporaciones locales formulen estas declaraciones antes de la toma de posesión, no pueden los concejales electos que no cumplan este requisito tomar posesión ni, por tanto, participar en la elección del alcalde.

No obstante, a pesar de este acuerdo y del carácter vinculante que para el resto de las Juntas Electorales tienen los acuerdos de la Junta Electoral Central según el artículo 19.1.d) de la LOREG, lo cierto es que en los pocos fallos jurisdiccionales que se han dado al respecto, todos ellos en los tribunales superiores de justicia de diversas comunidades autónomas, se ha llegado a soluciones diferentes, ya que mientras el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en una sentencia de 12 de julio de 1995, estimó un recurso en el que se pretendía la declaración de nulidad de los actos de constitución de una corporación local y de elección y proclamación de su alcalde, por no haberse permitido a un concejal tomar posesión ni participar en la elección del alcalde porque no había formulado las citadas declaraciones, en cambio el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en una sentencia de 10 de abril de 1996 (Ar. 5429), respecto de unos concejales que tomaron posesión del cargo sin cumplir este requisito, señala que no deberían haber adquirido la condición plena de miembros del ayuntamiento hasta que no hubiesen subsanado esta omisión, aunque acaba permitiéndoles votar una moción de censura porque: “Sin embargo, la realidad que no desconoce este Tribunal es que a esos 3 concejales electos se les tuvo como miembros del Ayuntamiento desde la efectiva toma de posesión del cargo en la sesión plenaria de constitución de la corporación en fecha 17 de junio de 1995. Este extremo ha quedado debidamente acreditado en el presente proceso, pese a la reveladora negativa de la Alcaldía de no incorporar al expediente administrativo el acta de constitución del Ayuntamiento en la que se dio posesión a los concejales de los diversos grupos municipales. En consecuencia, a las tomas de posesión de esos 3 concejales electos, que quedaron firmes, aun faltando el mencionado requisito de carácter subsanable consistente en la formalización de la declaración de bienes, se las ha de tener por válidas hasta que la propia Alcaldía revise de oficio tales actos de toma de posesión. Hasta tal momento se les debe considerar como miembros de la corporación”.

Idéntica solución adopta el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de diciembre de 2001 (Ar. 6482), por considerar que es diferente el caso del concejal al que se impide tomar posesión y participar en la elección del alcalde hasta que no dé cumplimiento a esta obligación, del concejal que ya ha tomado posesión, aunque incumpliendo tal obligación.

En consecuencia, a falta de pronunciamientos más tajantes del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, esta labor interpretativa la ha de hacer cada corporación y, en sus funciones de asesoramiento legal, sus respectivos secretarios, que a pesar de que pueden coincidir con la interpretación de la Junta Electoral Central, también pueden disentir de esta, en la medida en que su acuerdo no les vincula, pues solamente vincula a las Juntas Electorales de ámbito inferior, y los secretarios, aunque según el artículo 11.4 de la LOREG son delegados de las Juntas Electorales de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de estas, solamente lo son respecto de las funciones propias de estas Juntas<sup>40</sup> y la toma de posesión de los concejales no lo es, por no formar parte del proceso electoral y constituir una cuestión de régimen local en la que el secretario del ayuntamiento actúa como tal y no como delegado de la Junta Electoral de Zona.

Sobre esta cuestión, en cambio, sí se ha producido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, concretamente a través de su sentencia 331/1993, de 12 de noviembre, por la que se declaró inconstitucional el número 2 del artículo 148 de la Ley catalana 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que preveía la posibilidad de formular estas declaraciones dentro del mes siguiente a la toma de posesión del cargo, por entender que ello entraba en contradicción con un precepto de carácter básico, concretamente con el artículo 75.5 de la LRBRL, por referirse al régimen de incompatibilidades de las corporaciones locales.

Con esta sentencia, en la medida en que el Tribunal Constitucional considera que este requisito de formular las citadas declaraciones forma parte del régimen de incompatibilidades de los miembros corporativos locales, nos está dando una pista más, aunque indirecta, para entender que la no formulación de estas declaraciones es incompatible con la condición de concejal y, en consecuencia, es requisito indispensable para la toma de posesión del cargo.

Al margen de esta discusión, también hemos de tener en cuenta que con la introducción en la LRBRL de la obligación de todos los concejales de acompañar a sus declaraciones de bienes patrimoniales las liquidaciones del IRPF y del impuesto de sociedades, cuando estén obligados a realizarlas, se convierte esta obligación de declarar en una obligación de periodicidad anual, ya que estas liquidaciones se han de efectuar anualmente.

Formuladas estas declaraciones en los modelos que a tal efecto apruebe el Pleno de la corporación, se tendrán que publicar con carácter anual y, en

---

40. Véanse los acuerdos de la Junta Electoral Central de 27 de febrero de 1990 y 11 de septiembre de 1991.

todo caso, en el momento de la finalización del mandato, en los términos que establezca el Estatuto Municipal o ROM.

Esta previsión adolece de un alto grado de abstracción, que no ha sido posteriormente concretado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando ha exigido la publicación de estas declaraciones en la sede electrónica municipal, y que en muchos casos está siendo utilizada para justificar la omisión de determinada información de estas declaraciones en la publicación.

En cambio, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sí ha venido a solucionar otra picaresca, cuando exige que la publicación se realice en formatos adecuados que faciliten su accesibilidad y comprensión, identificación y localización, pues en algunos casos la publicación de esta información en la web o sede municipal se realizaba en términos tales que resultaba prácticamente imposible encontrarla.

Formuladas las declaraciones, estas tendrán que inscribirse en sendos registros de intereses constituidos en cada corporación local, que se ha de entender que están afectados por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por tanto, según su artículo 26, están sujetos a los deberes de protección derivados de la misma y, en especial, al de comunicar la creación de ficheros a la Agencia de Protección de Datos para su debida inscripción.

De estos registros, el de causas de posible incompatibilidad y de actividades, en la versión anterior a 2009 de la LRBRL, tenía carácter público por imperativo de la propia norma local que lo regulaba, que, por el contrario, nada decía respecto al carácter del Registro de bienes patrimoniales, que, en consecuencia, a pesar de haber sido considerado por la doctrina como de carácter reservado, en mi opinión quedaba afectado, en su condición de registro público, por lo previsto por el artículo 37 de la LRJPAC.

Así parecían quererlo confirmar los tribunales, ya que, por lo que se refiere al acceso al Registro de bienes patrimoniales, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su sentencia de 31 de enero de 1997 (Ar. 268), siguiendo la doctrina plasmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8655), sobre el alcance de la participación efectiva de los miembros electos de las corporaciones locales en la actuación pública, llegó a la conclusión de que, como principio general, no podía vetarse a los concejales su acceso a este Registro respecto de los datos de otros concejales, aunque tampoco se podía plantear este acceso con carácter indiscriminado respecto de la totalidad de los datos que en él se recogieran, motivo por el que el Tribunal entendió que, para que fuera posible este acceso, se tenía que

producir la petición con una cierta individualización de los datos a los cuales se intentara acceder, y una mínima justificación de la solicitud y de la importancia de la información en el desarrollo de las funciones del cargo de concejal, dada la incidencia que los datos contenidos en este Registro tenían en el ámbito particular e íntimo de las personas afectadas, lo que exigía que su publicidad fuera restringida, con el objeto de evitar intromisiones ilegítimas<sup>41</sup>.

En la actualidad, tras la reforma del artículo 75 de la LRBRL operada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, ambos registros son públicos por expresa declaración del legislador, no planteándose ya, en consecuencia, estos problemas interpretativos<sup>42</sup>.

Si bien el régimen que acabamos de apuntar es el de carácter general, también hemos de recordar que mediante el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales, se modificó este artículo con el objeto de permitir que los miembros de las corporaciones locales que consideraran, en virtud de su cargo, amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, así como la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional, pudieran realizar sus declaraciones ante la secretaría de la diputación provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, a efectos de su inscripción en los registros provinciales especiales creados al efecto, aunque con motivo de la reforma posteriormente operada en este precepto por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, esta posibilidad se limitó a la declaración de bienes patrimoniales, pero no a la de causas de posible incompatibilidad y actividades.

En consecuencia, los concejales que hagan uso de este procedimiento especial, únicamente tendrán que presentar en su ayuntamiento la declaración de causas de posible incompatibilidad y actividades, y una certificación sim-

---

41. Es cierto que en esta sentencia se trataba de un supuesto en el que el peticionario tenía una cualificación especial, al ser concejal de la propia corporación y ostentar, en consecuencia, el derecho fundamental a que se refiere el artículo 23.1 de nuestro texto constitucional, pero también es cierto que, conjugando esta doctrina con las previsiones contenidas en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, nada obstaba entonces a que existieran otros titulares de derechos que pudieran ostentar la condición de interesados y reclamar su acceso discriminado a este Registro.

42. En cambio, en el artículo 56 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, únicamente se establece el carácter público del Registro de actividades, remitiéndose, respecto del acceso al de bienes patrimoniales e intereses, a su normativa específica, sin perjuicio de la necesidad de hacer pública una declaración que indique la situación patrimonial de los afectados, que no ha de incluir los datos de su localización ni aquellos que resulten necesarios para salvaguardar la privacidad y seguridad de sus titulares.

ple y sucinta del encargado del Registro provincial, acreditativa de haber cumplimentado en esta Administración su declaración de bienes patrimoniales y de que esta se encuentra inscrita en el Registro especial de bienes patrimoniales de la diputación.

### 3.1.2

#### **Preparación de la documentación necesaria para efectuar el arqueo extraordinario y la comprobación del inventario de bienes**

Otra de las actividades preliminares a la sesión constitutiva que se tiene que desarrollar en los municipios, es la prevista por el artículo 36 del ROF, que encarga a los secretarios y a los interventores de las corporaciones locales la obligación de adoptar las medidas precisas para que el día de la constitución de la nueva corporación se efectúe un arqueo y estén preparados y actualizados los justificantes de las existencias en metálico o valores propios de la corporación, depositados en la caja municipal o entidades bancarias, así como la documentación relativa al inventario del patrimonio de la corporación y de sus organismos autónomos.

Esta disposición, por lo que se refiere al inventario, tiene por objeto dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 86 del TRRL<sup>43</sup>, que establece que el inventario de bienes y derechos se ha de comprobar siempre que se renueve la corporación<sup>44</sup>. En cambio, por lo que se refiere a la contabilidad, si bien la regla 62 de la Instrucción de Contabilidad vigente con anterioridad a las del 2004 preveía que con este motivo se tenía que ejecutar un arqueo extraordinario de los fondos municipales existentes en aquella fecha, en cambio, tanto las instrucciones de contabilidad aprobadas en 2004 como las actuales instrucciones de contabilidad<sup>45</sup> no contienen ninguna previsión al respecto, a pesar de lo cual es una tradición en la vida local efectuar un arqueo extraordinario, que consiste en un acta levantada con la presencia y firma de los al-

43. En el mismo sentido, los artículos 33 y 34 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, y, respecto a Cataluña, el artículo 222 de la TRLMC y el artículo 104 del Reglamento de Patrimonio de los Entes Locales, aprobado por el Decreto 336/1988, de 17 de octubre.

44. Algunas legislaciones autonómicas imponen idéntica obligación a los organismos autónomos locales, como ocurre en Cataluña, donde esta previsión se contempla en el artículo 105 del RPELC.

45. Actualmente están aprobadas por las disposiciones siguientes:

- La Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local.
- La Orden HAP/1782/2013, de 20 de setembre, aprueba la Instrucción del modelo simplificado de contabilidad local.

caldes entrante y saliente, del tesorero y del interventor, en la que se deja constancia del resultado de la comprobación de los libros de contabilidad de la Intervención con los de la Tesorería, y de los justificantes de las existencias en metálico y en valores propios de la corporación, depositados tanto en la caja municipal como en entidades bancarias.

La comprobación del inventario, por su parte, comporta el examen de este documento, el de su última rectificación y el de los acuerdos posteriores que hayan producido alteraciones en el mismo, y exige dejar constancia de haberla realizado mediante diligencia del secretario al final del inventario, con la posibilidad de levantar un acta adicional, autorizada por este, a fin de establecer las responsabilidades que se puedan derivar para los miembros de la corporación saliente y, en su día, para los de la entrante<sup>46</sup>.

Para facilitar la operación anterior, en la medida en que existe la obligación legal de rectificar este inventario con carácter anual, con referencia a las variaciones que se hayan producido durante este período, pero sin fecha fija, sería recomendable establecer como criterio que las rectificaciones anuales se produjeran no tanto por años naturales, sino de manera que se aprueben por el pleno de la corporación durante los meses de mayo de cada año, con el objeto de que la finalización del mandato coincida, prácticamente, con la rectificación del inventario, evitándose de esta manera la existencia de acuerdos posteriores que lo alteren, a fin de facilitar el acto de su comprobación.

### 3.1.3

#### Convocatoria de la sesión constitutiva

A diferencia de la legislación anterior, en la que el artículo 2.1 del Real Decreto 1169/1983, de 4 de mayo, por el que se dictan normas para la constitución de las Corporaciones Locales, establecía expresamente que la sesión extraordinaria no requería convocatoria formal, así como la fecha y la hora en que esta tenía que celebrarse, en la legislación actual esta cuestión no está resuelta en ningún precepto legal específico, ya que el artículo 195 de la LOREG se limita a establecer, de manera clara y terminante, el día de la constitución –el vigésimo posterior a la celebración de las elecciones si no se ha presentado recurso contencioso electoral contra la proclamación de concejales electos; de lo contrario, el cuadragésimo–, pero no la hora de su celebración, lo que ha planteado algunos problemas y ha dado lugar a interpretaciones diversas.

---

46. Artículos 33 del RBEL y 104 del RPELC.

Para intentar solventar este problema, se efectuó en su momento una consulta a la Junta Electoral Central, que, mediante su acuerdo de 5 de junio de 1987, se inhibió de resolver, por considerar que esta laguna no era una cuestión de régimen electoral, sino de régimen local, y que, por tanto, tenía que resolverse por el Gobierno.

Quizá por ello, días más tarde, concretamente el 22 de junio del mismo año, la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas dictó una circular proponiendo como solución que la convocatoria se efectuara por el alcalde saliente; en su defecto, que los concejales electos, bien directamente, bien a través de los cabezas de lista, fijaran la hora; si ello tampoco era posible, que esta se fijara por el secretario de la corporación, previa consulta con los cabezas de lista; y en defecto de todas estas soluciones, que la sesión constitutiva se celebrara a las 12 de la mañana.

Pero esta circular fue objeto, en su momento, de importantes críticas, por entender que el alcalde saliente no podía convocar a una corporación de la que podía no formar parte, y por el hecho de que las funciones de los secretarios son de fe pública y, como tales, les corresponde notificar los actos emanados de los órganos decisorios, pero nunca adoptarlos personalmente, ni con consulta previa ni sin ella.

Ante esta situación, durante los últimos años las soluciones a este problema han sido diversas, y mientras en la Comunidad Autónoma de Canarias el tema quedó correctamente resuelto por el artículo 111 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que estableció que los electos se reunieran, sin necesidad de previa convocatoria, a las 11 de la mañana del día previsto para la constitución, en la Comunidad Autónoma catalana en alguna ocasión, como sucedió en el año 1991 con la Orden de 10 de junio de 1991 del *Departament de Governació* de la *Generalitat*, se estableció que la constitución de los ayuntamientos tendría lugar el día fijado por la legislación electoral a las 12 de la mañana.

Esta última solución no era muy ortodoxa, en la medida en que la *Generalitat* no tiene competencias para efectuar esta convocatoria, porque si bien tiene competencias legislativas para regular el régimen local, en cambio no es una orden del *conseller* la norma de rango adecuado para llevar a cabo esta regulación, pero lo cierto es que en su momento fue muy operativa. Prueba de ello la constituye el hecho de que, en la práctica, no todos los ayuntamientos catalanes se constituyen a la misma hora.

Por ello, las soluciones que vemos más plausibles cuando la legislación autonómica nada establece, son, o bien incorporar esta precisión en el ROM, que es a mi juicio la más correcta, o, en su defecto, acudir a lo previsto por el artículo 2 del Real Decreto 561/1979, de 16 de marzo, que establece que

los concejales electos se reunirán, sin necesidad de previa convocatoria, a las 11 horas de la mañana en el salón de sesiones de la respectiva casa consistorial, pues si bien esta norma es anterior a la entrada en vigor de la LOREG, también es cierto que en este aspecto se podría considerar en vigor, en la medida en que no se opone a lo establecido en la legislación electoral, y la disposición derogatoria de la LOREG derogaba únicamente las disposiciones anteriores que se hallaban en estas circunstancias; o, como última posibilidad, que los diferentes grupos políticos que hayan obtenido representación en los municipios, a través de sus cabezas de lista, acuerden la hora de su celebración, con comunicación expresa de este extremo al secretario de la corporación o ante la presencia del mismo.

Lo que sí es evidente es que, a la vista de lo dispuesto por el artículo 195 de la LOREG, nos encontramos ante una sesión que se convoca por ministerio de la ley, sin necesidad de efectuar convocatoria expresa.

### 3.1.4

#### **Aportación de credenciales al ayuntamiento**

Según el artículo 108 de la LOREG, las Juntas Electorales de Zona extenderán, por triplicado, el acta de proclamación de electos, uno de los ejemplares de la cual se remitirá a la corporación local afectada, librándose copia certificada a los representantes de las candidaturas que lo soliciten y expidiendo a los electos credenciales de su proclamación.

La copia certificada del acta de escrutinio se remitirá a la corporación local con carácter previo al día de la constitución de la nueva corporación, a efectos de que, en este acto, se pueda verificar la personalidad de los concejales electos que vayan a tomar posesión de sus cargos<sup>47</sup>, previa verificación de sus credenciales.

Por ello, la expedición de estas credenciales a favor de los concejales electos y su libramiento se han de producir inmediatamente después del acuerdo de proclamación, sin que la interposición que, eventualmente, pudiese producirse del correspondiente recurso contencioso electoral, suspenda este deber de expedición, ya que, como ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 12 de junio de 1991, aun así conservan su consideración de electos, y, de hecho, disponer de la credencial acreditativa de la proclamación

---

47. La STS de 21 de febrero de 2007 (Ar. 2490) deja claro que la credencial es el documento determinante para acreditar la condición de electo.

es presupuesto indispensable para que su condición de electos se perfeccione<sup>48</sup>.

Una vez los concejales electos dispongan de estas credenciales, y con anterioridad a la sesión constitutiva, a ser posible, han de presentar su credencial ante el secretario de la corporación, tal y como de forma expresa preceptúa el artículo 7 del ROF, correspondiendo a la corporación, y a su secretario en nombre de esta, la custodia y conservación de este documento<sup>49</sup>, con el objeto de que, con mayor tranquilidad que la propia de la sesión constitutiva, se contraste con el acta de proclamación, para facilitar la función de la Mesa de edad que actuará en la sesión constitutiva, ya que, como también ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 19 de octubre de 1992, este acto de constatación entre la credencial, previa acreditación de la personalidad del electo con el DNI, y el acta de proclamación, es suficiente garantía para hacer efectivo el derecho de acceso a este cargo público.

## **3.2 Sesión constitutiva**

Efectuados los trámites preliminares a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, el vigésimo día posterior a la elección, si no se ha interpuesto recurso contencioso electoral, se celebra la sesión constitutiva, que tiene por objeto que los miembros electos tomen posesión de sus cargos y procedan a la elección del alcalde.

Para llevar a cabo esta actividad la LOREG arbitra un mínimo procedimiento, cuyas características fundamentales son las siguientes:

### **3.2.1 Constitución de la Mesa de edad**

El artículo 195.2 de la LOREG establece que, para el desarrollo de la sesión constitutiva, es necesario que se constituya, en primer lugar, una Mesa de edad, integrada por los concejales electos de mayor y menor edad presentes en el acto, de la que actuará como secretario el que lo sea de la corporación. Esta Mesa tendrá como misión la comprobación de las credenciales presenta-

---

48. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 15 de julio de 1994.

49. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 30 de enero de 1987.

das o acreditaciones de personalidad de los electos, en base a las certificaciones que la Junta Electoral de Zona hubiera enviado al ayuntamiento.

Con ello, la Ley ha arbitrado un criterio objetivo de designación de los miembros que hayan de constituir esta Mesa, el de la edad, para hacer efectivo el principio de igualdad de los electos, no otorgando a ninguno de ellos funciones de presidencia de la sesión, a pesar de que es tradicional que actúe como tal el de mayor edad, que normalmente asume la dirección inicial de esta sesión constitutiva<sup>50</sup>.

La composición de esta Mesa de edad no se puede conocer hasta el mismo momento de la sesión constitutiva, ya que no la componen los concejales electos de mayor y menor edad, sino los concejales electos de mayor y menor edad que se encuentren presentes en la sesión. Esta es la razón por la que corresponde al secretario de la corporación, en funciones de secretario de la Mesa, llamar al estrado, al inicio de la sesión, a los electos de mayor y menor edad, y si no están presentes en la sesión, a los siguientes electos de estas características, hasta que esta Mesa quede constituida.

### 3.2.2 Comprobación de credenciales

Constituida la Mesa de edad en los términos expuestos, esta, en sesión pública, comprueba las credenciales de los electos que hayan comparecido a la sesión para tomar posesión del cargo, confrontando estas credenciales con el certificado expedido por la Junta Electoral de Zona y comprobando, con un documento fehaciente que incorpore fotografía –DNI, pasaporte o carnet de conducir–, la personalidad de los comparecientes.

Esta operación, como ya hemos señalado con anterioridad, le habrá sido facilitada por el secretario de la corporación previamente a la celebración de la sesión, lo que redundará en una mayor fluidez de esta.

Pero las funciones de la Mesa de edad no se acaban con las comprobaciones anteriores, ya que también le corresponden las siguientes:

- Presidir el acto de toma de posesión de los concejales.
- Declarar constituida la corporación, si concurren la mayoría absoluta de los concejales electos, o levantar la sesión, en caso contrario (art. 195.4 de la LOREG y 37.4 del ROF).

---

50. Algunos ROM así lo establecen de forma expresa.

- Proclamar al alcalde que resulte escogido por la mayoría o, en su defecto, al cabeza de la lista más votada (art. 196 de la LOREG).
- Presidir el sorteo y proclamar al alcalde resultante, en caso de empate entre dos listas (art. 196 de la LOREG).
- Presidir el acto de toma de posesión del alcalde, ya sea en la sesión de constitución o en sesión extraordinaria celebrada al efecto a las 48 horas de la sesión constitutiva (art. 40.3 del ROF).
- Requerir al alcalde proclamado ausente para que tome posesión en este plazo (art. 40.3 del ROF).
- Declarar vacante la alcaldía por renuncia tácita del proclamado que no comparezca a tomar posesión en el plazo anteriormente señalado, y, ante la inexistencia de presidente, ni tan siquiera en funciones, convocar la sesión extraordinaria para la proclamación de nuevo alcalde prevista por el artículo 198 de la LOREG, en concordancia con el art. 40 del ROF.

Bien es cierto que algunas de estas funciones no se las otorga expresamente la legislación vigente, pero una lógica interpretación de la misma nos lleva a esta única solución, en unos casos porque es consecuencia lógica de sus funciones expresas, como la presidencia del acto de toma de posesión de los regidores electos, pues, sin hacerse efectiva esta, difícilmente puede declararse constituida la corporación, y, en otros, porque es la única solución posible ante las lagunas de la LOREG y de la legislación de régimen local, como requerir al alcalde proclamado que no esté presente en la sesión para que tome posesión del cargo, o declarar vacante la alcaldía, si no se produce esta toma de posesión, así como convocar la sesión extraordinaria del pleno para cubrir la vacante.

### 3.2.3

#### **Juramento o promesa de acatamiento a la Constitución**

Comprobadas las credenciales de los electos, dice el artículo 195 de la LOREG que, si concurre la mayoría absoluta de estos, la Mesa declarará constituida la corporación, pero lo cierto es que, con carácter previo, estos concejales electos han de formular su juramento o promesa de acatar la Constitución.

Si bien en el precepto de la LOREG que regula la sesión constitutiva no está previsto este requisito, y en la legislación de régimen local únicamente lo está respecto de la figura del alcalde, en el art. 8 del TRRL, que según su disposición final 7.1.a) tiene carácter básico, lo cierto es que sí lo está, con carácter general, en el art. 108.8 de la LOREG, cuando establece que los candidatos electos, en el momento de tomar posesión y para adquirir la plena

condición de sus cargos, han de jurar o prometer acatamiento a la Constitución.

Y ello porque, al estar integrado este precepto en su Título I, que establece las disposiciones comunes a todas las clases de elecciones, resulta aplicable a los cargos electos locales sin ningún género de dudas, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la entrada en vigor de la LOREG, en la medida en que, al no contener la Ley de Elecciones Locales de 1978 ninguna previsión al respecto, la única norma que imponía la obligación de que los concejales realizasen este juramento o promesa de acatamiento del cargo era el Real Decreto 707/79, de 5 de abril, en el que se establece la fórmula de juramento o promesa a adoptar, que también es aplicable a los funcionarios públicos, y ello porque, como claramente señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 8/85, de 25 de enero, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, este requisito solamente podía establecerse mediante una norma con rango de ley, nunca de forma exclusiva por una norma de carácter reglamentario como tiene este Real Decreto. Y este fue el motivo por el que más adelante el Tribunal Supremo<sup>51</sup> declaró nulo el referido precepto del citado Real Decreto, en cuanto imponía esta obligación.

En consecuencia, la formulación de este juramento o promesa es un requisito indispensable para que los electos adquieran la plena posesión de sus cargos, aunque, como ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 26 de noviembre de 1990, su omisión no es causa de pérdida de la condición de concejal electo, porque ni la legislación electoral ni la de régimen local establecen un plazo preclusivo para la toma de posesión del cargo, aunque, al no adquirir la plenitud de su cargo, tampoco podrá participar en la elección del alcalde.

A pesar de que hoy no se cuestiona la necesidad de formulación de este juramento o promesa de acatamiento a la Constitución por parte de todos los cargos públicos, en su momento sí fue objeto de controversia, y de hecho dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional 101/83, de 18 de noviembre, dictada como consecuencia del recurso interpuesto por dos diputados que habían cuestionado esta exigencia respecto del Reglamento del Congreso.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional entiende que la exigencia del requisito de juramento o promesa del cargo es absolutamente constitucional, por considerar que, a diferencia de los ciudadanos, a los que la Constitución impone un deber negativo de abstenerse de cualquier actuación que la pueda vulnerar, a los poderes públicos les impone un deber positivo de reali-

---

51. Sentencia de 29 de mayo de 1985 (Ar. 2632).

zar sus funciones de acuerdo con la Constitución, lo que comporta la necesidad de que, con carácter previo al acceso al cargo, manifiesten esta promesa o juramento de acatarla, lo cual no supone, necesariamente, como ha señalado el Tribunal Constitucional, una adhesión ideológica o una conformidad total con su contenido.

Prueba de ello es que, posteriormente, el Tribunal Constitucional<sup>52</sup> estimó que, aun con la adición a la fórmula legal de promesa o juramento de acatamiento a la Constitución de la manifestación de que se realizaba por imperativo legal, se cumplía con este requisito, por entender que la incorporación de esta expresión no implicaba una condición, reserva o limitación, sino solamente el interés de precisar que su acatamiento no era el resultado de una decisión espontánea, sino de la simple voluntad de cumplir un requisito que la ley impone, entendiendo que este añadido no tiene relevancia suficiente para vaciar de contenido el compromiso adquirido de respeto a la Constitución y al modelo democrático que esta representa.

Lo cierto es que esta sentencia del Tribunal Constitucional fue ampliamente criticada en su momento, ya que antes de llegar a la conclusión anterior, a lo largo de sus fundamentos jurídicos se había afirmado que estos añadidos no serían posibles, únicamente, cuando con ellos se desnaturalizara o vaciara de contenido el acatamiento, mediante fórmulas que supongan un fraude de ley o priven de sentido al propio acatamiento.

Pero no es el añadido “por imperativo legal” la única adición que en la práctica se ha realizado a esta fórmula, ya que, recientemente, la Junta Electoral Central<sup>53</sup> se ha pronunciado en el sentido de considerar ajustada a la doctrina constitucional la promesa de acatar la Constitución “hasta que el pueblo recupere la soberanía y pueda iniciar procesos constituyentes”.

En cambio, en una decisión anterior<sup>54</sup>, la Junta Electoral Central no había considerado constitucional la fórmula: “Prometo por imperativo legal respetar la Constitución del Reino de España y el Estatuto de Autonomía de Catalunya con el objetivo de derogarlos para la constitución del Estado Independiente de la República de Catalunya”, como tampoco consideró constitucional, posteriormente<sup>55</sup>, la fórmula: “Por expresión democrática de la voluntad ciudadana, anuncio que quedo a disposición del nuevo Parlamento, del presidente y del Gobierno de la Generalitat de Catalunya que surja de las eleccio-

52. STC 74/91, de 8 de abril.

53. Acuerdo de la JEC de 5 de marzo de 2015 adoptado respecto de la toma de posesión como diputado del Parlamento Europeo de un candidato electo de la candidatura de PODEMOS.

54. Acuerdo de la JEC de 27 de octubre de 2011.

55. Acuerdo de la JEC de 24 de mayo de 2015.

nes del 27 de septiembre de 2015, para ejercer la autodeterminación de nuestro pueblo y proclamar, conjuntamente con todas las instituciones, el Estado catalán, libre y soberano”.

También es bastante habitual en muchas corporaciones locales que a la fórmula legal de juramento o promesa de acatamiento a la Constitución se añada el juramento o promesa de acatamiento al estatuto de autonomía correspondiente, circunstancia que deriva no tanto de una previsión legal concreta referida a la forma de realizar este acatamiento en el ámbito local, sino de la importación de una previsión en tal sentido respecto de los cargos autonómicos, ya que son muchas las leyes y normas autonómicas que así lo prevén<sup>56</sup>.

Pero a la vista de la jurisprudencia ya comentada que ha sentado el Tribunal Constitucional en relación con estas adiciones, no es necesario hacer ningún comentario para entender perfectamente ajustado a derecho que, aunque no existe la obligación legal de que los concejales tengan que jurar o prometer acatamiento al estatuto de autonomía correspondiente, esta adición, en ningún caso, comprometería el acatamiento prestado a la Constitución, en la medida en que estos estatutos han sido aprobados dentro del marco de nuestra Norma fundamental y forman parte del bloque de constitucionalidad.

Con independencia de todo ello y sin perjuicio de las adiciones que a ella se incorporen, este acatamiento a la Constitución se ha de efectuar utilizando la fórmula prevista en el artículo 1 del Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, cuyo texto es el siguiente: “¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo..... con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado?”.

Esta pregunta ha de ser contestada de forma afirmativa por el afectado, especificando si jura o promete, con la posibilidad de que se pueda sustituir por el juramento o promesa prestado personalmente por quien va a tomar posesión.

Por último, y por lo que se refiere al juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, una única cuestión nos queda por resolver, y es la relativa a si este acatamiento se ha de producir por parte de los concejales electos ante la Mesa de edad, o por el contrario, como en su momento entendió una parte de la doctrina encabezada por CAZORLA PRIETO, en sus comentarios a la Ley

---

56. Entre otros, artículo 16 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, artículo 5 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, y artículo 4 del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria, conteniéndose previsiones similares, en general, en las normas reguladoras de los órganos parlamentarios de la inmensa mayoría de las comunidades autónomas.

Electoral, este juramento o promesa se ha de producir una vez declarada constituida la corporación y elegido el alcalde, ante este, por entender que a nadie más que al alcalde corresponde tomar el juramento a los concejales.

En defensa de esta tesis se alegaba que en los reglamentos de las Cámaras, tanto del Congreso como del Senado, el juramento o promesa se hacía ante el presidente de la Cámara, una vez escogida la Mesa en la sesión constitutiva.

No obstante, aun aceptando que entre las funciones expresas que la LOREG otorga a la Mesa de edad no se contiene la de tomar juramento o promesa del cargo a los concejales, yo me decanto por la solución contraria, en primer lugar porque difícilmente, si no se ha cumplido uno de los requisitos básicos para que los concejales electos adquieran la plenitud de sus cargos, el acatamiento a la Constitución, se podrá declarar constituido el ayuntamiento, y en segundo lugar porque, sin haber tomado posesión de su cargo, al no haber formulado este acatamiento constitucional, tampoco podrán hacer ningún ejercicio del mismo, ni votar la elección del alcalde, que tiene lugar acto seguido.

### 3.3

#### Elección del alcalde o alcaldesa

Realizadas las actividades anteriores y constituido el nuevo ayuntamiento, los únicos acuerdos que se pueden adoptar en esta sesión constitutiva, a la vista de lo que dispone el artículo 196 de la LOREG, son los relativos a la elección del alcalde por parte de los concejales que acaban de adquirir la plena condición como tales.

No obstante, con carácter previo a analizar la configuración de este procedimiento de elección en nuestro derecho positivo vigente, resulta necesario, para comprender las previsiones actuales, analizar la evolución histórica que se ha producido en nuestro país en torno a esta cuestión.

#### 3.3.1

##### Antecedentes históricos

Si bien, en la Constitución de 1812, el alcalde es primordialmente una institución electiva, cuya legitimidad radica en el asentimiento de la propia comunidad vecinal que conforma en concejo abierto, también es cierto que en la evolución posterior la figura del alcalde adquiere diversos condicionamientos

que van a afectar a su forma de elección, en la medida en que, si bien es la primera autoridad local, también es el agente del Gobierno en el municipio. Esta situación subyace en toda la legislación de principios del siglo XIX, hasta incorporarse expresamente al texto de la Constitución de 1845, en la que se realiza una regulación diferente del alcalde y del ayuntamiento, como dos elementos distintos dentro de la organización del municipio, a los que se da un trato constitucional diferente, dejando el procedimiento de electividad por los vecinos únicamente para el ayuntamiento.

Estas previsiones constitucionales se recogen posteriormente en la Ley Municipal de 8 de enero de 1845, con la previsión de que el poder central podrá designar su delegado entre los concejales, siempre y cuando alguno de ellos le inspire la confianza suficiente, pudiendo, de lo contrario, nombrar este delegado a través de la figura del corregidor.

Con el paso de los años, en la Ley Municipal de 1877 se consolida el régimen de las dos confianzas para la elección del alcalde en los municipios de más de 6000 habitantes, quedando la elección democrática únicamente referida a la elección de los alcaldes de municipios menores<sup>57</sup>.

No es hasta el Estatuto Municipal de 1924 cuando se residencia en los concejales la potestad para escoger al alcalde. De hecho es en el mismo Estatuto en el que se dejan sin efecto las funciones del alcalde como delegado del Gobierno en el término municipal. Esta previsión se mantuvo en la Ley Municipal de 1935, que añadía que para que el alcalde fuera escogido por los vecinos se había de pedir así por el número máximo de electores que pudiera solicitar referéndum municipal, ya que, de lo contrario, sería escogido por el propio ayuntamiento.

Este esquema se fracturó definitivamente con la Ley de Bases del Régimen Local de 17 de julio de 1945, que volvió a la designación gubernativa de este cargo, que pasaba a depender directamente del gobernador civil y a ostentar paralelamente el cargo de jefe local del Movimiento en el municipio, hasta que con la promulgación de la Ley de Elecciones Locales de 17 de julio de 1978 se vuelve al sistema anterior de elección del alcalde por los concejales, que además implicaba, necesariamente, que el alcalde hubiera de tener la condición de concejal.

Este sistema, no obstante, exigía un quórum determinado para su elección, concretamente el de la mayoría absoluta, con el objeto de dotar de una cierta estabilidad a las corporaciones locales, como consecuencia de la entrada en el escenario político de la legalización de los partidos, seguramente

---

57. Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Alfonso SANTAMARÍA, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

pensando, bien en que el alcalde elegido estuviera amparado por su propio grupo político cuando este hubiera obtenido la mayoría absoluta de la representación plenaria, bien en que se viera obligado a realizar pactos con otros partidos para poder ser escogido alcalde, previa negociación y pacto también sobre el programa a desarrollar durante el mandato, si no la hubiera obtenido.

### 3.3.2 Regulación vigente

Es precisamente el sistema previsto en la Ley de Elecciones Locales de 1978 el que ha inspirado el sistema actual, en la medida en que en el artículo 140 de la Constitución se establecen dos posibilidades respecto a la elección de los alcaldes, al disponerse que estos serán escogidos por los concejales o por los vecinos.

De estas dos opciones, y a pesar de las aspiraciones de una parte de la doctrina, que preconiza la necesidad de que sea proclamado alcalde, por ministerio de la ley, el cabeza de la lista más votada, el artículo 196 de la LOREG optó, con carácter general, por el primer sistema, reservando el sistema de elección vecinal para los alcaldes de los municipios que funcionen en régimen de *concejo* abierto y para los alcaldes pedáneos de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio<sup>58</sup>, aunque lo cierto es que se trata de una cuestión que aún no podemos considerar cerrada, ya que cada vez se defiende con mayor énfasis, si cabe, la necesidad de reformar la LOREG para dar cabida a dicho sistema legal de elección de alcalde.

Prescindiendo de las consideraciones y aspiraciones doctrinales anteriores, y circunscribiéndonos al régimen común, la elección del alcalde se encuentra regulada en estos momentos por el artículo 196 de la LOREG, en el que se prevé que el alcalde será elegido por los concejales, de entre los mismos, de acuerdo con el siguiente esquema:

- Únicamente pueden ser candidatos los concejales que encabezen sus correspondientes listas.
- Para ser proclamado alcalde electo es necesario que el candidato obtenga la mayoría absoluta de votos en una única votación.
- De no obtenerse esta mayoría por ninguno de los candidatos propuestos, será proclamado alcalde, sin necesidad de realizar una segunda votación, el concejal que encabece la lista que haya obtenido el mayor número de

---

58. Artículos 179.2, 199.2 y 200 de la LOREG.

votos populares en el correspondiente municipio, resolviéndose los empates que se puedan producir mediante un sorteo.

En consecuencia, tal y como señaló en su momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>59</sup>, se trata de una elección de segundo grado, que incorpora, en cierta manera, un sistema mixto, al contemplarse la previsión de que, si no se obtiene el quórum necesario para elegir al alcalde en una única votación, resultará elegido como tal el candidato de la lista más votada, dando entrada así a la posibilidad de que los electores, cuando elijan a los concejales en el proceso electoral, estén eligiendo a su vez al alcalde.

Las candidaturas a la alcaldía solo pueden ser protagonizadas por los cabezas de cada una de las listas concurrentes a las elecciones que hayan obtenido representación municipal, lo que no quiere decir que estos tengan que concurrir necesariamente a tal elección, ya que la presentación de candidatura a alcalde es voluntaria y no va indisolublemente unida a la condición de cabeza de lista.

Este principio solamente tiene una excepción en nuestro derecho, ya que permite que cualquier concejal pueda ser candidato a alcalde cuando esta renovación se produzca como consecuencia de una moción de censura<sup>60</sup>.

No obstante, en la práctica, existe la posibilidad de propiciar que el candidato a alcalde no sea cabeza de su lista, en la medida en que se viene admitiendo sin ningún problema la renuncia inmediata del alcalde escogido, lo que produce la consecuencia de que, en la medida en que la renuncia a alcalde no implica necesariamente la renuncia a la condición de regidor<sup>61</sup>, el alcalde cesante pasa a constituir el último puesto de su lista, asumiendo la cabecera de la misma el siguiente que, en consecuencia, adquiere el requisito legal necesario para poder ser candidato<sup>62</sup>.

En mi opinión, esta práctica no deja de suponer un fraude de ley, y en este sentido se manifestaron inicialmente algunos tribunales, en particular la Audiencia de Bilbao en su sentencia de 18 de agosto de 1980, aunque en relación con la Ley de Elecciones Locales anterior, en la que este Tribunal recordaba las previsiones contenidas en el artículo 6 del Código Civil sobre el fraude de ley y la doctrina de otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo en el mismo sentido, pero lo cierto es que actualmente es una práctica generalmente admitida y consolidada.

---

59. STS de 15 de marzo de 1986 (Ar. 1090).

60. Artículos 197 de la LOREG, 22.3 de la LRBRL y 108 del ROF.

61. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 25 de marzo de 1980.

62. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 1992.

Presentadas las candidaturas, será proclamado alcalde el candidato que obtenga la mayoría absoluta de votos, aunque esta elección no será necesaria, por razones obvias, cuando solo una única lista haya obtenido representación municipal en las elecciones, tal y como también ha entendido la Junta Electoral Central en su acuerdo de 16 de marzo de 1979.

En relación con la elección del alcalde, lo que sí se ha venido suscitando por la doctrina es el hecho de que, al tratarse de una elección regulada por la LOREG, el procedimiento de votación tenía que ser secreto, criterio con el que no coincido, por entender que la LOREG no establece un régimen de votación específico para la elección del alcalde, y resulta, por tanto, aplicable lo dispuesto con carácter general por el artículo 102 del ROF, que, tras señalar que el sistema normal de votación del Pleno es la votación ordinaria, contempla de forma expresa la posibilidad de utilizar la votación secreta para la elección o destitución de personas.

No obstante, algún sector doctrinal disiente de esta interpretación, por considerar que este precepto del ROF se opone o excede de las previsiones de la LRBRL, en concreto de sus artículos 46.2.d) y 70, que, tras prever dos únicas clases de votaciones, la ordinaria y la nominal, contienen la previsión de que únicamente sean secretos en el Pleno el debate y la votación de los asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.

A pesar de ello, entiendo que la previsión del ROF que venimos comentando viene a completar la Ley, sin oponerse a la misma, y además tiene carácter supletorio respecto de la legislación autonómica y respecto del ROM, a lo que se puede añadir que, en mi opinión, ni el artículo 46.2.b) contiene una lista cerrada de los sistemas de votación que es posible utilizar, que impida que los ROM puedan aplicar las previsiones del ROF, ni con el artículo 70 de la LRBRL se intenta determinar un *numerus clausus* de asuntos que puedan ser objeto de votación secreta, sino una previsión que tiene por objeto contener una excepción al régimen público de las sesiones plenarias.

Por ello, considero que nuestra legislación local ha de ser interpretada en el sentido de que se faculta a la corporación local para adoptar el sistema de votación que crea conveniente dentro del marco legal, pues hay que tener en cuenta que, si bien la LRBRL no regula este aspecto, tampoco lo prohíbe.

En consecuencia entiendo que, por aplicación supletoria del artículo 102 del ROF, la votación para la elección del alcalde puede ser ordinaria, nominal o secreta, en función de lo que establezca al efecto el ROM o de lo que decida

el Pleno corporativo, que podrá optar por la votación secreta al tratarse de un procedimiento de elección de personas<sup>63</sup>.

Sea cual sea el sistema de votación utilizado, lo cierto es que, de no obtenerse por ningún candidato la mayoría absoluta de votos, será proclamado alcalde electo el cabeza de la lista más votada, aunque no haya presentado su candidatura, y, en caso de empate en el número de votos, el que resulte del sorteo efectuado al efecto.

Realizada la proclamación del alcalde electo por cualquiera de los procedimientos anteriores, este tendrá que proceder a tomar posesión del cargo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19 del TRRL, prestando para ello el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución en los términos expuestos con anterioridad para la toma de posesión del cargo de concejal, ya que el juramento del cargo de concejal no supe al juramento del cargo de alcalde, pues en nuestro sistema legal el juramento o promesa es específico para cada cargo.

La LOREG no prevé, en cambio, el supuesto de que la persona que haya resultado elegida alcalde no esté presente en la sesión, por lo que es a través del artículo 40 del ROF como se solventa esta eventualidad, al disponer que, si no se encuentra presente en la sesión de constitución, será requerido para tomar posesión, en el plazo de 48 horas, ante el Pleno de la corporación, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo sin causa justificada, se estará a lo dispuesto por la legislación electoral para los casos de vacante de la alcaldía.

Se contempla de esta manera una especie de renuncia tácita, que da lugar a la declaración automática de vacante de la alcaldía y que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 198 de la LOREG, genera la apertura de un nuevo procedimiento de elección de alcalde, en los términos previstos por su artículo 96, lo que provoca de nuevo la necesidad de proceder a la celebración de una nueva sesión plenaria dentro de los 10 días siguientes, a partir de la expiración del plazo de las 48 horas a que antes se ha hecho referencia.

---

63. Así parece entenderlo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 28 de septiembre de 2001 (Ar. 302), y así lo ha entendido, posteriormente, en su sentencia núm. 489 de 26 de junio de 2015.

# Veinte años del Jurado de Expropiación de Cataluña: balance y perspectivas<sup>1</sup>

LUCÍA CASADO CASADO

*Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili*

1. Introducción
2. Evolución de la normativa reguladora del Jurado de Expropiación de Cataluña
3. Naturaleza jurídica
4. Funciones
5. Estructura territorial, organización y funcionamiento
6. Composición
  - 6.1. Miembros de las secciones territoriales del Jurado
    - 6.1.1. Presidente: el paso de un magistrado a un jurista de reconocido prestigio que no ejerza profesionalmente la abogacía ni el asesoramiento en materia de bienes inmuebles o urbanismo
    - 6.1.2. Secretario
    - 6.1.3. Vocales: de un modelo de Jurado de composición paritaria a un modelo con predominio de los representantes públicos
  - 6.2. Causas de abstención y recusación y régimen de incompatibilidades
  - 6.3. Personal asesor

---

*Artículo recibido el 06/07/2015; aceptado el 20/07/2015.*

1. Este trabajo constituye una versión actualizada y adaptada para su publicación del capítulo III del trabajo “Expropiació forçosa i comunitats autònomes. Abast de les competències autonòmiques amb especial referència a les comissions o jurats autonòmics d’expropiació: realitat i perspectives”, fruto de una beca de investigación sobre las autonomías políticas territoriales (en la modalidad de becas para la realización de trabajos individuales en Cataluña o en el resto del Estado), que me fue otorgada en 2009 por el Institut d’Estudis Autonòmics de la Generalitat de Catalunya. Quiero manifestar mi agradecimiento a este organismo tanto por el otorgamiento de esta beca como por el apoyo recibido durante la elaboración de dicho trabajo de investigación.

7. **Procedimiento ante el Jurado de Expropiación de Cataluña. Procedimiento ordinario: expedientes de justiprecio iniciados por las Administraciones Públicas**
  - 7.1. Aspectos generales del procedimiento
  - 7.2. Sesión de avenencia: una peculiaridad procedimental
  - 7.3. Sesión de adopción del acuerdo de justiprecio. Efectos de los acuerdos
  - 7.4. Recursos contra los acuerdos del Jurado
8. **Valoración y perspectivas de futuro del Jurado de Expropiación de Cataluña**
9. **Bibliografía**

## Resumen

Transcurridos veinte años desde la creación, mediante la Ley catalana 6/1995, de 28 de junio, del Jurado de Expropiación de Cataluña, este trabajo analiza el régimen jurídico y la trayectoria de este órgano autonómico, creado como órgano propio de valoración a efectos de la fijación del justiprecio en los expedientes expropiatorios de las Administraciones Públicas de Cataluña. Con esta finalidad, se centra en el estudio, desde una perspectiva crítica, de los aspectos más importantes de su regulación (naturaleza jurídica, funciones, estructura territorial, composición, organización y funcionamiento, y procedimiento ante el Jurado); y concluye con algunas reflexiones finales en las que se hace una valoración, a modo de balance, del funcionamiento del Jurado de Expropiación de Cataluña en este período y de la evolución que ha experimentado desde su creación, y se realizan algunas propuestas *de lege ferenda* que podrían aportar nuevas perspectivas para este órgano.

Palabras clave: *expropiación forzosa; valoraciones; justiprecio; jurados autonómicos de expropiación; Jurado de Expropiación de Cataluña.*

### **Twenty years of the Expropriation Commission of Catalonia: balance and perspectives**

#### **Abstract**

*Nearly twenty years have elapsed since the creation of the Expropriation Commission of Catalonia by Catalan Law 6/1995, of 28 June. This article analyses the legal framework and evolution of this regional body, which was created to set fair prices for expropriations carried out by the public administrations in Catalonia. This work takes a critical look of*

*the most important aspects of how the Expropriation Commission of Catalonia is regulated (legal nature, functions, territorial structure, composition, organisation and functioning and legal procedure) and concludes with an overall evaluation and appraisal of the evolution of this body and the changes that it has undergone since its creation. The work ends with some proposals of lege ferenda that may lead to new perspectives regarding this body.*

*Keywords: expropriation; evaluations; fair price; regional expropriation panels; Expropriation Commission of Catalonia.*

## 1 Introducción

Cataluña es una de las comunidades autónomas que se ha dotado de un órgano propio de valoración para la fijación del justiprecio en los expedientes expropiatorios de las Administraciones autonómica y locales<sup>2</sup>. En ejercicio de las competencias reconocidas en su Estatuto de Autonomía, la Generalitat decidió, en 1995, seguir la opción iniciada por otras comunidades autónomas, como País Vasco, Navarra y Madrid. Es así como nace el Jurado de Expropiación de Cataluña –en adelante, JEC–, un órgano especializado de la Administración de la Generalitat con veinte años de trayectoria, creado mediante la Ley 6/1995, de 28 de junio, desarrollada por el Decreto 202/2000, de 13 de junio. Actualmente, esta normativa ha sido sustituida por la Ley 9/2005, de 7 de julio, del Jurado de Expropiación de Cataluña, desarrollada por el Decreto 120/2009, de 28 de julio, que aprueba el Reglamento del Jurado.

No puede ocultarse la relevancia creciente que ha ido adquiriendo este organismo con el paso de los años, así como la propia entidad de la función que desarrolla, por la importancia fundamental que tiene el justiprecio como garantía del derecho de propiedad en los casos de ejercicio de la potestad

---

2. Sobre los jurados autonómicos de expropiación, *vid.* CASADO CASADO, Lucía, *Expropiació forçosa i comunitats autònomes. Abast de les competències autonòmiques amb especial referència a les comissions o jurats autonòmics d'expropiació: realitat i perspectives*, trabajo realizado en el marco de una beca de investigación otorgada por el Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat de Catalunya, en 2010; especialmente, págs. 83-131 y 203-264 (URL: <http://www.gencat.cat/drep/pdfIEA/IEA000050666/IEA000050666.pdf> –último acceso, 10 de diciembre de 2014–); y NÚÑEZ LOZANO, M.<sup>a</sup> del Carmen, “Los órganos autonómicos de fijación de justiprecios. Propuestas y sugerencias sobre el correcto ejercicio de la competencia estatal sobre legislación de expropiación forzosa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 72, 2006, pág. 181.

expropiatoria por exigencias de interés público<sup>3</sup>. A pesar de las amplias críticas vertidas por buena parte de la doctrina administrativista frente a los jurados autonómicos de expropiación<sup>4</sup>, y de las propuestas que van surgiendo de sustitución del sistema de jurados de expropiación por otros modelos de fijación del justiprecio<sup>5</sup>, lo cierto es que estamos ante un órgano de extraordinaria importancia en Cataluña<sup>6</sup>, como elemento central, junto con los jurados provinciales de expropiación, del sistema de garantías del procedimiento expropiatorio. A lo largo de sus veinte años de existencia, se ha evidenciado tanto la importancia de la función desempeñada por el JEC como el propio papel clave de este organismo en el procedimiento expropiatorio, circunstancia que ha favorecido el logro de un protagonismo creciente de este órgano dentro de la Administración de la Generalitat. Además, durante estos años, el JEC ha experimentado una evolución considerable, y se ha visto sometido a importantes cambios normativos que le han dado una nueva orientación.

Son estas circunstancias las que aconsejan un análisis en profundidad del JEC, de su evolución y de su regulación actual. La finalidad no es otra que destacar los puntos fuertes y débiles de su configuración actual, hacer un balance de su trayectoria, realizar algunas propuestas *de lege ferenda* que orienten posibles futuras regulaciones o modificaciones normativas, y apun-

3. Vid. REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, “El paper del Jurat d’Expropiació de Catalunya”, en REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric y GIFREU FONT, Judith (dirs.), *Jornades sobre l’expropiació forçosa a Catalunya: mètodes valoratius i qüestions procedimentals*, Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2008, pág. 12.

4. Vid., entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los jurados autonómicos de expropiación”, *Revista de Administración Pública*, 153, 2000, págs. 91-106; FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 188 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, *Revista de Administración Pública*, 156, 2001, págs. 251 y ss.

5. Véanse en este sentido las propuestas realizadas por FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “¿Una nueva ley de expropiación forzosa?”, y BOIX PALOP, Andrés, “Reformas en materia de expropiación forzosa en un entorno de crisis”, ambos trabajos publicados en FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, GIFREU I FONT, Judith y CASADO CASADO, Lucía (coords.), *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*, INAP, Madrid, 2012, págs. 171-172 y 246-247, respectivamente.

6. Para poner de relieve la importancia de este órgano, se ofrecen a continuación algunos datos interesantes. A título de ejemplo, a lo largo del ejercicio de 2010, la sección de Barcelona del JEC resolvió 352 expedientes de justiprecio, que contenían los valores siguientes: 423 542 509,91 euros, por lo que se refiere al total de valoraciones de los particulares derivadas de sus hojas de aprecio; 54 833 919,31, correspondientes al total de valoraciones de las Administraciones expropiantes; y 91 551 005,23, cuantía que el Jurado fijó finalmente como precio justo. Vid. *Memòria d’activitats. Secció de Barcelona. Exercici 2010* (URL: [http://governacio.gencat.cat/web/.content/jurat\\_dexpropiacio\\_de\\_catalunya/documents/arius/memoria\\_2010\\_1.pdf](http://governacio.gencat.cat/web/.content/jurat_dexpropiacio_de_catalunya/documents/arius/memoria_2010_1.pdf) –último acceso, 10 de diciembre de 2014–).

tar nuevas perspectivas de futuro que, en el contexto actual, podrían abrirse para el JEC, con la intención de mejorar su configuración y potenciar su papel.

## 2

### Evolución de la normativa reguladora del Jurado de Expropiación de Cataluña

El JEC fue creado mediante la Ley 6/1995, de 28 de junio<sup>7</sup>, con la finalidad de “adecuar a la estructura territorial del Estado, instaurada por la Constitución y por el Estatuto de Autonomía, y a la organización propia de la Generalitat la figura del Jurado de Expropiación como órgano administrativo, mediante la creación de un órgano colegiado que ejerza las funciones de tasación, peritaje y determinación del justiprecio en los expedientes expropiatorios de la Administración de la Generalitat y de las corporaciones locales del ámbito de Cataluña”<sup>8</sup>. Para dar respuesta a esta necesidad, la Ley 6/1995 creó y reguló, en seis artículos, el JEC, fijando su naturaleza y funciones, composición y funcionamiento; y reguló también el procedimiento ante el Jurado, los acuerdos de este órgano y la Comisión Técnica de Valoraciones que debía constituirse en las secciones territoriales del Jurado, de entre sus miembros. La Ley 6/1995 estuvo vigente hasta la aprobación de la Ley 9/2005, de 7 de julio, del JEC. No obstante, durante su vigencia fue objeto de una modificación importante en relación con la composición del Jurado, concretamente relativa a la presidencia, que deja de recaer en un magistrado y pasa a un jurista de reconocido prestigio. Esta modificación se hizo efectiva mediante la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, cuyo artículo 78 modificó los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la Ley 6/1995.

7. La creación del JEC por la Ley 6/1995 se justificó en virtud de la potestad de autoorganización y de la competencia exclusiva de la Generalitat para regular las normas de procedimiento administrativo derivadas de la especialidad de su organización; de la competencia exclusiva en materia de régimen local; y de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de expropiación forzosa (arts. 9.3, 9.8 y 10.1.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979). Actualmente, el artículo 159.4.c) del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 ha recogido la competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de expropiación forzosa para “crear y regular un órgano propio para la determinación del justiprecio y fijar su procedimiento”. Sobre las competencias autonómicas en materia expropiatoria, *vid.* CASADO CASADO, Lucía, “El alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de expropiación forzosa. Especial referencia a Cataluña”, *Revista d’Estudis Autònomic i Federals*, 20, 2014, págs. 319-365.

8. *Vid.* el preámbulo de la Ley 6/1995.

En el año 2000, la Ley 6/1995 fue desarrollada por el Decreto 202/2000, de 13 de junio, mediante el cual se aprobó el Reglamento del JEC. Este Decreto recogió reglas relativas a la estructura, los derechos y los deberes de los vocales del Jurado, y el procedimiento, estableciendo un trámite de avenencia voluntario; y reguló las funciones de la Comisión Técnica de Valoraciones y su intervención en el procedimiento de fijación del justiprecio.

Transcurridos diez años desde la aprobación de la Ley 6/1995 y a la vista de la experiencia adquirida en el funcionamiento de este órgano, se evidenció la necesidad de introducir cambios en la regulación y el funcionamiento del Jurado. Con esta finalidad, se aprobó la Ley 9/2005, actualmente vigente. Esta Ley tiene una extensión mucho mayor y está integrada por dieciséis artículos, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. En ella se regulan ampliamente la naturaleza, funciones y estructura territorial del JEC; su composición y el régimen de incompatibilidades y las causas de abstención de sus miembros; su funcionamiento y organización administrativa; y el procedimiento.

La Ley 9/2005 ha sido desarrollada por el Decreto 120/2009, de 28 de julio, mediante el cual se aprueba el Reglamento del JEC, en aplicación del mandato contenido en su disposición final 1.<sup>a</sup>, y se deroga el Decreto 202/2000. La aprobación de este Reglamento era del todo necesaria para adaptar la normativa reglamentaria al nuevo marco legal y permitir igualmente mejorar el funcionamiento ordinario de este órgano, para adaptarlo a la experiencia práctica adquirida durante sus años de funcionamiento<sup>9</sup>.

### 3

#### Naturaleza jurídica

El JEC se configura como órgano colegiado permanente de la Generalitat de Cataluña, de carácter administrativo y sin personalidad jurídica, y con independencia jerárquica. Actúa con independencia de criterio y goza de autonomía para la consecución de sus funciones, que ejerce con imparcialidad, objetividad y sometimiento pleno a las leyes y al derecho<sup>10</sup>.

9. La disposición final 1.<sup>a</sup> de la Ley 9/2005 preveía la aprobación, por parte del Gobierno, del Reglamento de desarrollo de esta Ley en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor. Nótese el retraso con que se aprobó este Reglamento, pasados más de cuatro años desde la aprobación de la Ley.

10. *Vid.* los artículos 1 de la Ley 9/2005 y 1 del Reglamento del JEC de 2009.

Como se ha anticipado, el Jurado es un órgano colegiado, ya que está formado por un conjunto de personas físicas que concurren de forma colectiva a formar la voluntad u opinión del órgano<sup>11</sup>. Además, es un órgano permanente (no ocasional para una expropiación concreta, como sucedía con el sistema de tercer perito existente con anterioridad a la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa –en adelante, LEF–). Este carácter permanente “permite una actuación continuada, lo que facilitará la unidad de criterios y decisiones equitativas en las muchas expropiaciones que puedan llevarse a cabo”<sup>12</sup>. Por otra parte, se trata de un órgano de naturaleza administrativa<sup>13</sup>, con funciones de este carácter, e integrado en la Administración autonómica<sup>14</sup>.

Teniendo en cuenta su configuración como órgano administrativo, el Jurado se integra en la estructura organizativa de la Administración autonómica, quedando adscrito al Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales<sup>15</sup>, y no tiene personalidad jurídica propia<sup>16</sup>. Sin embargo, sí actúa con independencia jerárquica y “con independencia de criterio y disfruta de autonomía para la consecución de sus funciones, las cuales ejerce con imparcialidad, objetividad y sometimiento pleno a las leyes y al derecho”<sup>17</sup>. En coherencia con esta autonomía, sus actos agotan la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de los recursos que procedan<sup>18</sup>. Es-

11. Como pone de manifiesto SOSA WAGNER, Francisco, “Artículo 32. Los Jurados de Expropiación”, en SOSA WAGNER, FRANCISCO (dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003a, pág. 142, en relación con los jurados provinciales de expropiación forzosa, “La opción de atribuir la decisión sobre el justiprecio a un órgano colegiado radica en preferir que las posiciones de los interesados se contrasten por distintos especialistas, que ejercen una cierta función arbitral”.

12. SOSA WAGNER, Francisco, 2003a, pág. 142.

13. *Vid.* REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, pág. 13.

14. Esta naturaleza de órgano administrativo tiene importantes consecuencias y efectos. Entre otros, *vid.* SOSA WAGNER, Francisco, 2003a, pág. 138, en relación con los jurados provinciales de expropiación.

15. La Ley 9/2005 únicamente prevé que el JEC se adscribe al departamento de la Generalitat que el Gobierno determine. En la actualidad, el artículo 1.2.b) del Decreto 184/2013, de 25 de junio, de reestructuración del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales, lo adscribe a este Departamento y le adscribe la Oficina Técnica de Apoyo al JEC, configurada como un área funcional, con la función de dar apoyo técnico a este órgano en el ejercicio de sus funciones (art. 61.2).

16. De esta integración orgánica de los órganos autonómicos de valoración en la estructura organizativa de la Administración autonómica se derivan, como destaca FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, 2007, págs. 253-254, algunos efectos procesales, a la hora de plantearse la posibilidad de que la Administración autonómica pueda recurrir los acuerdos de justiprecio adoptados por su Jurado autonómico de expropiación. Sobre esta cuestión, *vid. infra*, el apartado 7.4 de este trabajo.

17. Art. 1.2 Decreto 120/2009.

18. Art. 13.1 Ley 9/2005.

tamos, por tanto, ante un órgano de la Administración de la Generalitat de Cataluña, pero con unas características particulares que le otorgan un plus de relevancia, como son la independencia jerárquica, la imparcialidad, la composición y el carácter de sus resoluciones<sup>19</sup>.

Por otra parte, a diferencia de los jurados de la LEF, el JEC se configura como un órgano único de ámbito central, sin perjuicio de su funcionamiento en secciones territoriales<sup>20</sup>.

## 4 Funciones

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 9/2005, corresponden al JEC “la tasación, el peritaje y la fijación del justiprecio en los expedientes expropiatorios de las Administraciones Públicas de Cataluña”. Su misión principal es fijar el justiprecio que debe percibir el expropiado por la privación de sus bienes y derechos, en caso de discrepancia entre los interesados, en los expedientes expropiatorios de las Administraciones Públicas de Cataluña. De la redacción de este precepto se derivan dos cuestiones importantes en relación con las funciones del Jurado. En primer lugar, a diferencia de otros órganos de carácter similar de otras comunidades autónomas, sus funciones se circunscriben única y exclusivamente al ámbito expropiatorio, ya que solo tiene funciones de tasación, peritaje y fijación del precio justo en expedientes expropiatorios<sup>21</sup>, y no interviene en materia de responsabilidad patrimonial<sup>22</sup>. Tal y como ha establecido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el JEC desempeña una función técnica concreta, consistente en una función tasadora y evaluadora, y no le corresponde pronunciarse sobre otras cuestiones ajenas a su natural competencia<sup>23</sup>. Siendo su función evaluadora y tasadora, en principio, al Jura-

19. En este sentido, REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, pág. 13.

20. Sobre esta cuestión, *vid. infra*, el apartado 5 de este trabajo.

21. Téngase en cuenta que la legislación urbanística catalana prevé que el JEC también interviene en los procedimientos de tasación conjunta, tal como establecen los artículos 113 y 146 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo.

22. Sí han previsto la intervención en materia de responsabilidad patrimonial de sus órganos propios de valoración en materia de expropiación forzosa las comunidades autónomas de Canarias, Castilla-La Mancha y Castilla y León. *Vid.* CASADO CASADO, Lucía, 2010, págs. 84-100 y 203-264.

23. *Vid.*, entre otras, las sentencias 253/2011, de 18 de marzo de 2011 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Núria CLÈRIES NERÍN), FJ 2.º; 706/2010, de 28 de octubre de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 2.º; 287/2010, de 30 de abril de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente:

do “le está vedado pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de materias o realizar declaraciones de derecho ajenas a su natural competencia, siendo su función técnica, concreta, individualizada y práctica, y no general y doctrinal”. Por ello, su competencia no se extiende a la interpretación y definición del derecho y no puede corregir defectos formales previos al justiprecio, si bien “en ocasiones resulta legítimo que efectúe otro tipo de pronunciamientos”<sup>24</sup>, y “también puede actuar de modo que no se le coloque en la situación de tener que valorar cuando falten elementos esenciales y por lo tanto puede pronunciarse sobre los datos que haya de utilizar para hacerlo”<sup>25</sup>.

En segundo lugar, actualmente las funciones del Jurado a que se ha hecho referencia se ejercen “en los expedientes expropiatorios de las Administraciones Públicas de Cataluña”. En este punto, hay un cambio significativo entre la redacción del artículo 2 de la Ley 9/2005 –es la transcrita– y la del artículo 1.1 de la anterior Ley 6/1995. En principio, en el marco de esta Ley, la competencia del Jurado se extendía a los procedimientos de determinación del justiprecio de las expropiaciones forzosas en que la Administración expropiante fuese la Generalitat –o sus organismos autónomos y otros entes dependientes– o cualquiera de las entidades locales de su territorio que tuviesen atribuida la potestad expropiatoria. Así se confirmaba en su disposición final 1.<sup>a</sup>, con arreglo a la cual los órganos activos de la Administración de la Generalitat y los entes locales de Cataluña, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, debían remitir al JEC los expedientes expropiatorios que se iniciasen. Sin embargo, la disposición adicional 1.<sup>a</sup> advertía de que todas las referencias que hacía la normativa sectorial a los jurados provinciales de expropiación forzosa se entendían realizadas al JEC; y la disposición adicional 2.<sup>a</sup> establecía que el JEC conocería y decidiría sobre los expedientes de justiprecio que se suscitasen en las expropiaciones que llevase a cabo la Administración del Estado en el territorio de Cataluña, de acuerdo con lo que dispusiese la normativa aplicable. Se apuntaba, de esta forma, la posibilidad de que el Jurado pudiese actuar cuando la Administración expropiante fuese la Administración estatal, aunque de forma limitada, ya que remitía a lo que dispusiese la normativa aplicable y esta posibilidad no se hizo efectiva nunca.

---

José Manuel DE SOLER BIGAS), FJ 4.º; y 760/2009, de 28 de septiembre de 2009 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIES), FJ 5.º.

24. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 287/2010, de 30 de abril de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: José Manuel DE SOLER BIGAS), FJ 4.º.

25. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 706/2010, de 28 de octubre de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIES), FJ 2.º.

Actualmente, cuando la Ley 9/2005 define las funciones del Jurado utiliza una fórmula más abierta –“expedientes expropiatorios de las Administraciones Públicas de Cataluña”– y no se limita a citar la Administración autonómica y la local. Por ello, se está apuntando, aunque implícitamente, la posibilidad de que el Jurado pueda intervenir en procedimientos expropiatorios de la Administración del Estado en el territorio de Cataluña. A esta posibilidad se refiere expresamente la disposición adicional 2.<sup>a</sup>, con arreglo a la cual el JEC “puede intervenir en los expedientes de justiprecio en las expropiaciones que lleva a cabo la Administración del Estado en el territorio de Cataluña, según lo dispuesto por la normativa vigente o mediante los correspondientes acuerdos institucionales”. Asimismo, se mantiene en idénticos términos la redacción de la disposición adicional 1.<sup>a</sup>.

Se abren, en consecuencia, nuevas perspectivas para el JEC, que, en un futuro, podría llegar a intervenir en procedimientos expropiatorios tramitados por la Administración estatal. Esto podría posibilitar la asunción de una posición hegemónica por parte del JEC dentro del territorio de Cataluña<sup>26</sup>. De todas formas, para hacer efectiva esta posibilidad, es necesario que se prevea específicamente por la normativa vigente o que exista acuerdo con la Administración General del Estado<sup>27</sup>. Mientras estas circunstancias no se den, el ámbito de actuación del Jurado queda limitado a las expropiaciones llevadas a cabo por la Administración autonómica y las Administraciones locales en el territorio catalán<sup>28</sup>.

La posibilidad de que los órganos autonómicos de valoración puedan extender su competencia a expropiaciones realizadas por la Administración estatal en su territorio, no ha estado exenta de críticas<sup>29</sup>. Sin embargo, consideramos que en el actual marco constitucional y estatutario es una opción plenamente viable y coherente con las competencias autonómicas y estatales en este ámbito, siempre y cuando la legislación respete los aspectos comunes y básicos que sobre los jurados o comisiones autonómicas de expropiación pueda establecer la normativa estatal<sup>30</sup>. En esta línea, NÚÑEZ LOZANO propone

26. Así lo indica FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, 2007, pág. 235.

27. Previsiones similares se recogen en otras legislaciones autonómicas. *Vid.* el artículo 1.2 y la disposición adicional de la Ley del País Vasco 8/1987, de 20 de noviembre, reguladora de los Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa; y el artículo 126.1 de la Ley Foral de Navarra 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo.

28. Sobre los posibles conflictos que pueden suscitarse en la práctica en el ejercicio de las competencias del JEC y de los jurados provinciales de expropiación forzosa, *vid.* TÁBOAS BENTANACHS, Manuel, “Qüestions procedimentals en l’expropiació forçosa”, en REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric y GIFREU FONT, Judith (dirs.), *Jornades...*, *op. cit.*, 2008, págs. 235-236.

29. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, 2007, págs. 233-235.

30. Actualmente, esta legislación es inexistente. Además, no puede considerarse, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, que la regulación de los jurados provinciales

que los órganos autonómicos de valoración “fijen los justiprecios de toda clase de expropiaciones que tengan lugar en su demarcación territorial, por tanto también en los supuestos en que la Administración del Estado sea la expropiante. Obviamente sería la Ley del Estado la que regularía los aspectos comunes y básicos de estos órganos (normativa de procedimiento y normativa sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas), pudiendo cada Comunidad completar esta regulación”. En su opinión, “Esta solución sería acorde con el Estado de las Autonomías, con la idea de ubicar la función de ejecución en el escalón regional y, desde luego, coherente con el mayor número de expropiaciones autonómicas y locales frente a las estatales”<sup>31</sup>. Además, en el caso de Cataluña, como se ha puesto de manifiesto, esta ampliación del ámbito de actuación del Jurado a las expropiaciones estatales está supe-  
ditada, bien a lo que disponga la normativa vigente, bien a los correspondientes acuerdos institucionales. Por este motivo, no vemos ningún obstáculo para que pueda hacerse efectiva, respetando tales condicionantes.

## 5

### Estructura territorial, organización y funcionamiento

El JEC es un órgano de ámbito central, estructurado en diferentes secciones territoriales<sup>32</sup>. Inicialmente, se estructuró en cuatro secciones, la demarcación de las cuales correspondía, respectivamente, a los territorios de las provincias de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona<sup>33</sup>, aunque ya se preveía que esta división en secciones habría de adaptarse a la legislación que se aprobase sobre organización territorial.

Posteriormente, la Ley 9/2005 prevé que el JEC se estructura en secciones territoriales cuya demarcación se corresponde con los ámbitos territoriales que se establezcan por reglamento. Remite, por tanto, al desarrollo reglamentario de la Ley, y, mientras tanto, estructura el Jurado en las secciones territoriales de

---

de expropiación de la LEF tenga carácter básico. Sobre esta cuestión, *vid. infra*, apartado 6.1.3.

31. NÚÑEZ LOZANO, M.<sup>a</sup> del Carmen, 2006, págs. 186-187.

32. La configuración del Jurado como un único órgano de ámbito central, aunque estructurado en secciones territoriales, ha sido objeto de crítica por la doctrina administrativa, por separarse del modelo de la LEF, de jurado de ámbito provincial (*vid.*, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2001, pág. 263; y FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, 2007, págs. 235-236). Sin embargo, consideramos que la estructuración en secciones territoriales, incluso, en algunos casos, de ámbito inferior al provincial, permite salvar estas críticas y respetar la proximidad entre el bien objeto de la expropiación y el órgano evaluador.

33. *Vid.* el artículo 2.1 de la Ley 6/1995.

Barcelona, Girona, Lleida, Tarragona y Tierras del Ebro, cuyas demarcaciones se corresponden con los ámbitos territoriales del Gobierno de la Generalitat en el momento de entrada en vigor de esta Ley<sup>34</sup>. A partir de dicha Ley, la división del Jurado en secciones territoriales se amplía con la correspondiente a Tierras del Ebro, de acuerdo con el Decreto 79/2001, de 6 de marzo, de creación de la Delegación Territorial del Gobierno de la Generalitat en Tierras del Ebro; y se prevé la adaptación de la organización del Jurado al sistema de división territorial de Cataluña vigente en cada momento. Con la aprobación del Reglamento de la Ley 9/2005 también se ha modificado la estructura territorial del JEC. Actualmente, esta norma<sup>35</sup> prevé que el Jurado se estructura en siete secciones territoriales, que ejercen sus funciones en relación con las expropiaciones que se lleven a cabo en el territorio de los municipios incluidos en cada demarcación<sup>36</sup>. Se han añadido dos nuevas secciones –Cataluña Central, y Alto Pirineo y Arán–<sup>37</sup>, aunque aún no han sido constituidas<sup>38</sup>.

En cuanto a su funcionamiento, el JEC funciona en Pleno<sup>39</sup> y en las correspondientes secciones territoriales<sup>40</sup>. El Pleno está constituido por los presidentes, los secretarios y los vocales de cada sección. Los presidentes de las diferentes secciones presiden el Pleno por turno, en mandatos de un año. El turno de la presidencia se establece por orden alfabético de las secciones. El presidente del Pleno representa al JEC. Durante el mismo período actúa de secretario del Pleno el de la sección a la que pertenece el presidente. El Pleno se reúne, como mínimo, tres veces al año, si bien el presidente puede convocar sesiones extraordinarias a iniciativa propia o a propuesta de los presidentes de dos secciones.

34. *Vid.* artículo 3.1 y disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley 9/2005.

35. *Vid.* el artículo 2.1 del Reglamento del JEC, aprobado mediante el Decreto 120/2009.

36. *Vid.* el artículo 3.2 de la Ley 9/2005.

37. La ampliación del número de secciones territoriales es coherente con la nueva estructuración territorial de la Administración de la Generalitat, fijada por el Decreto 229/2006, de 30 de mayo, de reestructuración de órganos territoriales de la Administración de la Generalitat.

38. Con arreglo a la disposición transitoria del Decreto 120/2009, la constitución formal de las secciones del Jurado de la Cataluña Central y del Alto Pirineo y Arán no se hará efectiva hasta que se acuerde por decreto del Gobierno, para una mejor planificación de la prestación de los servicios del Jurado que tiene encomendados. Mientras no se produzca esta creación, las secciones actualmente existentes asumen los asuntos de los respectivos ámbitos territoriales. Sobre el procedimiento de creación de otras secciones territoriales, *vid.* el artículo 2.2 del Reglamento del JEC, aprobado por este Decreto.

39. Sobre el Pleno, *vid.* los artículos 8 de la Ley 9/2005 y 12 del Reglamento del JEC de 2009, en los que también se concretan sus funciones.

40. Sobre el funcionamiento de las secciones territoriales, *vid.* los artículos 7 de la Ley 9/2005 y 14 del Reglamento del JEC. En todo aquello no establecido por la Ley 9/2005 y demás normativa de aplicación, las secciones del Jurado se rigen por la normativa de aplicación vigente para los órganos colegiados de la Administración de la Generalitat (art. 7.3 Ley 9/2005).

## 6 Composición

La composición del JEC, al igual que la del resto de jurados o comisiones autonómicas de expropiación, ha sido uno de los aspectos más polémicos de este organismo y de los que mayores cambios han experimentado en las sucesivas reformas normativas. Dos han sido las cuestiones fundamentales que se han suscitado en relación con este tema. Por un lado, si la presidencia de cada sección territorial debe corresponder a un magistrado. Por otro, si la composición de este órgano debe respetar el criterio paritario, de equilibrio de intereses, fijado para los jurados provinciales de expropiación por la LEF hasta 2012. Ambas cuestiones han tenido una respuesta diferente a medida que ha ido evolucionando la normativa reguladora. La regulación de la composición del JEC también ha destacado por introducir algunos aspectos novedosos en relación con otros órganos equivalentes. Destacan, por ejemplo, el estatuto de los miembros del Jurado, especialmente el estricto régimen de incompatibilidades a que se sujetan sus miembros; y la novedosa figura del personal asesor.

### 6.1

#### Miembros de las secciones territoriales del Jurado

Cada sección territorial del JEC está formada por un presidente, un secretario y diferentes vocales. Los nombramientos de los miembros de cada una de las secciones se realizan por resolución del consejero del departamento al que está adscrito este órgano<sup>41</sup>.

#### 6.1.1

##### **Presidente: el paso de un magistrado a un jurista de reconocido prestigio que no ejerza profesionalmente la abogacía ni el asesoramiento en materia de bienes inmuebles o urbanismo**

La figura de la presidencia de los jurados o comisiones autonómicas de valoración ha suscitado una gran polémica, tanto a nivel doctrinal como juris-

---

41. Artículo 3.3 del Reglamento del JEC. La composición de cada una de las secciones se publica en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya. *Vid.* la Resolución GAP/1268/2010, de 19 de abril, por la que se da publicidad al nombramiento de los presidentes, secretarios y vocales de las secciones del JEC.

prudencial. La cuestión reiteradamente planteada es si los legisladores autonómicos podían o debían trasladar a la composición de sus órganos propios de valoración la regulación establecida en este punto por la LEF, que atribuía la presidencia a un magistrado. Esta problemática se situaba en un contexto de debate más general con relación a si las comunidades autónomas podrían integrar en órganos de su Administración a funcionarios estatales del poder judicial, teniendo en cuenta que la competencia sobre “Administración de Justicia” es exclusiva del Estado, con arreglo al artículo 149.1.5 de la CE.

El JEC no ha permanecido ajeno a esta problemática. Inicialmente, la Ley 6/1995 estableció que el presidente y su suplente debían ser magistrados, designados por el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>42</sup>, aunque no necesariamente pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que podían pertenecer a cualquier orden jurisdiccional<sup>43</sup>. La presencia de un magistrado en la presidencia de la sección territorial del Jurado –con voto dirimente en caso de empate<sup>44</sup>– planteaba serias dudas en torno a su independencia, especialmente en el caso de que, estando integrado en un juzgado contencioso-administrativo o en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, pudiese llegar a conocer de un recurso contra el acuerdo del Jurado.

Posteriormente, esta Ley fue modificada para adecuarla a la jurisprudencia constitucional –especialmente, las sentencias 150/1998, de 2 de julio, y 127/1999, de 1 de julio–, por la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. Fruto de esta modificación normativa, el artículo 2.2.a) de la Ley 6/1995 estableció que el presidente y su suplente debían ser juristas de reconocido prestigio con más de siete años de ejercicio profesional. En el marco de esta nueva previsión normativa, durante algunos años se procedió a proveer las presidencias de las diferentes secciones territoriales del Jurado a través de los decanos de los colegios de abogados, por lo que en la práctica, y aunque no estaba previsto expresamente en la norma, los presidentes dejaron de ser magistrados para pasar a ser abogados, solución no convincente si lo que se desea es apostar por garantizar la máxima independencia del Jurado en la persona de los presidentes.

---

42. Artículo 2.2.a) de la Ley 6/1995.

43. Otras comunidades autónomas sí preveían que el presidente debía pertenecer a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (Madrid o Castilla-La Mancha) o a cualquier órgano del orden contencioso en el ámbito respectivo (Canarias). *Vid.* CASADO CASADO, Lucía, 2010, págs. 118-125.

44. *Vid.* el artículo 3.2 de la Ley 6/1995.

En la actualidad, la Ley 9/2005 [art. 4.1.a)] prevé que el presidente<sup>45</sup> debe ser un jurista de prestigio que no ejerza profesionalmente la abogacía ni el asesoramiento en materia de bienes inmuebles o urbanismo<sup>46</sup>. Se ha eliminado el requisito previo de más de siete años de ejercicio profesional y se han añadido otros requisitos como garantía de su independencia. Así debe interpretarse la exigencia de no ejercer profesionalmente la abogacía ni el asesoramiento sobre inmuebles o urbanismo<sup>47</sup>. Se evita así la exposición del Jurado a posibles corruptelas.

### 6.1.2 Secretario

El secretario, que está al frente de la secretaría existente en cada sección territorial del Jurado, debe ser un funcionario del cuerpo superior de la Administración de la Generalitat, con la licenciatura (o grado) en derecho y con voz pero sin voto<sup>48</sup>. El secretario, con arreglo a las directrices del presidente y sin perjuicio de las funciones que le correspondan como secretario del órgano colegiado, ejerce las funciones relativas a la gestión administrativa de la sección correspondiente, de acuerdo con los órganos correspondientes del departamento al cual esté adscrito; la coordinación de las tareas de los miembros del Jurado; y la coordinación del Jurado, en cada territorio, con las Ad-

45. Los presidentes de las diferentes secciones territoriales del Jurado representan a las respectivas secciones en la demarcación territorial correspondiente, sin perjuicio de la representación institucional del Jurado, que corresponde a quien presida el Pleno. Además, presiden las sesiones de cada sección y mantienen el voto dirimente en caso de empate (art. 7.2 de la Ley 9/2005).

46. Actualmente, de los presidentes de las diferentes secciones del JEC, tres de ellos son profesores universitarios (en las secciones de Girona, Lleida y Tarragona), uno es funcionario local de habilitación estatal (en la sección de Tierras del Ebro) y otro es un jurista de muy reconocido prestigio integrado en diferentes instituciones catalanas, que también había sido profesor universitario (en la sección de Barcelona).

47. Otras comunidades autónomas, como la de Madrid, han añadido otras garantías de independencia del presidente, como la prohibición de tener vínculos con las Administraciones expropiantes, y el establecimiento de un período de mandato máximo de seis años, renovable una sola vez y durante el cual solo puede ser cesado por causas objetivas y tasadas, fijadas reglamentariamente. *Vid.* el artículo 240.4 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid –modificado por el artículo 18 de la Ley 2/2004, de 31 de mayo–.

48. Artículo 4.1 *in fine* de la Ley 9/2005. Otras comunidades autónomas, en cambio, han reforzado la figura del secretario, otorgándole voz y voto. Así lo destaca, en el caso de Andalucía, NÚÑEZ LOZANO, M.<sup>a</sup> del Carmen, “Las Comisiones Provinciales de Valoraciones de Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, 56, 2004, págs. 48-49.

ministraciones expropiantes, sin perjuicio de las funciones de representación que correspondan al presidente<sup>49</sup>. Estas funciones se ejercen con el apoyo del personal funcionario que sea necesario para garantizar su cumplimiento.

### 6.1.3

#### **Vocales: de un modelo de Jurado de composición paritaria a un modelo con predominio de los representantes públicos**

La determinación de las vocalías que deben integrar cada sección territorial del JEC también ha sido objeto de una intensa polémica. El tema fundamental aquí era si la composición de las secciones debía respetar o no el criterio paritario o arbitral fijado para los jurados provinciales de expropiación forzosa por el artículo 32.1 de la LEF, antes de su modificación por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Con arreglo a este precepto, los jurados provinciales de expropiación, que habían de constituirse en cada capital de provincia, estaban formados por un presidente, que era el magistrado que designase el presidente de la Audiencia correspondiente, y cuatro vocales, dos en representación de los intereses públicos, que velaban por los intereses de la Administración expropiante (un abogado del Estado de la Delegación de Hacienda respectiva, y un vocal técnico, que era un funcionario técnico designado por la prefectura provincial o distrito correspondiente, y que variaba según la naturaleza del bien objeto de expropiación)<sup>50</sup>, y dos en representación de los intereses privados, que velaban por los intereses del expropiado (un vocal representativo, que también variaba en función del bien expropiado, y un notario de libre designación por el decano del Colegio Notarial correspondiente). En tanto que el abogado del Estado y el notario eran miembros natos, la designación del vocal técnico y del vocal representativo respondía a la específica naturaleza del bien o derecho a expropiar. Se pretendía, de esta manera, conseguir la especialidad en la valoración, dado que siempre concurrían dos vocales con conocimientos adecuados en la tasación de los bienes objeto de expropiación<sup>51</sup>.

Sin embargo, las expectativas generadas por esta composición, muy loada inicialmente, no han acabado de cumplirse. Han sido muchas las críticas que se han realizado a la composición de los jurados provinciales. Entre

49. *Vid.* también el artículo 7 del Reglamento del JEC, que concreta las funciones que recaen en la secretaría de cada una de las secciones del Jurado.

50. *Vid.* el artículo 32.1.b) de la LEF.

51. *Vid.* SOSA WAGNER, FRANCISCO, 2003a, págs. 143-144.

ellas, destacan el protagonismo y la prioridad *de facto* que se acostumbraba a dar a los representantes de la Administración frente a los otros dos vocales; el exceso de juristas (tres de los cinco miembros), que, además, son los miembros natos y permanentes<sup>52</sup>; el hecho de que el representante corporativo no representa en sentido estricto los intereses del expropiado; y la dedicación parcial de sus miembros, para los cuales la función que les corresponde como miembros del Jurado es añadida y residual en relación con su profesión principal<sup>53</sup>. En definitiva, se podía poner en cuestión la composición paritaria y equilibrada que la LEF buscaba en su momento<sup>54</sup>. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 251/2006, de 25 de julio<sup>55</sup>.

Fijada esta composición de los jurados provinciales de expropiación forzosa por el artículo 32 de la LEF, cabía plantear si esta regulación tenía o no el carácter de legislación básica y, en consecuencia, determinar si los órganos autonómicos de valoración encargados de fijar el justiprecio de las expropiaciones debían mantener el equilibrio en su composición que se derivaba del artículo 32.1 de la LEF. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 251/2006, de 25 de julio, ha considerado que este precepto no tiene carácter básico<sup>56</sup> y, además, ha negado que la composición de los jurados provinciales de expropiación tenga la dimensión básica de integración y equilibrio de intereses que se les atribuía<sup>57</sup>.

A la vista de la composición de los jurados provinciales de la LEF, se ha suscitado en relación con el JEC –y también otros jurados u órganos autónomos de valoración– si debía optarse por un modelo de equilibrio en su composición para la Administración y el expropiado, o, por el contrario, por un modelo que rompiera ese equilibrio, con aumento de los representantes de la

52. FARRÉ TOUS, Santiago, “Perspectives de futur dels jurats autonòmics d’expropiació”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 4, 2007, pág. 268, se refiere a la inexistencia del supuesto equilibrio entre los vocales técnicos y los juristas.

53. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, “El procedimiento expropiatorio general”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 107-108.

54. FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 268.

55. Sentencia 251/2006, de 25 de julio (ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ), FJ 10.º.

56. Sentencia 251/2006, de 25 de julio, FJ 10.ºa). En el mismo sentido, las sentencias 313/2006, de 8 de noviembre (ponente: Pascual SALA SÁNCHEZ), FJ 4.º; 314/2006, de 8 de noviembre (ponente: Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS), FJ 4.º; 315/2006, de 8 de noviembre (Eliasa PÉREZ VERA), FJ 5.º; y 364/2006, de 20 de diciembre (Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS), FJ 2.º.

57. *Vid.* el FJ 10.ºa). Esta posición del Tribunal Constitucional ha desatado algunas críticas en la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “¿Alguien cree de verdad que es conforme a la Constitución la regulación de los jurados autonómicos de expropiación forzosa? (A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 251/2006, de 25 de julio, 313/2006, 314/2006 y 315/2006, de 8 de noviembre)”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, 14, 2006, págs. 97-107. Además, la Sentencia cuenta con dos votos particulares, muy críticos, de los magistrados Javier DELGADO BARRIO y Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS.

Administración. La opción de la legislación catalana en este punto ha variado a lo largo de los años. Si bien inicialmente la tendencia seguida por las comunidades autónomas con la creación de los primeros órganos autonómicos tasadores (País Vasco, Navarra y Cataluña) fue la de seguir el modelo de jurado provincial de expropiación forzosa regulado por la LEF<sup>58</sup>, a raíz de la creación del Jurado Territorial de Expropiación de Madrid –por la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo– cambia la tendencia, y las comunidades autónomas que van creando y regulando estos órganos optan, mayoritariamente, por un tipo de órgano de valoración de composición eminentemente técnica y especializada, muy diferente a la recogida por la LEF, con más miembros y sin pretensiones de equilibrio y paridad entre los representantes de los intereses públicos y de los privados<sup>59</sup>. En Cataluña, el JEC ha evolucionado hacia este nuevo modelo con la última Ley de 2005.

En efecto, esta Ley supone un cambio radical en la composición de las secciones territoriales del Jurado, dadas las novedades que se introducen con relación a los vocales y que suponen un predominio importante de los representantes de la Administración expropiante. El aspecto más relevante es que formalmente las secciones no reflejan ahora equilibrio alguno en relación con la defensa de los intereses públicos y privados. Los vocales de cada sección están repartidos en una proporción de cuatro a dos –cuatro representantes públicos y dos privados–. Cada una de las secciones está formada, además de por el presidente y el secretario, por los vocales siguientes: un funcionario titulado superior en el ámbito del derecho o la economía, del cuerpo superior de la Administración de la Generalitat o del cuerpo de la Abogacía de la Generalitat o equivalente, con experiencia en materia de valoraciones; un funcionario del cuerpo de titulados superiores de la Generalitat, con la titulación que corresponda según la naturaleza del bien o derecho a valorar; dos personas tituladas superiores en grado universitario con experiencia en materia de

---

58. *Vid.* los artículos 2 de la Ley 6/1995 y 2 y 3 del Decreto 202/2000, que configuraban un modelo de jurado integrado por el presidente y cuatro vocales, en principio, de composición paritaria y equilibrada para ambas partes, aunque se preveía que en algunos casos pudiese ser alterado. Por una parte, el Reglamento del Jurado aprobado mediante el Decreto 202/2000 establecía que, en determinados casos, el secretario de la sección podía escoger a más de un titulado o establecer una titulación diferente a las previstas por la normativa, de manera que podía alterarse la supuesta regla de la paridad (art. 3.4). Por otra, en el seno de cada sección del Jurado funcionaba una Comisión Técnica de Valoraciones, con funciones, entre otras, de coordinación (*vid.* arts. 6 de la Ley 6/1995 y 13 a 17 del Decreto 202/2000), que también puso en cuestión la paridad por existir predominio en su composición de representantes de la Administración Pública. Muy crítico con esta Comisión, desaparecida en la nueva Ley del Jurado, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2001, pág. 263.

59. NÚÑEZ LOZANO, M.<sup>a</sup> del Carmen, 2006, pág. 181.

valoraciones, propuestas por las entidades municipalistas; una persona en representación de las Cámaras, los colegios profesionales, las organizaciones empresariales o asociaciones representativas de la propiedad –según la naturaleza del bien expropiado–; y un registrador de la propiedad o un notario, designado por el colegio correspondiente<sup>60</sup>. Todos los vocales, en sus actuaciones como miembros del Jurado, ejercen funciones públicas y actúan con objetividad e independencia de criterio, y deben guardar reserva sobre los asuntos de que tengan conocimiento por su condición.

A pesar de esta composición no paritaria y este predominio de los representantes públicos, a partir de la Ley 9/2005 se advierte una mayor profesionalización del Jurado<sup>61</sup>. Además, sus miembros, como se analiza en el apartado siguiente, están sometidos a un régimen de incompatibilidades muy rígido y a una serie de causas de abstención y recusación que garantizan la objetividad y la imparcialidad de sus decisiones, de forma más estricta que cuando era un órgano de composición paritaria. Aun así, no han faltado propuestas –algunas emanadas de los propios miembros de este órgano– en el sentido de buscar fórmulas que mantengan una mayor paridad en la representación de los intereses contrapuestos<sup>62</sup>.

De todas formas, recientemente, a nivel estatal, también se ha visto alterada la composición paritaria de los jurados provinciales de expropiación forzosa. Mediante su disposición final 2.<sup>a</sup>, la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, ha modificado, con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, el artículo 32.1 de la LEF. Por una parte, se modifica el apartado b), y ahora, de uno, pasan a ser dos los vocales técnicos que integran el jurado provincial, designados por la Delegación de Hacienda de la provincia, que serán nombrados según la naturaleza de los bienes a expropiar. Por otra, se añade un nuevo apartado e) a este precepto, para añadir otro miembro más al jurado: el interventor territorial de la provincia o persona que legalmente le sustituya. De esta forma, los jurados provinciales de expropiación dejan de ser paritarios en cuanto a su composición. Ahora bien, ello no necesariamente debe ser valorado de forma negativa. En efecto,

60. Sobre el nombramiento de los vocales, *vid.* los artículo 4.2 de la Ley 9/2005 y 3 del Reglamento del JEC.

61. *Vid.* TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, “Jurados autonómicos de expropiación y derechos de los ciudadanos”, en TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, *La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley de Suelo*, Atelier, Barcelona, 2011, pág. 43.

62. *Vid.*, en este sentido, REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, págs. 16-17, en cuya opinión, aunque podría mantenerse la composición actual, podría tecnicizarse más e introducirse algunas modificaciones que potenciasen la presencia de las partes afectadas dentro del procedimiento ante el Jurado.

como pone de manifiesto PUERTA SEGUIDO<sup>63</sup>, “dada la existencia de reglas altamente objetivas para la determinación del justiprecio expropiatorio, las funciones de los jurados (estatal o autonómicos) deben aproximarse a lo técnico y no necesitan una especie de ‘arbitraje’ o ‘representación’; si ello es así, ahí deben buscarse las garantías, en la capacidad de aplicar las normas técnicas de valoración, y también en la correcta interpretación de la ley. Y no tanto en una ‘paridad’ de la composición del órgano expropiatorio”.

Además de su composición no paritaria, debe destacarse también la composición heterogénea y variante del JEC, en función de la específica naturaleza del bien o derecho a valorar, dado que la designación de algunos de los vocales se hace en función de la naturaleza del bien expropiado, con la finalidad de conseguir una mayor especialización en la tasación de los bienes o derechos expropiados y el acierto en sus valoraciones.

Otra de las novedades importantes de la Ley 9/2005 es la desaparición de la Comisión Técnica de Valoraciones. Ahora el papel anteriormente atribuido a este órgano se asigna al Pleno, que asume funciones de coordinación. Con esta labor del Pleno, como advierte PICÓ LORENZO<sup>64</sup>, cabría evitar algunas situaciones de injusticia material derivadas de diferentes valoraciones realizadas por distintos peritos respecto a fincas de similares características en relación con los criterios de valoración de la prueba.

El Reglamento del Jurado también regula la figura de los vocales ponentes<sup>65</sup>. Concretamente, prevé que el presidente de la sección designe, entre los miembros de la sección correspondiente<sup>66</sup>, para cada expediente y según la naturaleza del bien a expropiar, el vocal ponente que haga la propuesta de valoración. Los vocales ponentes deben tener la titulación requerida en función de la naturaleza del bien a expropiar y las competencias propias de la

63. PUERTA SEGUIDO, Francisco, “Los conflictos constitucionales sobre los órganos autonómicos de expropiación forzosa”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 290, 2014, pág. 91.

64. PICÓ LORENZO, Celsa, “Capítol XXX. L’expropiació forçosa a l’àmbit local”, en FUENTES I GASÓ, Josep Ramon y GIREU I FONT, Judith (dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 745.

65. *Vid.* el artículo 6 del Reglamento del JEC de 2009.

66. En el modelo catalán, el ponente es designado entre los miembros de la sección. Actúa como ponente, por tanto, un vocal de la sección, con voz y voto. Otras comunidades autónomas, en cambio, han previsto que pueden actuar como ponentes, a los efectos de la preparación de las propuestas de acuerdo e intervenir en las deliberaciones del jurado o comisión autonómica, con voz pero sin voto, cualquier funcionario técnico facultativo al servicio de la Administración autonómica o local (Andalucía, Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha y Madrid, aunque en el caso de estas tres últimas también se prevé que puedan actuar como ponentes los miembros del jurado autonómico).

titulación<sup>67</sup>, lo que reafirma la afirmación realizada con anterioridad de que la composición actual del Jurado refleja un grado más amplio de profesionalización. La función principal del ponente es preparar la propuesta de valoración, aunque también se prevé que el presidente pueda encargar la realización de la propuesta de valoración al personal asesor<sup>68</sup>.

## 6.2

### Causas de abstención y recusación y régimen de incompatibilidades

La normativa reguladora del JEC presta especial atención al régimen de incompatibilidades y a las causas de abstención y recusación de sus miembros<sup>69</sup>. Se trata de un tema de importancia fundamental, ya que la neutralidad e imparcialidad que debe presidir la valoración del justiprecio exige que los miembros del Jurado no tengan relación con los interesados o con los bienes a expropiar que pueda oscurecer la objetividad de su decisión<sup>70</sup>.

Los miembros del JEC tienen la obligación de abstenerse en caso de interés, directo o indirecto, en relación con el bien o derecho expropiado. En ningún caso pueden actuar como miembros del Jurado quienes tengan algún derecho, alguna obligación o alguna carga en relación con el bien o derecho expropiado o con los arrendatarios. Las causas de abstención se extienden a los casos en que el derecho, la obligación o la carga la tengan los cónyuges o las parejas de hecho o los familiares de los miembros del Jurado, hasta el cuarto grado de consanguinidad o de afinidad<sup>71</sup>. En la misma línea, el Reglamento somete a los miembros del Jurado a los supuestos de abstención y recusación de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante, LRJAP–<sup>72</sup>.

Con relación al régimen de incompatibilidades, la condición de miembro del Jurado es incompatible con el ejercicio de actividades profesionales privadas relativas a la transacción o al asesoramiento en materia de bienes inmuebles de naturaleza rústica o urbana, o a la planificación y la promoción

67. A estos efectos, se aplican preferentemente las titulaciones recogidas en el anexo 3 del Reglamento.

68. Sobre el personal asesor, *vid. infra* el epígrafe 3 de este mismo apartado.

69. *Vid.* los artículos 5 de la Ley 9/2005 y 8 y 9 del Reglamento del JEC.

70. SOSA WAGNER, Francisco, “Artículo 33. Los Jurados de Expropiación”, en SOSA WAGNER, Francisco (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, 2003b, pág. 161.

71. Artículo 5.2 de la Ley 9/2005.

72. *Vid.* el artículo 8 del Reglamento del JEC.

urbanísticas. Este régimen es aplicable tanto a los presidentes como a los vocales. Además, el presidente, como ya hemos comentado, debe ser un jurista de prestigio que no ejerza profesionalmente la abogacía ni el asesoramiento en materia de bienes inmuebles o urbanismo; y los vocales que, de acuerdo con Ley 9/2005, deban ser funcionarios, están sometidos a la legislación vigente sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat<sup>73</sup>. El incumplimiento del régimen de incompatibilidades por parte de algún miembro faculta al presidente para poner este hecho en conocimiento del órgano que lo propuso, a efectos, en su caso, de su sustitución, sin perjuicio de las responsabilidades que se pudieran derivar. En caso de no procederse a su sustitución, se pondrá en conocimiento de la persona que lo nombró, a los efectos de que, mediante expediente contradictorio, determine si es procedente su cese<sup>74</sup>.

El régimen de incompatibilidades descrito resulta extraordinariamente restrictivo<sup>75</sup>, máxime si se tiene en cuenta que rige para todos los presidentes y vocales del JEC en toda Cataluña, y no únicamente en el ámbito territorial correspondiente a la sección territorial de la cual son miembros. De ahí que, por ejemplo, el presidente de la sección de Tarragona tampoco puede asesorar en Girona, aunque nunca vaya a participar en la toma de decisiones para la fijación del justiprecio allí. Por ello, aun siendo una interesante garantía de objetividad e independencia, puede convertirse en un arma de doble filo por la dificultad de encontrar personas de valía profesional que conozcan el urbanismo y el régimen de valoraciones y que, en cambio, no puedan asesorar profesionalmente a nadie<sup>76</sup>. Ello es más difícil aún si se tiene en cuenta que tanto el presidente como los vocales del Jurado no son personas que exclusivamente presten sus servicios en este órgano, sino que tienen su trabajo principal en otro lugar y solo ejercen una dedicación parcial, teniendo derecho a las retribuciones por asistencia a reuniones de órganos colegiados que el Gobierno determine, de acuerdo con la normativa vigente de indemnizaciones por razón de servicio de la Generalitat de Cataluña, o, en el caso de los vocales ponentes, a retribuciones por informe emitido<sup>77</sup>. Realmente, más allá de algunos funcionarios o profesores universitarios puede resultar difícil encontrar personas que cumplan el perfil exigido sin entrar en colisión con el régimen de incompatibilidades. Es más, esta exigencia puede conducir, como de hecho está sucediendo, a que accedan al Jurado personas que *a priori* no

73. Vid. el artículo 5.1 de la Ley 9/2005.

74. Vid. el artículo 9 del Reglamento del JEC.

75. Así lo indica TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, 2011, pág. 41.

76. TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, 2011, pág. 42.

77. Vid. el artículo 10 del Reglamento del JEC.

hayan destacado por una trayectoria consolidada ni una gran experiencia previa en materia de valoraciones.

Curiosamente, a pesar del carácter estricto con que se configura el régimen de incompatibilidades, ni la Ley 9/2005 ni el Reglamento del JEC aprobado en 2009 incluyen la previsión anteriormente contenida en el art. 3.3 de la Ley 6/1995 –también 6.1.c) del Reglamento del Jurado de 2000– conforme a la cual los miembros del Jurado no podían conocer de los asuntos en que han intervenido por razón del cargo que ocupan. Esta limitación no se recoge ahora de forma expresa y esta ausencia puede resultar criticable, sobre todo si se tiene en cuenta cómo se ha cuidado el tema de las incompatibilidades. Ello podría posibilitar interpretaciones que permitiesen intervenir en las deliberaciones del Jurado al funcionario autor de la hoja de aprecio de la Administración expropiante, como sucede en otros órganos autonómicos de valoración, aspecto, por otra parte, muy criticado por la doctrina administrativista<sup>78</sup>. Sin embargo, no creemos que sea posible una interpretación en este sentido en el contexto general de la nueva regulación del JEC. En efecto, los miembros de este órgano se someten a un régimen de incompatibilidades muy riguroso, así como a una serie de causas de abstención y recusación, cuya aplicación estricta impediría radicalmente que pudiese intervenir en las deliberaciones el autor de las hojas de aprecio, y nos consta, además, que este es el criterio seguido en la práctica.

### 6.3 Personal asesor

El Reglamento del JEC de 2009 introduce una novedad importante en relación con la Ley que desarrolla: la posibilidad de que el JEC pueda dotarse de personal funcionario que colabore en la realización de las tareas de valoración. Se trata del personal asesor, que debe tener la titulación o titulaciones requeridas en función de la naturaleza del bien a expropiar y las competencias propias de la titulación –en los términos del anexo 3 del Reglamento–, y se somete al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat. El presidente de la sección puede encargar la realización de la propuesta de valoración o de resolución de recurso de reposición al personal asesor, que se emitirá en el plazo fijado por el Reglamen-

78. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, 2000, pág. 101; y del mismo autor, “Por una nueva ley de expropiación forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, págs. 16 y ss.

to<sup>79</sup>. Esta posibilidad no está recogida por la Ley y se introduce por primera vez en el Reglamento<sup>80</sup>, aunque la incorporación de este personal asesor se prevé con carácter potestativo.

El artículo 11.1 del Reglamento del Jurado precisa que el personal asesor puede asistir a las sesiones del Jurado con carácter previo a la toma de decisiones, aunque sin tener derecho a indemnizaciones por razón de asistencia. Aunque eventualmente pueden asistir a las sesiones del Jurado<sup>81</sup>, no tienen derecho de voto. La decisión corresponde en exclusiva a los miembros del Jurado, que, en todos los casos, tienen documentación preparada por los funcionarios<sup>82</sup>. La figura del personal asesor no puede servir para alterar las competencias atribuidas al JEC en materia expropiatoria<sup>83</sup>. Sin embargo, es cierto que su participación puede dotar a este órgano de mayor profesionalidad e imparcialidad en la determinación del justiprecio.

De este modo, aunque se sigue manteniendo la figura del vocal ponente, que hace la propuesta de valoración, se permite como alternativa que la propuesta de valoración y, en su caso, de resolución de los recursos de reposición, pueda ser realizada por personal asesor funcionario del cual el Jurado se puede dotar. A pesar de ello, hasta el momento en ninguna sección se ha nombrado personal asesor.

## 7

### **Procedimiento ante el Jurado de Expropiación de Cataluña. Procedimiento ordinario: expedientes de justiprecio iniciados por las Administraciones Públicas**

El JEC interviene en los procedimientos expropiatorios, en aquellos casos en que no existe acuerdo en relación con el justiprecio entre la Administra-

---

79. *Vid.* artículo 11, apartados 2 y 3, del Reglamento del Jurado.

80. La Comisión Jurídica Asesora, en el dictamen emitido sobre el proyecto de Decreto, no vio ningún motivo de ilegalidad del Reglamento en este punto y justificó la introducción de esta novedad en el hecho de que la exigencia del ponente vocal técnico no estuviera en la Ley, lo que no impedía una nueva regulación en el Reglamento; y en el hecho de que estos funcionarios únicamente iban a preparar documentos técnicos, pero no adoptarían la decisión, reservada al titular de la competencia (*vid.* el FJ IV del Dictamen 0206/09, de 9 de julio).

81. Con relación a la asistencia del personal asesor a las sesiones del Jurado, que ha generado algunas dudas, *vid.* el FJ IV del Dictamen 0206/09, de 9 de julio, de la Comisión Jurídica Asesora.

82. Así lo clarifica, en su FJ IV, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 0206/09, de 9 de julio.

83. En este sentido, TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, 2011, pág. 34, nota al pie 31.

ción expropiante y el expropiado y existen hojas de aprecio con discrepancia. Cuando llega al Jurado un expediente de justiprecio comenzado a iniciativa de la Administración, sin que haya acuerdo entre las partes, se sigue ante este órgano el procedimiento ordinario<sup>84</sup>.

## 7.1

### Aspectos generales del procedimiento

El procedimiento ordinario ante el Jurado, como cualquier procedimiento administrativo, consta de tres fases: inicio, instrucción y resolución. La Ley 9/2005 ha introducido respecto a su predecesora algunos cambios en el procedimiento, con la intención de agilizar los plazos de resolución de los expedientes de justiprecio y simplificar la tramitación.

Con relación a la fase de inicio<sup>85</sup>, el procedimiento se inicia mediante la remisión del expediente de justiprecio –que debe contener la documentación exigida por la normativa vigente–<sup>86</sup> por la Administración expropiante a la sección territorial correspondiente. Si la Administración no remite el expediente en el plazo establecido –un mes a contar desde la fecha en que la Administración tiene constancia de la no aceptación del precio por la persona titular del bien o derecho objeto de expropiación–, el titular del bien o derecho expropiado puede presentar directamente la hoja de aprecio a la sección competente del Jurado. En el plazo de diez días a contar desde la recepción del expediente completo –o también, como establece el Reglamento, una vez

84. En este trabajo solo vamos a referirnos a la intervención del JEC en los expedientes de justiprecio iniciados por las Administraciones Públicas, esto es, en los procedimientos ordinarios, pero debe tenerse presente que el Jurado también interviene en procedimientos expropiatorios iniciados por los particulares, por ministerio de la ley (*vid.* artículos 15 de la Ley 9/2005 y 20 del Reglamento del JEC). La Ley 9/2005 establece un procedimiento específico para aquellos expedientes expropiatorios iniciados por ministerio de la ley, de conformidad con el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo (*vid.* el artículo 144 de este Decreto Legislativo). La expropiación por ministerio de la ley se concibe como una garantía en beneficio de los particulares que configura la ley, en determinados supuestos, ante la inacción de la Administración. Para que pueda solicitarse la expropiación por ministerio de la ley y el JEC intervenga para determinar el justiprecio, deben darse los requisitos sustantivos y procedimentales fijados por el artículo 114 del Decreto Legislativo 1/2010 (modificado por la Ley 3/2012, de 22 de febrero). Sobre el procedimiento expropiatorio iniciado por ministerio de la ley, *vid.* TABOAS BENTANACHS, Manuel, 2008, págs. 244-249; y TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, 2011, págs. 47-53.

85. El inicio del procedimiento se regula en los artículos 9 de la Ley 9/2005 y 13 del Reglamento del JEC.

86. *Vid.* el artículo 13.1 y el anexo 2 del Reglamento del JEC.

transcurrido el plazo otorgado para completarlo<sup>87</sup>–, el Jurado debe comunicar este hecho a los interesados, con indicación de la fecha de recepción, el número de expediente, el plazo máximo de resolución, la fecha prevista para el trámite de avenencia y el sentido y los efectos del silencio administrativo. El secretario de la sección debe revisar el expediente. Si es incompleto o contiene algún error o carencia, debe otorgar un plazo de entre diez días y un mes a la Administración expropiante para que lo complete y aporte la documentación correspondiente. Si el procedimiento ante el Jurado se ha iniciado mediante la presentación de la hoja de aprecio por el titular del bien o derecho objeto de expropiación, y sin perjuicio de que se le puedan reclamar los datos y documentos de que disponga que fundamenten su derecho y que sean necesarios para resolver, debe reclamarse a la Administración expropiante, en el mismo plazo, la remisión del expediente. Si la Administración o, en su caso, el titular del bien o derecho expropiado no completa el expediente o no subsana los errores en el plazo establecido, debe continuarse la tramitación del expediente para la determinación del justiprecio. La sección del Jurado no puede, por este motivo, dejar de resolver mediante la adopción del acuerdo correspondiente.

En esta fase de inicio, la Ley 9/2005 también regula un trámite de inadmisión. El artículo 9.6 prevé que la sección del Jurado, antes de iniciar la sesión de avenencia, debe resolver las incidencias que se hayan producido en relación con el expediente y puede acordar la inadmisión si el expediente no puede calificarse de expropiatorio<sup>88</sup>. En los supuestos de falta de competencia de la sección del Jurado por motivos territoriales, el secretario de la sección que haya recibido el expediente debe remitirlo con la máxima celeridad a la sección competente, o al jurado provincial de expropiación, si procede<sup>89</sup>. El resto de incidencias deben resolverse teniendo en cuenta el principio de celeridad en la tramitación y la obligación del Jurado de resolver en la determinación del justiprecio.

Completada esta fase de iniciación, en la fase de instrucción tendrán lugar un conjunto de trámites y actuaciones necesarias que posibilitarán al Jurado estar en condiciones de tomar el acuerdo correspondiente en relación con el justiprecio. Dentro de esta fase, se formularán las propuestas de valoración por parte de los vocales ponentes o, en su caso, el personal asesor, que

---

87. Artículo 13.3 del Reglamento del JEC.

88. Además de este supuesto, el Reglamento del JEC prevé otros casos de inadmisión. *Vid.* el artículo 13.8.

89. *Vid.* el artículo 13.9 del Reglamento del JEC.

disponen de un plazo máximo de un mes<sup>90</sup>, a contar desde la notificación de su designación y la remisión de la documentación del expediente correspondiente. Las partes interesadas también pueden formular, durante la tramitación del expediente, y siempre antes de que el Jurado haya resuelto el expediente de justiprecio, las alegaciones, y proponer o aportar las pruebas que consideren oportunas. Con carácter excepcional, el Jurado también puede requerir a otras personas interesadas la aportación de documentación complementaria e, incluso, de la hoja de aprecio. Igualmente, en cualquier momento del procedimiento, puede acordar solicitar a las partes que amplíen, aclaren o completen la documentación presentada, y suspender el plazo para resolver.

Durante el procedimiento, las reuniones del Jurado se dividen en dos sesiones: una sesión de avenencia, que tiene carácter potestativo para las partes, y una sesión de toma del acuerdo de justiprecio. Respecto a la fase de finalización, el procedimiento ante el Jurado puede acabar de forma convencional si las partes llegan a un acuerdo en la sesión de avenencia; o con un acuerdo de justiprecio adoptado por el Jurado. Estas cuestiones, por su trascendencia, se examinan detalladamente a continuación.

## 7.2

### Sesión de avenencia: una peculiaridad procedimental

Una de las principales peculiaridades del procedimiento ante el JEC es el establecimiento de un trámite previo de avenencia, con la finalidad de conseguir el acuerdo entre la Administración expropiante y el titular del bien o derecho expropiado para la determinación del justiprecio<sup>91</sup>. Este trámite no debe confundirse con la posibilidad de convenir la adquisición de los bienes o derechos objeto de expropiación mediante mutuo acuerdo entre Adminis-

90. De acuerdo con el artículo 13.4 del Reglamento del JEC, este plazo se puede ampliar hasta un máximo de dos meses, por las causas de prórroga que establece el artículo 12.2 de la Ley 9/2005.

91. Este trámite se incorporó por primera vez en el Decreto 202/2000, de 13 de junio, y ahora se recoge tanto en la Ley 9/2005 (art. 11) como en el Reglamento del Jurado (art. 15). Con anterioridad a este Decreto, ya se celebraba este trámite de avenencia con carácter voluntario para las partes al amparo del artículo 88 de la LRJAP y del artículo 27.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 1957. La eficacia de este trámite en la práctica fue la que motivó su inclusión en el Reglamento, en el año 2000. *Vid.* PALMA DEL TESO, Ángeles DE, “Nuevas técnicas convencionales en el Derecho Administrativo. En especial el trámite de avenencia ante el Jurado de Expropiación de Cataluña”, en MONTORO CHINER, María Jesús (coord.), *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 220-221.

tración expropiante y particular que prevé la LEF<sup>92</sup>, ya que esta posibilidad opera en una fase previa, anterior a la intervención del Jurado. Este trámite no sustituye al convenio expropiatorio y se fundamenta en el artículo 88 de la LRJAP<sup>93</sup>. Con este trámite se potencia e impulsa el acuerdo entre las partes, se hace efectiva la participación de los propios afectados y se trata de acercar las posiciones de las partes para evitar que se suscite una controversia<sup>94</sup>.

El artículo 11 de la Ley 9/2005 prevé una sesión de avenencia, de carácter potestativo para las partes. Por su parte, el Reglamento del JEC dispone que este trámite se lleve a cabo, si ambas partes lo solicitan expresamente, en el día y la hora indicados en la notificación de inicio del procedimiento<sup>95</sup>. A esta sesión deben asistir la persona en representación de la Administración expropiante con el beneficiario, si lo hay, y la persona titular o arrendataria del bien o derecho a expropiar o sus representantes, que pueden ir acompañados por una persona que los asesore. En esta sesión, las partes deben exponer las hojas de aprecio y justificar los criterios aplicados y los valores obtenidos. Durante esta sesión, los miembros de la sección del Jurado y las partes pueden solicitar aclaraciones y realizar observaciones con la finalidad de intentar un acuerdo entre las partes. En cualquier caso, las partes pueden, de mutuo acuerdo, en cualquier momento anterior o durante la sesión de avenencia, o una vez finalizada esta sin acuerdo, solicitar al Jurado que acuerde la suspensión del procedimiento por negociación<sup>96</sup>.

En el caso de que las partes lleguen a un acuerdo, debe consignarse por escrito en el mismo momento en un acta firmada por las partes conjuntamente con el secretario y el presidente de la sección. Este acuerdo será vinculante y de cumplimiento obligatorio para las partes firmantes. Los efectos del acuerdo son los establecidos por la Ley 9/2005 y por la legislación de expropiación forzosa, por lo que respecta a la determinación del justiprecio por el Jurado; y los establecidos por la legislación sobre procedimiento administrativo, por lo que se refiere a la finalización convencional de los procedimientos.

El Reglamento del Jurado, con la voluntad de favorecer la resolución consensuada de las controversias, potencia el trámite de avenencia y la intervención de las partes en la toma de decisiones del Jurado. De este

92. *Vid.* el artículo 24 de la LEF. *Vid.* también los artículos 29 y 30 de la LEF.

93. Así lo pone de manifiesto PICÓ LORENZO, Celsa, 2009, pág. 744. También PALMA DEL TESO, Ángeles DE, 2003, pág. 221-222.

94. PALMA DEL TESO, Ángeles DE, 2003, pág. 222.

95. Artículo 15.1 del Reglamento del JEC.

96. La suspensión se acuerda por el plazo que soliciten las partes o, si no lo han determinado, por un plazo mínimo de un mes, y se puede prorrogar a solicitud conjunta de las partes. El plazo máximo de suspensión, incluidas las prórrogas, es de un año.

modo, el artículo 16 prevé que el presidente de la sección correspondiente, de forma motivada en razón de la especial relevancia del asunto o la trascendencia del caso, una vez producida la propuesta de valoración, puede convocar a una sesión previa a la sesión de determinación del justiprecio al interlocutor de la Administración expropiante y al expropiado, que puede comparecer personalmente o debidamente representado. Si asisten, pueden hacer alegaciones en relación con el expediente de referencia y, en su caso, acordar la avenencia prevista en el artículo 15. Una vez cumplido el trámite, la sección del Jurado se puede reunir para tomar el acuerdo reservadamente.

La incorporación del trámite de avenencia y su aplicación durante sus quince años de existencia han demostrado ser muy positivas<sup>97</sup> y presentan ventajas considerables, ya que las partes pueden ver satisfechas sus pretensiones de una manera más rápida y evitando la vía jurisdiccional, larga y costosa<sup>98</sup>. La oportunidad de este trámite podría ser cuestionada, habida cuenta de que las partes, con anterioridad a la remisión del expediente al Jurado, ya han tenido la oportunidad de ponerse de acuerdo en el precio, y podría pensarse que, si no lo han conseguido antes, difícilmente lo harán ahora. Sin embargo, este trámite propicia el diálogo y el entendimiento entre las partes afectadas, y además se celebra ante un órgano imparcial e independiente de la Administración activa, por lo que puede ser muy efectivo<sup>99</sup>. Como pone de manifiesto REBÉS I SOLÉ<sup>100</sup>, hay un conjunto de aspectos que llevan a considerar este trámite como muy útil, sin que pueda entenderse como una simple repetición de lo que se podía haber hecho anteriormente. Entre ellos, destacan los siguientes: el intento de conciliación se produce ante un órgano que no tiene una relación de sumisión jerárquica con la Administración y que actúa con criterios técnicos imparciales; el expropiado cuando está ante el Jurado no está ante una administración activa en el sentido típico de la palabra, aunque dicte resoluciones; las partes afectadas, además de exponer sus pretensiones, pueden escuchar los comentarios de los miembros del Jurado; se propicia el diálogo de las partes y, si es necesario, puede dejar entenderse cuál va a ser el punto de vista del Jurado para el caso de que tenga que dictar resolución. En definitiva, en su opinión, el punto de vista del Jurado y sus consideraciones técnicas sobre

97. En este sentido, también PICÓ LORENZO, Celsa, 2009, pág. 744.

98. Con relación a las ventajas del trámite de avenencia, *vid.* REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, pág. 17.

99. PALMA DEL TESO, Ángeles DE, 2003, pág. 222.

100. REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, pág. 17.

los argumentos de cada parte permiten, si las diferencias económicas no son muy grandes, llegar a un acuerdo<sup>101</sup>.

### 7.3

#### Sesión de adopción del acuerdo de justiprecio. Efectos de los acuerdos

En caso de que las partes no acepten participar en la sesión de avenencia, o si, habiendo participado, no han llegado a un acuerdo, debe convocarse la correspondiente sesión para que la sección del Jurado, sin la presencia de las partes<sup>102</sup>, adopte el acuerdo de justiprecio, en el plazo de dos meses –excepcionalmente, prorrogable hasta un máximo de cuatro meses–<sup>103</sup>, a contar a partir del día siguiente al del registro de entrada del expediente de justiprecio<sup>104</sup>.

Durante la sesión de adopción del acuerdo de justiprecio, el vocal ponente o el asesor técnico presenta su informe y propuesta de valoración. El resto de miembros pueden formular las preguntas y solicitudes de aclaración que consideren oportunas. Los informes de valoración tienen una gran relevancia, dado que motivan los acuerdos de justiprecio del Jurado<sup>105</sup>. Estos informes no deben estar vinculados por lo que manifiesten las partes en sus hojas de aprecio, las cuales no las pueden modificar ni sustituir una vez el expediente de justiprecio ha sido iniciado por el Jurado, sin perjuicio del principio de congruencia<sup>106</sup>. Esta no vinculación de los informes de valoración, como ha establecido la Comisión Jurídica Asesora, debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley 9/2005, conforme al cual el justiprecio acordado no puede ser superior al global solicitado por el titular del bien o derecho expropiado ni inferior al global planteado por la Administración expropiante, salvo que se detecten errores materiales en las

101. Según los datos que constan en la Memoria de actividades de la Sección de Barcelona del Jurado de Expropiación de Cataluña de 2010, durante ese año se celebraron 6 actos de avenencia, con los resultados siguientes: 1 con acuerdo entre las partes y 5 sin acuerdo.

102. La Ley 9/2005 prohíbe convocar a las partes a la sesión del Jurado para establecer el justiprecio (art. 12.1).

103. *Vid.* los artículos 12.2 de la Ley 9/2005 y 18.4 del Reglamento del JEC.

104. Sobre las posibilidades de suspensión de este plazo, *vid.* el artículo 18. 5 y 7 del Reglamento del JEC.

105. Sobre el contenido mínimo de estos informes de valoración, *vid.* el artículo 17.3 del Reglamento del JEC.

106. Artículo 17.4 del Reglamento del JEC.

valoraciones de las partes, que deben solucionarse en el trámite previo de incidencias<sup>107</sup>.

Los acuerdos de las secciones del Jurado se adoptan por mayoría simple de los miembros presentes, si bien los vocales que lo consideren oportuno pueden hacer votos particulares, en caso de desacuerdo con la decisión del Jurado. En caso de empate, el presidente ejerce el voto de calidad. Los acuerdos deben ser motivados<sup>108</sup> y justificar expresamente los criterios utilizados para la valoración<sup>109</sup>. En todo caso, para la fijación del justiprecio, el Jurado debe tener en cuenta las hojas de aprecio presentadas por los interesados, que operan como márgenes cuantitativos del acuerdo, vinculando al Jurado<sup>110</sup>, que no puede señalar justiprecios o indemnizaciones superiores a los solicitados en las respectivas hojas de aprecio<sup>111</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha destacado reiteradamente la vinculación del Jurado a las hojas de aprecio<sup>112</sup>, por lo que no puede darse más de lo que el expropiado ha solicitado ni menos de lo que la Administración ha ofrecido. Ahora bien, en la

107. *Vid.* el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 0206/09, de 9 de julio, FJ IV.

108. En la Sentencia 1/2014, de 9 de enero de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: María Mercedes DELGADO LÓPEZ), el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que “para entender satisfecha la exigencia de motivar (...) basta con que la argumentación, aunque breve, sea racional y suficiente, permitiendo al interesado conocer las razones que han llevado a la decisión y fundar adecuadamente una posible impugnación, propiciando así su defensa frente a la actuación que considere perjudicial a sus intereses. No se exigen, pues, numerosas y abundantes consideraciones, siendo bastante la mención genérica de los criterios utilizados y la referencia a los elementos o factores comprendidos en la estimación, sin necesidad de señalar actos circunstanciales” (FJ 2.º). En la misma línea, *vid.* las sentencias 356/2009, de 6 de abril de 2009 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Núria CLÉRIES NERÍN), FJ 2.º; y 324/2010, de 19 de mayo de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 4.º.

109. REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, pág. 15, sostiene que se trata de decisiones regladas y que el Jurado no tiene facultades discrecionales, ya que son las circunstancias fácticas de cada caso, junto con la aplicación de la normativa correspondiente, las que determinan el justiprecio. En su opinión, los actos dictados por el Jurado constituyen ejemplos de actos jurídicos indeterminados. Se aleja, por tanto, de aquellas posiciones que sostienen que las resoluciones de los jurados son fruto de una discrecionalidad técnica, aunque señala que ello no debe confundirse con el carácter eminentemente técnico de sus resoluciones valorativas.

110. Sobre esta vinculación, aunque refiriéndose a los jurados de la LEF, *vid.* SOSA WAGNER, Francisco, “Artículo 34. Procedimiento ante el Jurado de Expropiación”, en SOSA WAGNER, Francisco (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, 2003c, pág. 175.

111. Así lo ha establecido de forma reiterada el Tribunal Supremo para los jurados provinciales de expropiación. *Vid.*, por todas, las sentencias de 11 de noviembre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, ponente: Agustín PUENTE PRIETO), FJ 2.º; y de 6 de octubre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, ponente: Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO), FJ 4.º.

112. *Vid.*, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de febrero de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Javier BONET FRIGOLA), FJ 3.º; y de 28 de enero de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Javier BONET FRIGOLA), FJ 3.º.

Sentencia de 20 de diciembre de 2010, introduce un matiz, ya que esta vinculación solo debe alcanzar a los conceptos indemnizables y al *quantum*, pero no a las concretas partidas. De este modo, considera que “debe hacerse una distinción entre los que son ‘conceptos’ a indemnizar, y las ‘partidas’ que integran dichos conceptos, entendidas como el desglose de los criterios, medidas y precios que sirven para dar un valor al concepto, para concluir que la doctrina de los actos propios impide que la parte expropiada pida por el concepto cantidad superior a la fijada en su hoja de aprecio, o que la expropiante ofrezca por dicho concepto cantidad inferior a la inicialmente ofrecida. Pero, dentro de los límites cuantitativos del ‘concepto’, sí se puede alterar el importe de las partidas que lo integran, ya que por lo general dichas partidas no son sino desgloses unitarios que según los distintos métodos de valoración pueden obligar a que unas aumenten en detrimento de otras o que ante la alteración de una de dichas partidas, las otras queden automáticamente rectificadas al tomar como base aquellas”<sup>113</sup>.

Las secciones territoriales del Jurado tienen la obligación de resolver mediante la adopción de los correspondientes acuerdos en el plazo fijado por la normativa. En caso de no resolución dentro del plazo establecido, entraría en juego el silencio administrativo<sup>114</sup>, institución también aplicable a los órganos evaluadores, como ha establecido la jurisprudencia constitucional<sup>115</sup>. En efecto, la Ley 9/2005 considera que la falta de acuerdo puede conllevar la exigencia de responsabilidades a los miembros del Jurado, sin perjuicio de que los interesados, una vez finalizado el plazo establecido, puedan entender que el Jurado acepta el precio establecido por la Administración expropiante y quede abierta la vía de recurso<sup>116</sup>. Por tanto, transcurrido el plazo estable-

113. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de diciembre de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PAMIES), FJ 4.º. En una línea similar, *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 71/2014, de 30 de enero de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Javier BONET FRIGOLA), FJ 5.º.

114. NÚÑEZ LOZANO, M.ª del Carmen, 2004, págs. 62-63, considera que, más que de un supuesto de silencio administrativo ante los órganos autonómicos de valoración, “se trataría, más propiamente, de un supuesto de inactividad de la Administración, que en teoría al menos debería recibir el tratamiento que prescribe el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, de modo que, a la postre, el órgano judicial debería condenar a la Administración a resolver”. Sobre esta cuestión, *vid.* también SOSA WAGNER, Francisco, “Artículo 35. El acuerdo del Jurado de Expropiación”, en SOSA WAGNER, Francisco (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, 2003d, pág. 180.

115. En la Sentencia 136/1995, de 25 de septiembre (ponente: Carles VIVER PI-SUNYER), dictada en el marco de un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993 (Sección 6.ª), el Tribunal Constitucional ha declarado aplicable el régimen del silencio administrativo a la fijación del justiprecio por los jurados de expropiación, siendo posible, en consecuencia, la interposición del correspondiente recurso ante la inactividad del jurado (FJ 4.º).

116. Art. 14 de la Ley 9/2005.

cido, se consideran desestimadas las pretensiones del expropiado y aceptado el precio de la Administración, con la importante consecuencia de que queda abierta la vía de recurso, para garantizar la defensa de los intereses del expropiado<sup>117</sup>.

En caso de acabar el procedimiento con acuerdo del Jurado, el secretario de la sección debe notificar el acuerdo a las partes. Asimismo, el Reglamento obliga al Jurado a dar publicidad de los acuerdos adoptados<sup>118</sup> en su página web y en la memoria anual<sup>119</sup>.

Con relación a los efectos de los acuerdos de las secciones del Jurado, cabe destacar que agotan la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de los recursos que sean procedentes<sup>120</sup>. Un tema que se plantea es si las resoluciones del Jurado tienen o no presunción de acierto y veracidad. El Decreto 202/2000, de 22 de junio, recogiendo la doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal Supremo en relación con los jurados provinciales de expropiación, preveía de forma expresa que los actos del JEC gozaban de las presunciones de legalidad y certeza, sin perjuicio de prueba en contrario. Actualmente, esta previsión no se recoge ni en la Ley 9/2005 ni en el Reglamento que la desarrolla, lo que suscita la cuestión de si continúa o no siendo aplicable esta presunción a las decisiones del Jurado. En nuestra opinión, debe entenderse que sí, dada la variada composición y especialización técnica de los miembros que integran este órgano y su carácter permanente, así como su independencia en el ejercicio de su función y la objetividad e imparcialidad con que actúan. No creemos que la nueva configuración del Jurado catalán a partir de la Ley de 2005 y su opción por un modelo de composición no equilibrada entre los representantes de los intereses públicos y privados sea un obstáculo para mantener esta presunción, de origen juris-

---

117. SOSA WAGNER, Francisco, 2003d, pág. 181, señala que el expropiado “podrá solicitar a los tribunales contenciosos, en estos casos de incumplimiento de la obligación de decidir por el Jurado, la determinación del justiprecio y la condena a la correspondiente Administración o al beneficiario del pago del justiprecio. No satisfaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el recurso del expropiado solo consiguiera una condena de la Administración para que el Jurado resolviera el expediente”.

118. *Vid.* el artículo 19 del Reglamento del JEC.

119. De conformidad con el artículo 19.2 del Reglamento del JEC, la memoria anual debe elaborarse por secciones, y en ella se debe detallar la actividad que se ha llevado a cabo durante el año. Se incluyen todos los acuerdos de justiprecio adoptados durante el año y los que, a pesar de no ser de justiprecio, adopten criterios o decisiones que puedan ser considerados como un precedente o criterio de la sección en relación con las valoraciones o el procedimiento de justiprecio. Corresponde al Pleno la aprobación de la memoria anual del Jurado, que integra las de todas las secciones. Actualmente, en la página web del JEC, únicamente está disponible la memoria de 2010 de la Sección de Barcelona.

120. Artículo 13.1 de la Ley 9/2005.

prudencial<sup>121</sup>. Así lo confirma también la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>122</sup>. Además, esta composición paritaria tampoco se recoge ahora para los jurados provinciales de expropiación, tras la modificación en su composición efectuada por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013<sup>123</sup>. Como pone de relieve FARRÉ TOUS<sup>124</sup>, la jurisprudencia, cuando justifica esta presunción, no lo hace refiriéndose exclusivamente a una determinada composición, sino a los valores que hay detrás de esta composición, y no se refiere a una determinada composición como fórmula excluyente de otras posibilidades que cumplen igualmente, o incluso en mayor medida, los valores de independencia, especialización y permanencia.

Desde esta perspectiva, consideramos que la presunción no ha sido alterada, a pesar de no estar prevista expresamente, y puede considerarse aplicable, siguiendo la línea jurisprudencial indicada en relación con los jurados provinciales de expropiación. Ahora bien, se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede ser discutida ante los tribunales y quedar desvirtuada en el proceso contencioso-administrativo. Así lo confirma la jurisprudencia. Por ejemplo, en la Sentencia 776/2013, de 7 de noviembre de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma, con relación a los actos del JEC, que “amparados, como cualquier otro acto de las Administraciones Públicas, por presunción de legalidad y certeza, su desvirtuación en sede judicial ha de fundarse necesariamente en hacer patente la existencia de errores materiales, incluidos los aritméticos, o en vicios de legalidad, o de aplicación de los parámetros normativos de valoración. Unos y otros podrán ser evidenciados mediante las pruebas practicadas en el proceso en que aquel justiprecio sea cuestionado, pruebas entre las cuales resulta relevante la pericial. Pericial que, sometida a la sana crítica del Tribunal, revista no solo las condiciones legales de objetividad sino también una razón de ciencia sobre fundadas bases técnicas de su divergencia con aquellas valoraciones tenidas en cuenta por el Jurado”<sup>125</sup>.

121. Para FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 268, no hay ninguna base objetiva en que se pueda apoyar la asociación de exclusividad entre la composición paritaria del jurado en la LEF –hasta 2012– y la presunción de acierto. En contra de esta opinión, FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, 2007, pág. 250; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2001, pág. 264.

122. *Vid.*, por ejemplo, las sentencias 776/2013, de 7 de noviembre de 2013 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, ponente: Emilio BERLANGA RIBELLES), FJ 5.º; y 233/2014, de 13 de marzo de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, ponente: María Mercedes DELGADO LÓPEZ), FJ 3.º.

123. *Vid. supra*, apartado 6, epígrafe 1.3, de este trabajo.

124. FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 269.

125. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 776/2013, de 7 de noviembre de 2013 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, ponente: Emilio Vicente BERLANGA RIBE-

El carácter ejecutivo de los acuerdos del Jurado obliga a la Administración expropiante a hacer efectivo el pago del justiprecio. Si el acuerdo ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la Administración expropiante o por el beneficiario de la expropiación, para hacer efectivo el pago, es necesario que el expropiado preste la caución o la fianza suficiente por el importe que supere la cantidad no discutida<sup>126</sup>.

## 7.4

### Recursos contra los acuerdos del Jurado

Los acuerdos de las secciones del Jurado ponen fin a la vía administrativa, y son susceptibles de ser impugnados mediante un recurso potestativo de reposición<sup>127</sup> o directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>128</sup>. Con relación al recurso contencioso-administrativo, debe tenerse en cuenta que actualmente –superados ya la polémica inicial y el debate suscitado respecto a si el órgano competente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo era en estos casos el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo o la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>129</sup>– es competente para conocer de los recursos que se interpongan

---

LLES), FJ 5.º. *Vid.* también, en la misma línea, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 84/2011, de 28 de enero de 2011 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: José Manuel DE SOLER BIGAS), FJ 4.º; y 876/2010, de 29 de diciembre de 2010 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 4.º.

126. Artículo 13.2 de la Ley 9/2005.

127. Respecto al recurso de reposición *vid.* los artículos 107 a 113 y 116 y 117 de la LRJAP. Téngase en cuenta también lo previsto por el artículo 21.2 del Reglamento del JEC. Según los datos que ofrece la Memoria de actividades de la Sección de Barcelona de 2010, durante ese año se resolvieron 352 expedientes de justiprecio y se formularon 63 recursos de reposición y 17 requerimientos previos de las Administraciones, interpuestos por las partes afectadas contra las resoluciones del JEC (2 estimados totalmente; 19 estimados parcialmente; 56 desestimados; y 3 fuera de plazo).

128. Artículo 21.1 del Reglamento del JEC. De acuerdo con los datos que ofrece la Memoria de actividades de la Sección de Barcelona de 2010, durante ese año se presentaron 162 recursos contenciosos contra los acuerdos de este Jurado ante la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; y se recibieron 172 sentencias firmes dictadas por esta Sección, 78 confirmatorias de las resoluciones del Jurado y 94 parcialmente estimatorias de los recursos de las partes. Durante ese mismo año, las partes litigantes desistieron en 17 de los recursos contencioso-administrativos interpuestos.

129. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a través de diferentes autos, había reconocido la competencia de los juzgados del orden contencioso-administrativo para conocer de los recursos contra los acuerdos de las secciones del JEC, haciendo una interpretación literal del artículo 8.3 de la LJCA. Algunos autores, como PONS CÀNOVAS, Ferran, *La incidencia de las intervenciones administrativas en*

contra los actos de las secciones del JEC la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Por otra parte, es interesante remarcar que, si la Administración autonómica quisiese interponer recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo de una sección del Jurado, no podría hacerlo directamente para no infringir la regla establecida por el artículo 20.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De acuerdo con este precepto, no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una administración pública “los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente”. En estos casos, sería necesaria la previa declaración de lesividad<sup>130</sup>, de conformidad con lo establecido por los artículos 43 de la LJCA y 103 de la LRJAP. Así lo recogía de forma expresa el Decreto 202/2000, en su artículo 12.4. Esta regla general debe entenderse aplicable a pesar del silencio de la Ley 9/2005 y del vigente Reglamento del Jurado de 2009<sup>131</sup>. Se trata, además, del criterio aplicable por la jurisprudencia contencioso-administrativa con relación a los jurados provinciales de expropiación<sup>132</sup>. En consecuencia, la falta de la previa declaración de lesividad por parte de la Administración autonómica cuando actúa como Administración expropiante originaría la inadmisibilidad del recurso contencioso, ya que, en este caso, la decisión del Jurado se entendería producida por la propia Administración que recurre el acuerdo de justiprecio. En cambio, la Administración local sí podría interponer directamente el recurso contencioso-administrativo<sup>133</sup>, sin utilizar la figura del previo requerimiento establecida por el artículo 44 de la LJCA.

Otro de los temas que se plantean en relación con la impugnación de los acuerdos del Jurado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es el del alcance de la propia revisión efectuada por los tribunales de este orden jurisdiccional. La cuestión es si el órgano judicial debe limitarse, en su caso, a

---

*el derecho de propiedad. Perspectivas actuales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 179, advertían de que esta interpretación literal originaba un resultado incongruente e incoherente. Posteriormente, el Tribunal Supremo, después de diferentes incidentes procesales, estimó mediante cuatro autos de 4 de marzo de 2004 (todos de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y todos con magistrados ponentes diferentes –Juan GARCÍA-RAMOS ITURRALDE; Ángel RODRÍGUEZ GARCÍA; Fernando LEDESMA BARTRET; y Mariano DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ–) diversos recursos de queja contra los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaraban la competencia de los juzgados, y consideró que la competencia debía recaer en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

130. PICÓ LORENZO, Celsa, 2009, pág. 753.

131. Así lo entiende también FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, 2007, pág. 254.

132. Por ejemplo, *vid.* la Sentencia de 29 de junio de 1983 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; ponente: Ángel FALCÓN GARCÍA), considerando 1.º.

133. PICÓ LORENZO, Celsa, 2009, pág. 753.

anular el acuerdo del Jurado, y proceder a una retroacción de las actuaciones para que sea este órgano el que nuevamente se pronuncie sobre el justiprecio; o, por el contrario, puede decidir fijar la cuantía de la indemnización<sup>134</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera, en la Sentencia de 13 de enero de 2011, que el objeto del procedimiento contencioso-administrativo “consiste en revisar la legalidad de las resoluciones impugnadas, en base y con los límites de las pretensiones concretas contenidas en la demanda, y que el objeto del procedimiento no es fijar un cuarto justiprecio después del propuesto por la Administración expropiante, los expropiados y el Jurado, sino examinar las objeciones y motivos de impugnación que hace la demanda en relación a los parámetros empleados por la Administración demandada, Jurado de Expropiación, en su valoración”. Es más, advierte de que “tendríamos tantos resultados diferentes cuantas valoraciones distintas se efectuaran”, por lo que “debe partirse de la presunción de acierto y corrección de la valoración del Jurado, reconocida por consolidada y reiterada jurisprudencia (...) y examinar si la recurrente, en los puntos concretos que discute acredita error (de hecho o jurídico) o incorrección”<sup>135</sup>. De todas formas, siendo esta su posición general, ello no ha impedido que, en algunos casos, el Tribunal Superior de Justicia haya fijado el justiprecio. Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia de 28 de octubre de 2010, en la que, tras afirmar que “lo que sí tiene muy claro el Tribunal Supremo y, por descontado, este Tribunal, que lo que no podemos hacer es sustituir la actuación del órgano tasador especializado cuando no se disponga de elementos suficientes para fijar el justiprecio”, en el caso con-

134. SOSA WAGNER, Francisco, 2003d, pág. 194, considera que “Ambas opciones deben admitirse como posibles en nuestro Ordenamiento. Aunque debe defenderse como más adecuado a los intereses del expropiado que el Tribunal decida en la sentencia, con los datos y pruebas que se han esgrimido durante el proceso, el nuevo justiprecio expropiatorio. Esta solución es más acorde con el derecho a obtener una tutela judicial ‘efectiva’, porque no pospone a una futura tramitación ante el Jurado de expropiación la decisión del justiprecio”. Sin embargo, advierte de que “en determinadas situaciones no pueden los tribunales ofrecer con la necesaria precisión la cuantía que estiman como justo precio. De ahí que algunas sentencias retrotraigan las actuaciones al momento de la infracción para que se pueda dictar un nuevo acuerdo (...) Aunque sería preferible que, si faltara algún dato para cuantificar el exacto cumplimiento, la sentencia fijara los elementos básicos para que en sede de ejecución se pudiera determinar el justiprecio, sin tener que iniciar una nueva tramitación ante el Jurado” (págs. 194-195).

135. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de enero de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 4.º. En idéntico sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de diciembre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 4.º; de 19 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 5.º; y de 19 de junio de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 3.º.

creto, procede a fijarlo por entender que sí dispone de estos elementos<sup>136</sup>. O más recientemente, por ejemplo, en las sentencias de 25 de abril de 2012 y de 13 de febrero de 2014<sup>137</sup>.

## 8

### Valoración y perspectivas de futuro del Jurado de Expropiación de Cataluña

En las páginas precedentes se han analizado los aspectos fundamentales de la configuración y régimen jurídico del JEC. Sin duda, estamos ante un órgano de extraordinaria importancia en Cataluña, como pieza central del sistema de garantías del procedimiento expropiatorio. A lo largo de sus veinte años de existencia, se han evidenciado tanto la importancia de la función llevada a cabo por el Jurado como su papel clave en el procedimiento expropiatorio, circunstancias que ha favorecido la consecución de un protagonismo creciente de este órgano dentro de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

La decisión de creación de un jurado autonómico propio veinte años atrás fue, en nuestra opinión, un acierto, a pesar de las fuertes críticas que en su momento recibieron estos órganos autonómicos. Mediante la creación de este órgano, la Generalitat, en ejercicio de las competencias reconocidas en su Estatuto, se dotaba de un órgano propio de valoración que actuaría en coexistencia con los jurados provinciales de expropiación, y que intervendría de forma decisiva en la función valorativa de los bienes y derechos expropiados en el marco de las expropiaciones realizadas por la Administración autonómica y local en Cataluña.

Durante estos veinte años, el JEC ha experimentado una evolución considerable y se ha visto sometido a importantes cambios normativos que han dado una nueva orientación a este órgano. Uno de los aspectos destacables es la nueva dimensión que ha conferido a este órgano el Estatuto de Autonomía

136. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de octubre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: Jordi MORATÓ-ARAGONÉS PÀMIÉS), FJ 4.º. *Vid.* además, por ejemplo, la Sentencia de 30 de abril de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: José Manuel SOLER BIGAS) en la que el Tribunal Superior de Justicia también fija el justiprecio de la finca (*vid.* el FJ 6.º); y la Sentencia 1/2014, de 9 de enero de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 2, ponente: María Mercedes DELGADO LÓPEZ), en la que en el fallo ordena fijar el justiprecio en ejecución de sentencia con arreglo a determinados parámetros que menciona de forma expresa.

137. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 321/2012, de 25 de abril de 2012 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: M.ª Pilar ROVIRA DEL CANTO); y 126/2014, de 13 de febrero de 2014 (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, ponente: Emilio Vicente BERLANGA RIBELLES).

de Cataluña de 2006. Actualmente, el Estatuto incorpora una referencia explícita a la competencia de la Generalitat para crear y regular un órgano propio de valoración, razón por la cual la posibilidad de establecer un órgano propio de este tipo en materia expropiatoria ya no cabe deducirla a partir de las competencias de autoorganización, de establecimiento de las particularidades procedimentales derivadas de los ámbitos materiales atribuidos a la Comunidad Autónoma o de régimen local. Y más allá de esta competencia, como ha destacado FARRÉ TOUS, el Estatuto ha hecho una opción por un determinado modelo valorativo: la existencia de un órgano de carácter administrativo, habida cuenta de que, a pesar de no existir un mandato de creación del Jurado, sino únicamente una habilitación, de forma implícita, hay un claro reconocimiento de la importancia de poder contar con un órgano administrativo como el Jurado<sup>138</sup>. Es más, como pone de relieve REBÉS I SOLÉ, el nuevo Estatuto otorga una mayor relevancia al Jurado, configurándolo como una pieza central del sistema de garantías del procedimiento expropiatorio.

Además de este nuevo contexto estatutario, cabe destacar también la evolución a que se ha visto sometido el JEC durante sus veinte años de existencia, y las nuevas perspectivas que se abren para este órgano a raíz de la aprobación de la Ley 9/2005 y de su Reglamento de desarrollo de 2009. Frente a su configuración inicial, como órgano de composición paritaria próxima a la prevista en la LEF para los jurados provinciales de expropiación, a partir del año 2005, la nueva Ley del Jurado ha introducido un cambio de modelo, en la línea de otras comunidades autónomas, y ha dado un mayor peso en su composición a los representantes de los intereses públicos (cuatro frente a los dos que representan los intereses privados). Con relación a su composición actual, cabe destacar, por tanto, junto con la eliminación de los magistrados de la presidencia de las diferentes secciones, el paso a un modelo de composición no paritaria que otorga un mayor peso a los representantes de los intereses públicos. Este modelo podría ser cuestionable, por separarse del modelo paritario de los jurados provinciales de expropiación inicialmente diseñado por la LEF. De todas formas, no puede olvidarse que el propio Tribunal Constitucional ha puesto en cuestión la dimensión básica de integración y equilibrio de intereses de la composición de los jurados provinciales de expropiación<sup>139</sup>; y que, recientemente, también ha desaparecido la composición paritaria de los jurados provinciales de expropiación con la modificación de la LEF de 2012.

138. FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 257.

139. *Vid.* la Sentencia 251/2006, de 25 de julio, FJ 10.a). *Vid.* también sobre esta cuestión FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 268.

Junto con estos importantes cambios en la composición, la normativa vigente también ha reforzado este órgano en el sentido de dotarlo de mayor especialización e independencia. Ciertamente, el actual régimen de incompatibilidades y las causas de abstención y recusación de sus miembros deben valorarse de forma muy positiva, como elementos que refuerzan considerablemente la objetividad y la imparcialidad en el ejercicio de su función (de especial interés es la limitación actualmente recogida de que los miembros del JEC no puedan ejercer actividades profesionales privadas relativas a la transacción o el asesoramiento en materia de bienes inmuebles o a la planificación y la promoción urbanísticas). Idéntica valoración positiva merece la desaparición de los magistrados de la presidencia de las secciones territoriales de este órgano, desencadenada a raíz de la jurisprudencia constitucional y la exigencia de que el presidente no ejerza profesionalmente la abogacía ni el asesoramiento en materia de inmuebles o urbanismo. Este debe ser el camino por el que se continúe avanzando en el futuro, teniendo en cuenta que las garantías que se establezcan para ejercer el cargo con independencia son un elemento fundamental para este órgano<sup>140</sup>.

*De lege ferenda*, podría reforzarse aún más la independencia de este órgano<sup>141</sup>, elemento clave para un buen funcionamiento y para su prestigio, adoptando algunas fórmulas organizativas en este sentido. Por ejemplo, mediante el establecimiento de nuevos sistemas de incompatibilidad; la fijación de un período límite de mandato de sus miembros, con posibilidades limitadas de renovación... En esta línea, un elemento al que la normativa no ha prestado atención y que debiera regularse, es el de la duración de los mandatos de sus miembros –también las posibles renovaciones–, así como las causas de cese<sup>142</sup>. Sería conveniente fijar un período límite de mandato de sus miembros superior a cuatro años –por ejemplo, de seis años–, para evitar que cambios en el Gobierno pudieran derivar en cambios en la composición del Jurado y en una influencia sobre sus decisiones<sup>143</sup>. Asimismo, convendría fijar de forma tasada las causas de cese, de manera que se impidiese su cese, excepto en caso de concurrir alguna de estas circunstancias. También podrían plantearse otras fórmulas que garantizaran una mayor imparcialidad del Ju-

140. FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 279.

141. En este sentido, *vid.* TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, 2011, pág. 43.

142. *Vid.* también en este sentido TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, 2011, págs. 43-44.

143. Así lo han previsto otras comunidades autónomas. Por ejemplo, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de Madrid, dispone que la designación del presidente del Jurado Territorial de Expropiación de Madrid se hará por un mandato de seis años, renovable una sola vez, no pudiendo ser cesado, excepto por causas objetivas y tasadas fijadas reglamentariamente [art. 240.4.a)].

rado. En esta línea, FARRÉ TOUS<sup>144</sup> considera que podría conseguirse con la dotación al Jurado de mayor margen de autonomía funcional y presupuestaria, vinculándolo incluso al Parlamento, en el caso de que quisiera extremarse la separación respecto a la Administración, con un régimen de dedicación adecuado a las necesidades reales de cada sección, con garantías de estabilidad en el ejercicio de sus funciones y, sobre todo, con un aparato administrativo y técnico propio y suficiente<sup>145</sup>.

Por otra parte, debe valorarse positivamente el funcionamiento del Jurado en secciones territoriales, a pesar de las críticas que a nivel doctrinal ha recibido su configuración como órgano central, así como la previsión de nuevas secciones territoriales, además de las cinco actualmente existentes. Esta estructura territorial permitirá acercar la institución al territorio y facilitar la proximidad con las valoraciones locales.

En cuanto a sus funciones, nos parece acertada la opción de la legislación catalana de limitar la actuación del JEC al ámbito de la fijación del justiprecio, y no extenderla al ejercicio de funciones en materia de responsabilidad patrimonial, como han hecho otras comunidades autónomas. Sí que cabría plantear de cara al futuro la extensión del ámbito de actuación del Jurado, ampliando su intervención también a los procedimientos expropiatorios llevados a cabo por la Administración estatal en Cataluña. Como se ha puesto de manifiesto, consideramos que, dentro del actual marco constitucional y estatutario, esta opción es viable y coherente con las competencias autonómicas y estatales en este ámbito, siempre y cuando la legislación autonómica respete los aspectos comunes y básicos que sobre los jurados o comisiones autonómicas de expropiación pueda establecer la normativa estatal en un futuro. Tampoco puede olvidarse que esta opción está supeditada, de conformidad con la normativa vigente reguladora del Jurado, bien a lo que disponga la normativa vigente, bien a los correspondientes acuerdos institucionales. En cualquier caso, una futura ampliación del ámbito de actuación del Jurado debería pasar también, necesariamente, por dotar a este órgano de mayores medios (personales, materiales, económicos...), para garantizar una actuación eficaz, y esto, en el actual contexto económico, no parece posible.

---

144. FARRÉ TOUS, Santiago, 2007, pág. 271.

145. En una línea similar, desde dentro del Jurado, REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, 2008, pág. 18, actual presidente de la sección territorial de Barcelona, ha efectuado algunas propuestas en relación con este órgano, en el sentido de buscar fórmulas de potenciación del papel del Jurado sobre la base de dotarlo de mayor autonomía funcional y presupuestaria. También considera importante el establecimiento de mecanismos para dotar de mayor estabilidad y permanencia a los miembros del Jurado, para favorecer la independencia y la especialización de este órgano.

Finalmente, en el marco de la reestructuración organizativa que la mayor parte de Administraciones Públicas está realizando a causa de la crisis económica, la figura del personal asesor podría cobrar mayor relevancia en caso de integrarlo en una única Oficina Técnica que prestara sus servicios a las diferentes secciones territoriales<sup>146</sup>.

En definitiva, como afirma YÁÑEZ DÍAZ, “es tarea de las comunidades autónomas el dotar a sus órganos de valoraciones de una organización y unos medios materiales que les permitan realizar unas valoraciones objetivas y debidamente motivadas. Ello otorgará a estos jurados, no solo la justificación constitucional que les da la STC 251/2006, sino también una verdadera función de servicio a la ciudadanía que, en definitiva, ha de ser la finalidad de todo órgano administrativo –art. 103 CE–”<sup>147</sup>. Esta es la tarea que debe reforzarse los próximos años a nivel autonómico para llegar a un modelo de jurado autonómico lo mejor posible, tanto desde el punto de vista de su autonomía e independencia como de su especialización, y que dé cumplimiento efectivo a las funciones que le atribuye la legislación vigente.

## 9

### Bibliografía

BOIX PALOP, Andrés, “Reformas en materia de expropiación forzosa en un entorno de crisis”, en FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, GÍFREU I FONT, Judith y CASADO CASADO, Lucía (coords.), *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*, INAP, Madrid, 2012, págs. 187-248.

CASADO CASADO, Lucía, *Expropiació forçosa i comunitats autònomes. Abast de les competències autonòmiques amb especial referència a les comissions o jurats autonòmics d'expropiació: realitat i perspectives*, trabajo realizado en el marco de una beca otorgada por el Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat de Catalunya (URL: <http://www.gencat.cat/drep/pdfIEA/IEA000050666/IEA000050666.pdf> –último acceso, 10 de diciembre de 2014–), 2010.

146. En Cataluña esta posibilidad se había barajado, aunque no se materializó, mediante la modificación de la Ley 9/2005 a través de una de las llamadas “leyes ómnibus”, la Ley 11/2011, del 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa (DOGC, núm. 6035, de 30 de diciembre de 2011).

147. YÁÑEZ DÍAZ, Carlos, “La constitucionalidad de los jurados autonómicos de expropiación. Comentario a la STC 251/2006, de 25 de julio”, *Diario La Ley*, 6680, referencia D-75, 2007, pág. 1695.

CASADO CASADO, Lucía, “El alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de expropiación forzosa. Especial referencia a Cataluña”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 20, 2014, págs. 319-365.

FARRÉ TOUS, Santiago, “Perspectives de futur dels jurats autonòmics d’expropiació”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 4, 2007, págs. 247-283.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los jurados autonómicos de expropiación”, *Revista de Administración Pública*, 153, 2000, págs. 91-106.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Por una nueva ley de expropiación forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio”, *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, págs. 7-27.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “¿Alguien cree de verdad que es conforme a la Constitución la regulación de los jurados autonómicos de expropiación forzosa? (A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 251/2006, de 25 de julio, 313/2006, 314/2006 y 315/2006, de 8 de noviembre)”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, 14, 2006, págs. 97-108.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “¿Una nueva ley de expropiación forzosa?”, en FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, GIFREU I FONT, Judith y CASADO CASADO, Lucía (coords.), *Estructuras administrativas...*, *op. cit.*, 2012, págs. 157-186.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, *Revista de Administración Pública*, 156, 2001, págs. 251-268.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, “El procedimiento expropiatorio en general”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 83-150.

NÚÑEZ LOZANO, M.ª del Carmen, “Las Comisiones Provinciales de Valoraciones de Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, 56, 2004, págs. 37-68.

NÚÑEZ LOZANO, M.ª del Carmen, “Los órganos autonómicos de fijación de justiprecios. Propuestas y sugerencias sobre el correcto ejercicio de la competencia estatal sobre legislación de expropiación forzosa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 72, 2006, págs. 157-193.

PALMA DEL TESO, Ángeles DE, “Nuevas técnicas convencionales en el Derecho Administrativo. En especial el trámite de avenencia ante el Jurado de Expropiación de Cataluña”, en MONTORO CHINER, María Jesús (coord.), *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 211-231.

PICÓ LORENZO, Celsa, “Capítol XXX. L’expropiació forçosa a l’àmbit local”, en FUENTES I GASÓ, Josep Ramon y GIFREU I FONT, Judith (dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 727-755.

PONS CÀNOVAS, Ferran, *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad. Perspectivas actuales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

PUENTE ESCOBAR, Agustín, “La expropiación forzosa”, en SALA SÁNCHEZ, Pascual, XIOL RÍOS, Juan Antonio y FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (dirs.) y SALA ATIENZA, Pascual (coord.), *Las instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia*, Tomo III, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La expropiación forzosa*, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 2047-2512.

PUERTA SEGUIDO, Francisco, “Los conflictos constitucionales sobre los órganos autonómicos de expropiación forzosa”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 290, 2014, págs. 53-94.

REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric, “El paper del Jurat d’Expropiació de Catalunya”, en REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric y GIFREU FONT, Judith (dirs.), *Jornades sobre l’expropiació forçosa a Catalunya: mètodes valoratius i qüestions procedimentals*, Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2008, págs. 11-18.

SOSA WAGNER, Francisco, “Artículo 32. Los Jurados de Expropiación”, 2003a; “Artículo 33. Los Jurados de Expropiación”, 2003b; “Artículo 34. Procedimiento ante el Jurado de Expropiación”, 2003c; “Artículo 35. El acuerdo del Jurado de Expropiación”, 2003d, en SOSA WAGNER, Francisco (dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 140-157, 158-171, 171-181 y 181-196, respectivamente.

TÁBOAS BENTANACHS, Manuel, “Qüestions procedimentals en l’expropiació forçosa”, en REBÉS I SOLÉ, Josep-Enric y GIFREU FONT, Judith (dirs.), *Jornades...*, *op. cit.*, 2008, págs. 231-253.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, “Jurados autonómicos de expropiación y derechos de los ciudadanos”, en TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manel, *La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley del Suelo*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 21-53.

YÁÑEZ DÍAZ, Carlos, “La constitucionalidad de los jurados autonómicos de expropiación. Comentario a la STC 251/2006, de 25 de julio”, *Diario La Ley*, 6680, referencia D-75, 2007, págs. 1691-1695.

# La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea en el ámbito local español treinta años después

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

*Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea*

1. **Introducción**
2. **La aplicación del derecho de la Unión y la gestión de los fondos europeos por los entes locales españoles**
  - 2.1. La aplicación del derecho de la Unión Europea por los entes locales españoles
    - 2.1.1. El mercado único europeo y sus efectos en la vida local: liberalización de los servicios y el régimen de ayudas de Estado
    - 2.1.2. La contratación municipal y la armonización europea de los contratos públicos
    - 2.1.3. La fiscalidad local y su armonización europea
    - 2.1.4. La armonización medioambiental y su aplicación en el ámbito local
    - 2.1.5. El empleo público local y la influencia del derecho de la Unión Europea
  - 2.2. La gestión de los fondos europeos por los entes locales españoles
3. **La responsabilidad por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea y su derivación financiera a los entes locales españoles**
  - 3.1. El derecho de indemnización derivado del incumplimiento del derecho de la Unión por los entes locales
  - 3.2. Las sanciones económicas por incumplimiento de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los entes locales

---

*Artículo recibido el 16/07/2015; aceptado el 02/09/2015.*

- 3.2.1. La primera sentencia que declara el incumplimiento del derecho europeo
- 3.2.2. La segunda sentencia que impone sanciones económicas por la inejecución
- 3.2.3. Las correcciones financieras en la gestión de los fondos europeos por los entes locales
- 3.2.4. El régimen español de derivación de las responsabilidades financieras y los entes locales

#### 4. Conclusión

### Resumen

A treinta años de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, conviene hacer un balance de la aplicación del derecho de la Unión por los entes locales. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, fundamentalmente en sentencias prejudiciales y sentencias declarativas de incumplimiento, muestra los ámbitos de la vida local española más afectados por la integración europea. El incumplimiento del derecho de la Unión tiene consecuencias financieras en los supuestos de indemnizaciones por responsabilidad, en las sanciones impuestas por la inejecución de sentencias declarativas de incumplimiento, y en las correcciones financieras aplicadas a España en la gestión de los fondos europeos por las entidades locales españolas. A partir de 2014 se está aplicando en España un procedimiento de derivación de estas responsabilidades financieras que se aplica no solo al Estado y a las comunidades autónomas, sino también y de manera especial a los entes locales.

Palabras clave: *entidad local; derecho UE; jurisprudencia; responsabilidad financiera; indemnización; corrección financiera.*

### **Implementation of the case law of the Court of Justice of the European Union at the Spanish local level after 30 years**

#### **Abstract**

*After the accession of Spain to the European Communities thirty years ago, it is necessary to analyze the implementation of EU Law by Spanish local governments. The case law of the Court of Justice of the European Union –framed through the preliminary reference procedure and infringement cases- shows the areas of local government more influenced*

*by European integration. The breach of EU Law implies financial consequences in fields such as compensations, penalties for non-compliance with judgments and financial corrections imposed to Spain because of the management of European funds by local governments. Since 2014, in Spain a special procedure has been implemented for dealing with this kind of consequences and it is applicable not only to the State and the Autonomous Communities, but also to local governments.*

*Keywords: local government; EU Law; case law; financial responsibility; damage; financial correction.*

## 1 Introducción

La adopción por referéndum de la Constitución española, el 6 de diciembre de 1978, y la firma del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, el 12 de junio de 1985, fueron probablemente los dos hitos más exitosos de la historia de nuestro país en el triste desarrollo del siglo XX. En ambos casos está el origen de una transformación de nuestra sociedad en la que han tenido mucho que ver las entidades locales.

Mientras que en la Constitución se reconoce al Gobierno local y se “garantiza la autonomía de los municipios” (art. 140), la integración europea parecía que era una tarea muy alejada de la vida local. Sin embargo, y paradójicamente, las dos primeras y únicas reformas de la Constitución, provocadas por la participación en la Unión Europea, han tenido una expresa relación con lo local: la reforma de 1992, con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht, exigió que, conforme al nuevo artículo 13.2 de la Constitución, los ciudadanos de la Unión pudiesen participar en las elecciones municipales no solo como electores, sino también como candidatos<sup>1</sup>; del mismo modo, la crisis en la zona euro fue el origen de la nueva redacción dada en 2011 al art. 135, en el que la disciplina presupuestaria y la responsabilidad financiera se aplican a todas las Administraciones Públicas, y, en particular, a las entidades locales<sup>2</sup>.

Por su número, superior a los 8000, y por su heterogeneidad, los entes locales no están llamados a un especial protagonismo institucional en la rea-

1. BOE n.º 207, de 28 de agosto de 1992, p. 29905.

2. BOE n.º 233, de 27 de septiembre de 2011, p. 101931.

lización de la Unión Europea; sin embargo, muchas de las legislaciones y de las políticas europeas afectan de manera relevante a las entidades locales.

Desde el punto de vista institucional, no puede negarse que es importante la participación de los entes locales en el Comité de las Regiones de la Unión Europea; sin embargo, su papel meramente consultivo y su composición regional y local restan mucho valor a la actuación de este órgano de la Unión Europea.

En cambio, desde el punto de vista legislativo basta con referirse a la Directiva sobre servicios, a las directivas medioambientales o, en fin, a la armonización fiscal para comprobar que también han tenido consecuencias de gran calado en el ámbito local. Del mismo modo, la canalización de los fondos europeos, especialmente los fondos estructurales y de cohesión, han contado y han beneficiado a los entes locales.

Es precisamente esta vinculación con las obligaciones normativas y financieras europeas de los entes locales lo que plantea un problema clave en la aplicación del derecho: quién responde por la no aplicación o por la defectuosa aplicación del derecho de la Unión y cuáles son las responsabilidades, en último término financieras, que se producen en ese caso, y, en realidad, quién debe asumir sus consecuencias.

Así pues, propongo hacer un repaso de los ámbitos legislativos y de la gestión de los fondos europeos que más han afectado a los entes locales españoles, para comprobar, con referencia a casos patológicos que llegaron a los tribunales, de qué modo estos entes locales quedan vinculados por las normas europeas y de qué manera están implicados en la gestión de los fondos europeos, hasta el punto de determinar las consecuencias financieras del incumplimiento, por ejemplo, de una norma europea, como es el caso de una directiva, o de la aplicación de fondos europeos.

Con este fin analizo, en primer lugar, aquellos aspectos “locales” de las legislaciones y de los fondos europeos, refiriéndome a la experiencia española y exponiendo los problemas a través de los litigios planteados, en los cuales ha tenido una intervención el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y ya en segundo lugar determino cómo se reparten las responsabilidades financieras y, en definitiva, quién y de qué modo asume el pago de la indemnización, de la corrección financiera o de la multa por incumplir el derecho de la Unión Europea. También esta segunda parte está construida con las referencias a supuestos específicos en los que tuvo una intervención el Tribunal de Justicia.

## 2

### **La aplicación del derecho de la Unión y la gestión de los fondos europeos por los entes locales españoles**

Las entidades locales españolas se han visto afectadas por la integración europea. De hecho, existen ámbitos locales para los que la legislación europea ha sido revolucionaria, como ocurre en particular con la Directiva de Servicios<sup>3</sup>; y en otros supuestos como el fiscal o el medioambiental las consecuencias son duraderas. Y también en algunos casos los ayuntamientos y las diputaciones españoles han canalizado fondos europeos, especialmente aquellos referidos a la formación, como el Fondo Social Europeo o al desarrollo rural o a la cohesión, como es el caso del Fondo estructural agrícola o pesquero y el propio Fondo de Cohesión.

Es preciso referirse, aun cuando sea someramente, al modo en que se aplica la legislación europea en el ámbito local español, y a la canalización de los fondos europeos cuando intervienen los entes locales españoles.

### 2.1

#### **La aplicación del derecho de la Unión Europea por los entes locales españoles**

Numerosos ámbitos de la legislación local española están afectados por el derecho de la Unión Europea. En un intento por sintetizar los aspectos más esenciales de este influjo europeo propongo examinar las cuestiones planteadas ante los tribunales españoles relativas al mercado único europeo, en particular el régimen de las ayudas, y las armonizaciones en materia de medio ambiente, fiscalidad o contratación pública y, en fin, en relación con el acceso al empleo público y el derecho a no ser discriminado por distintas razones como la nacionalidad, el sexo o la edad.

---

3. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOUE* n.º L 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 36).

### 2.1.1

#### El mercado único europeo y sus efectos en la vida local: liberalización de los servicios y el régimen de ayudas de Estado

La Directiva de Servicios ha tenido un efecto cualitativo y cuantitativo de gran importancia en la vida local española. Desde el punto de vista legislativo español, después de la *Ley paraguas*<sup>4</sup> y de la *Ley ómnibus*<sup>5</sup>, son numerosísimas las normas con rango legal y reglamentario dictadas en cumplimiento de la Directiva<sup>6</sup>. Hasta el momento, no ha habido ningún asunto planteado ante el Tribunal de Justicia que implique a los entes locales españoles y al respeto de la Directiva de Servicios. No obstante, puede ser indicativa de lo que suponen las libertades económicas fundamentales la sentencia de 24 de marzo de 2011 que declaró contrarias al derecho de establecimiento la legislación y la reglamentación catalanas referidas a la implantación de grandes establecimientos comerciales<sup>7</sup>.

Sin embargo, en materia de ayudas de Estado ya se han planteado cuestiones en que estaban implicados entes locales españoles. En efecto, bien pronto se planteó una cuestión prejudicial en materia de ayudas de Estado relacionada con el antiguo impuesto municipal de radicación resuelto por la sentencia *Banco Exterior de España*<sup>8</sup>; una segunda sobre las ayudas concedidas por las diputaciones forales vascas; y, más recientemente, la sentencia *Navantia*<sup>9</sup> ha permitido al Tribunal de Justicia manifestarse sobre la aplicación del régimen de ayudas en el caso de exenciones fiscales del impuesto de bienes inmuebles.

En la sentencia *Banco Exterior de España*, fue la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia quien preguntó al Tribunal de Justicia si las exenciones concedidas a las entidades oficiales de crédito en las liquidaciones por el impuesto municipal de radica-

4. Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE* n.º 283, de 24 de noviembre de 2009).

5. Ley estatal 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE* n.º 308, de 23 de diciembre de 2009).

6. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Las licencias, el silencio positivo y la responsabilidad de las Administraciones locales después de la Directiva de Servicios", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 9, 15 de mayo de 2010, pp. 1411-1429.

7. TJUE, sentencia de 24 de marzo de 2011, Comisión / España (licencias de apertura de grandes superficies en Cataluña) (C-400/08, *Rec.* p. I-1915, EU:C:2011:172).

8. TJCE, sentencia de 15 de marzo de 1994, Banco de Crédito Industrial SA, hoy Banco Exterior de España SA / Ayuntamiento de Valencia (C-387/92, *Rec.* p. I-877).

9. TJUE, sentencia de 21 de noviembre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia / Ayuntamiento de Ferrol (C-522/13, EU:C:2014:2262).

ción de los ejercicios 1983 a 1986 eran contrarias a la libre competencia y, más en particular, si eran ayudas de Estado.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia señaló que existía una distinción entre nuevas ayudas y ayudas existentes, en la medida en que el Tratado constitutivo, al establecer el examen permanente y el control de las ayudas por la Comisión, persigue que el reconocimiento de la posible incompatibilidad de una ayuda con el mercado común resulte, bajo control del Tribunal de Justicia, de un procedimiento adecuado, de cuya aplicación es responsable la Comisión Europea (apartado 16).

Esto quiere decir que, como la ayuda impugnada en el asunto principal había sido establecida por una ley anterior a la adhesión de España a las Comunidades Europeas, tenía la calificación de ayuda existente, es decir, “una ayuda existente puede seguir ejecutándose mientras la Comisión no la haya declarado incompatible con el mercado común” (apartado 20). En suma, solo hay obligación de notificar a la Comisión Europea las nuevas ayudas, pero no las existentes.

Más recientemente, la sentencia *Navantia* se refiere a la calificación como ayuda de Estado de una exención legal del impuesto sobre bienes inmuebles en favor de un astillero público.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ferrol había preguntado al Tribunal de Justicia si la exención del impuesto sobre bienes inmuebles podía constituir una ayuda de Estado. El litigio enfrentaba al astillero público de Navantia con el Ayuntamiento de Ferrol, que le había denegado la exención del impuesto de bienes inmuebles a partir de 2008 y por un importe anual cercano a los 600 000 euros.

En su respuesta el Tribunal de Justicia constata que la exención que pretende Navantia es una ayuda de Estado. El Tribunal europeo enumera los requisitos de una ayuda de Estado: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario, y, en cuarto lugar, es preciso que falsee o amenace falsear la competencia. En este caso la exención del impuesto tiene por efecto que no se realice ningún pago de dicho impuesto, ni al Ayuntamiento de Ferrol por parte del Estado, ni, en consecuencia, por parte de Navantia. En cambio, están sujetas al impuesto sobre bienes inmuebles todas las empresas que operan en terrenos privados o públicos y que cumplen uno de los requisitos enunciados en dicha disposición. Asimismo, el impuesto sobre bienes inmuebles es un impuesto normalmente adeudado por Navantia, y esta exención tiene por efecto aligerar directamente, sin que sea necesaria ninguna otra intervención,

las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa que se halle en una situación idéntica a la suya, por lo que tal exención fiscal confiere una ventaja económica a Navantia.

Y el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que Navantia disfruta, en lo que atañe a sus actividades civiles, de una ventaja fiscal a la que no tienen derecho otras sociedades que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

En suma, y a juicio del Tribunal de Justicia, pueden cumplirse los cuatro requisitos, pero corresponde al Juzgado de Ferrol comprobar si, tomando en consideración todos los elementos pertinentes, apreciados a la luz de los criterios interpretativos aportados por el Tribunal de Justicia, dicha exención fiscal debe calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE.

Los dos supuestos, *Banco Exterior de España* y *Navantia*, muestran el sometimiento de las actividades económicas y financieras locales al régimen de ayudas de Estado. Ciertamente, el régimen de ayudas de Estado queda más lejano en el nivel local que en el Gobierno central y en el nivel autonómico.

Ahora bien, y en supuestos de gran intervención financiera, como ocurre en el ámbito de las diputaciones forales vascas, su actuación se ha visto cuestionada en numerosos litigios ante los tribunales europeos como consecuencia del incumplimiento del régimen de ayudas de Estado<sup>10</sup>. En la sentencia *Unión General de Trabajadores de La Rioja*, el Tribunal de Justicia, a preguntas del Tribunal Superior de Justicia vasco, se muestra comprensivo con el poder tributario autonómico y foral vasco<sup>11</sup>; sin embargo, la multa más

10. TPI, sentencia de 5 de agosto de 2003, P & O European Ferries (Vizcaya) / Comisión (T-116/01, EU:T:2003:217); TG, sentencia de 19 de mayo de 2015, Diputación Foral de Bizkaia / Comisión (T-397/12, EU:T:2015:291); TJCE, sentencia de 15 de julio de 2004, España / Comisión (ayudas a la siderurgia) (C-501/00, EU:C:2004:438); TJCE, sentencia de 11 de noviembre de 2004, Ramondín y Ramondín Cápsulas/Comisión (C-186/02 P, EU:C:2004:702); TJCE, sentencia de 11 de noviembre de 2004, Demesa / Comisión (C-183/02 P, EU:C:2004:701); TJCE, sentencia de 11 de septiembre de 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja (C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488); TJUE, sentencia de 29 de julio de 2010, UGT-FSP (C-151/09, EU:C:2010:452).

11. TJCE, sentencia de 11 de septiembre de 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja (C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488). En este caso, la respuesta del Tribunal de Justicia se refería a siete recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja), la Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comunidad Autónoma de Castilla y León frente a las diputaciones forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, apoyadas por la Confederación Empresarial Vasca (Confebask) y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao. No obstante, la respuesta es oracular y difícil de interpretar por el juez nacional: “Determinar si ciertas normas forales adoptadas por los territorios históricos constituyen una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, requiere verificar si dichos territorios históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco tienen autonomía institucional, de procedimiento y económica suficiente para

abultada por incumplir sentencias del Tribunal de Justicia se impuso a España por el incumplimiento atribuido a las diputaciones forales vascas a consecuencia de la adopción de un régimen de ayudas considerado ilegal por la Comisión Europea<sup>12</sup>.

Es preciso añadir que los entes locales económicamente poderosos como las diputaciones vascas han luchado, apoyando al Estado central<sup>13</sup> o por su propia cuenta<sup>14</sup>, contra las reiteradas decisiones de la Comisión Europea declarando la ilegalidad de determinadas ayudas de Estado.

### 2.1.2

#### La contratación municipal y la armonización europea de los contratos públicos

En su actividad económica y, en particular, cuando contratan bienes y servicios, los entes locales están sometidos a las libertades económicas fundamentales y a las directivas sobre contratos públicos.

A pesar de que es muy amplia la jurisprudencia europea sobre la aplicación de las directivas sobre contratos públicos a los entes locales, en España las cuestiones prejudiciales se reducen hasta el momento a la sentencia *Gestión Hotelera Internacional*, que resolvió la cuestión de la aplicación de las

---

que una norma adoptada por esas autoridades dentro de los límites de las competencias que tienen otorgadas sea considerada como de aplicación general en la referida entidad infraestatal y no tenga carácter selectivo en el sentido del concepto de ayuda de Estado” (apartado 141).

12. TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de mayo de 2014, Comisión / España (multa por inejecución de la sentencia que obliga a recuperar las ayudas de las “vacaciones fiscales vascas”) (C-184/11, EU:C:2014:316).

13. TJCE, sentencia de 15 de julio de 2004, España / Comisión (ayudas a la siderurgia) (C-501/00, EU:C:2004:438).

14. Por ejemplo, la sentencia de 19 de mayo de 2015, Diputación Foral de Bizkaia / Comisión (T-397/12, EU:T:2015:291), desestima el recurso frente a la decisión de 2012 que declaraba ilegales las ayudas concedidas a un proyecto de implantación en Alonsótegui (Vizcaya) de una factoría de Habidite para la fabricación de módulos de construcción. En este caso el Tribunal de Justicia recuerda el papel secundario de la Diputación foral respecto del Estado central en el procedimiento de notificación de las ayudas públicas: “Por lo que se refiere al derecho de las entidades infraestatales que otorgaron las ayudas de Estado, hay que señalar que el procedimiento administrativo en materia de ayudas de Estado se incoó únicamente contra el Estado miembro de que se trate. Por lo tanto, únicamente el Estado miembro afectado, como destinatario de la decisión impugnada, puede invocar un verdadero derecho de defensa. Las entidades infraestatales que conceden las ayudas, como la demandante, al igual que las empresas beneficiarias de las ayudas y sus competidores, solo se consideran interesados en ese procedimiento, en el sentido del artículo 108 TFUE, apartado 2” (apartado 54).

directivas sobre contratos públicos a los denominados contratos mixtos<sup>15</sup>. También merece la pena referirse a la sentencia de 26 de mayo de 2011 en virtud de la cual el Tribunal de Justicia desestimó un recurso de incumplimiento contra España, en relación con la adjudicación de los “programas de actuación integrada” (PAI) en el urbanismo valenciano<sup>16</sup>.

Respecto de la sentencia *Gestión Hotelera Internacional*, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias había planteado la cuestión prejudicial de si se aplicaba la Directiva sobre contratos públicos de obras en el caso de un contrato de obras y servicios para la autorización de un casino y para la explotación de un hotel municipal en Las Palmas. La razón de la pregunta es que en este caso el anuncio del contrato no se había publicado —como exigen las directivas— en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

El Gobierno de Canarias había convocado dos concursos: uno para instalar un casino y otro para explotar un hotel que era de propiedad municipal; se pretendía que fuese la misma adjudicataria del casino y del hotel quien realizase una serie de obras, por un importe mínimo de 1000 millones de pesetas, no solo en las dependencias del hotel, sino también en las del casino.

El Tribunal de Justicia contestó que el contrato mixto, cuyo objeto era a la vez la ejecución de obras y la cesión de bienes, no estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE sobre contratos públicos de obras, en la medida en que la ejecución de las obras solo tenía carácter accesorio.

En materia de contratación en el ámbito urbanístico, la Comisión Europea no logró convencer al Tribunal de Justicia de que la legislación valenciana (leyes autonómicas 6/1994 y 16/2005) fuese contraria a la Directiva sobre contratos públicos de obras en lo que se refiere a la adjudicación de los “programas de actuación integrada” (PAI)<sup>17</sup>. El Tribunal de Justicia consideró que la Comisión no había demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador correspondiese a un contrato público de obras. De hecho, el Tribunal de Justicia comprobó que el contrato entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI de

15. TJCE, sentencia de 19 de abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional* (Casino de Las Palmas) (C-331/92, *Rec. p.* I-1344, EU:C:1994:155).

16. TJUE, sentencia de 26 de mayo de 2011, *Comisión / España* (contratos de obras y legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Valencia) (C-306/08, *Rec. p.* I-4541, EU:C:2011:347).

17. TJUE, sentencia de 26 de mayo de 2011, *Comisión / España* (contratos de obras y legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Valencia) (C-306/08, *Rec. p.* I-4541, EU:C:2011:347).

gestión indirecta consistía no solo en las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes, sino también en la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI; y, en fin, la organización del concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización (apartado 96).

Ahora bien, el hecho de que a este tipo de contratos no se apliquen las directivas no impide que los principios básicos de la contratación pública, en particular la publicidad, la igualdad y la integridad, tengan cabida en la gestión del urbanismo por los entes locales.

### 2.1.3

#### **La fiscalidad local y su armonización europea**

El ámbito fiscal de los entes locales se ve afectado por la armonización europea de las legislaciones nacionales. Precisamente la sentencia *Vodafone España y France Telecom España* fue de una extraordinaria trascendencia para los municipios españoles<sup>18</sup>. Con esta sentencia el Tribunal de Justicia respondía la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo afectando, de este modo, a más de 1300 ayuntamientos y a numerosísimos litigios planteados por las operadoras de telefonía contra las ordenanzas municipales y contra las liquidaciones anuales de las tasas.

El origen de la sentencia son tres reenvíos prejudiciales de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación por los ayuntamientos de Santa Amalia, Tudela y Torremayor de la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a dos grandes compañías de telefonía en España, Vodafone y France Telecom. En primera instancia ante los tribunales supe-

---

18. TJUE, sentencia de 12 de julio de 2012, *Vodafone España SA / Ayuntamiento de Santa Amalia* (C-55/11); *Vodafone España SA / Ayuntamiento de Tudela* (C-57/11) y *France Telecom España SA / Ayuntamiento de Torremayor* (C-58/11) (EU:C:2012:446).

riores de justicia de Navarra y de Extremadura no prosperó el recurso contra sendas ordenanzas fiscales. En cambio, el Tribunal Supremo, que conocía en casación, decidió acudir a la interpretación del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la Directiva era contraria a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizaban para prestar servicios de telefonía móvil.

Por si hubiese alguna duda, el Tribunal de Justicia explicó las consecuencias de esta incompatibilidad, subrayando: “en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no haya adaptado el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta” (apartado 37).

De modo que a partir de esta sentencia numerosísimos recursos contra las ordenanzas, ante los tribunales superiores de justicia, y contra las liquidaciones de las tasas, ante los juzgados, han prosperado, anulándose las disposiciones reglamentarias y las liquidaciones tributarias contrarias a la previsión de la Directiva.

Poco después, en el asunto France Telecom España / Diputación de Barcelona, el Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona n.º 17 pidió al Tribunal de Justicia más aclaraciones sobre la tasa por la utilización del dominio público por empresas de telefonía. En este caso era la compañía France Telecom España la que impugnaba la tasa del Ayuntamiento de Guardiola de Berguedà por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local<sup>19</sup>.

El Tribunal de Justicia terminó respondiendo al juez barcelonés, mediante el auto *France Telecom España*, que el derecho de la Unión debe interpretarse, a la vista de la sentencia *Vodafone España y France Telecom España*, en el sentido de que es contraria a la aplicación de una tasa a los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas sin ser propietarios de dichos recursos.

En fin, siguen llegando al Tribunal de Justicia nuevas cuestiones prejudiciales que amenazan la recaudación local apoyándose en el régimen de

---

19. TJUE, auto de 30 de enero de 2014, France Telecom España / Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona (C-25/13, EU:C:2014:58).

ayudas de Estado o en los límites que puedan imponer algunas directivas específicas<sup>20</sup>.

#### 2.1.4

#### La armonización medioambiental y su aplicación en el ámbito local

Si ha habido un ámbito especialmente propicio para la aplicación del derecho de la Unión Europea en el ámbito local es el del medio ambiente. Así, las directivas de evaluación del impacto ambiental, las directivas sobre residuos y las directivas sobre saneamientos urbanos han tenido un significativo efecto, que se ha visto reflejado en la jurisprudencia europea que tiene origen en litigios en que están implicados entes locales españoles.

El Tribunal de Justicia dictó la sentencia *Ecologistas en Acción-CODA / Ayuntamiento de Madrid*, referida a la aplicación de las directivas 85/337/CEE y 97/11/CE sobre evaluación del impacto de proyectos en el medio ambiente<sup>21</sup>.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 22 de Madrid planteaba como cuestión prejudicial si los 15 proyectos en que se habían dividido las obras para la construcción de la vía de circunvalación denominada M-30 requerían el sometimiento a la evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal de Justicia respondió que la Directiva prevé la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de reforma y mejora de vías urbanas, tanto en los proyectos mencionados expresamente en la Directiva como en otros proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud de su naturaleza, de sus dimensiones o de su localización, y, en su caso, habida cuenta de su interacción con otros proyectos (apartado 46).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia recuerda al juez contencioso-administrativo que una evaluación formal puede sustituirse por medidas equivalentes que cumplan las exigencias mínimas de la Directiva (apartado 50).

En un contexto muy similar se pronuncia la sentencia *Iberdrola Distribución Eléctrica*, en relación con la evaluación de un proyecto concreto de

20. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Tarragona ha planteado una cuestión prejudicial, poniendo en duda la legalidad de la tasa por la licencia de obras y el impuesto de instalaciones, construcciones y obras a la luz de la Directiva 2008/6/CE relativa a la liberalización de los servicios postales, e incluso en aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado (Correos y Telégrafos / Ayuntamiento de Vilaseca, C-302/15).

21. TJCE, sentencia de 25 de julio de 2008, *Ecologistas en Acción-CODA / Ayuntamiento de Madrid* (C-142/07, *Rec.* p. I-6097, EU:C:2008:445).

ampliación de una subestación transformadora de tensión eléctrica<sup>22</sup>. El litigio enfrentaba al Ayuntamiento de Benferri con la Consejería de Infraestructuras del Gobierno valenciano, en relación con un proyecto de Iberdrola Distribución Eléctrica consistente en la construcción de líneas aéreas de transporte de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 kV, y una longitud superior a 15 kilómetros.

El Tribunal Superior de Justicia valenciano quería saber si la evaluación debía referirse a las líneas aéreas, o si también comprendía las subestaciones de transformación. La respuesta permitió al Tribunal de Justicia interpretar la Directiva 85/337/CEE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, señalando que, si bien la mera ampliación de una subestación transformadora de tensión eléctrica no figura, en cuanto tal, entre los proyectos de la Directiva, la obligación de evaluación de impacto ambiental tiene un ámbito de aplicación extenso y un objetivo amplio. A tal efecto, el Tribunal de Justicia subrayó que la Directiva exigía una apreciación global del impacto de los proyectos sobre el medio ambiente.

### 2.1.5

#### El empleo público local y la influencia del derecho de la Unión Europea

El acceso al empleo público no parecía un ámbito propicio para la aplicación del derecho de la Unión Europea, y menos aún en el ámbito local. Sin embargo, la interpretación del Tribunal de Justicia de las libertades económicas fundamentales, y la adopción de nuevas directivas de armonización de los derechos sociales, han permitido consolidar determinados derechos.

La sentencia *Jiménez Melgar* reconoció a una trabajadora a tiempo parcial del Ayuntamiento gaditano de Los Barrios los derechos, derivados de la Directiva 92/85/CEE, de protección de la maternidad de la trabajadora en caso de despido<sup>23</sup>. El Tribunal de Justicia subrayó el efecto directo de la Directiva, de tal modo que confiere a los particulares derechos que pueden invocar ante un juez contra las autoridades nacionales, en este caso contra el Ayuntamiento (apartados 32 y 34).

22. TJUE, sentencia de 27 de marzo de 2014, Ayuntamiento de Benferri / Consejería de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana e Iberdrola Distribución Eléctrica SAU (C-300/13, EU:C:2014:188).

23. TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, María Luisa Jiménez Melgar / Ayuntamiento de Los Barrios (C-438/99, EU:C:2001:509).

El Tribunal de Justicia también conoció por vía prejudicial de varios asuntos en que estaban implicados ayuntamientos y se planteaba la aplicación de la Directiva relativa a los derechos de los trabajadores en el caso de que haya habido un traspaso de empresas vinculadas a las Administraciones locales.

La sentencia *Sánchez Hidalgo* tiene su origen en el enfrentamiento de cinco trabajadoras de una concesionaria del Ayuntamiento de Guadalajara que, habiendo sido sucesora de la anterior concesionaria, las había contratado pero no les reconocía la antigüedad<sup>24</sup>.

El Tribunal de Justicia consideró que la Directiva 77/187/CEE, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, se aplica a una situación en la que el Ayuntamiento, que había adjudicado a una primera empresa la gestión de su servicio de ayuda a domicilio, decide, al expirar la concesión, conceder la gestión de dicho servicio a una segunda empresa, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica.

En la sentencia *UGT-FSP / Ayuntamiento de La Línea de la Concepción*, el Tribunal de Justicia profundiza en este concepto de transmisión de empresas respecto del rescate de una concesión municipal, y sus efectos sobre los derechos de los trabajadores y de sus representantes sindicales<sup>25</sup>.

Y lo mismo ha ocurrido en la sentencia *CLECE* con el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, en el caso de la transmisión de una empresa al Ayuntamiento toledano de Cobisa<sup>26</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que no se aplicaba a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.

En fin, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Córdoba preguntó al Tribunal de Justicia por las diferencias salariales entre los distintos empleados municipales. Sin embargo, mediante el auto *Rivas Montes* el Tribunal de Justicia inadmitió la cuestión prejudicial, porque el derecho de la Unión Europea no afecta a la configuración que cada Estado miembro decida hacer del estatuto de los empleados públicos, sean funcionarios o laborales<sup>27</sup>.

24. TJCE, sentencia de 10 de diciembre de 2008, Francisca Sánchez Hidalgo y otros (C-173/06, EU:C:1998:595).

25. TJCE, sentencia de 29 de julio de 2010, UGT-FSP / Ayuntamiento de La Línea de la Concepción (C-151/09, EU:C:2010:452).

26. TJUE, sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE (Ayuntamiento de Cobisa) (C-463/09, Rec. p. I-95, EU:C:2011:24).

27. TJUE, auto de 7 de marzo de 2013, Rafael Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO) (C-178/12, EU:C:2013:150).

En la sentencia *Vital Pérez*, el Tribunal de Justicia interpreta el derecho a la no discriminación por razón de la edad en el acceso al empleo en un ayuntamiento<sup>28</sup>. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo debía resolver un recurso para la protección de los derechos fundamentales, presentado por un aspirante a agente de la Policía Local de Oviedo que tenía 33 años. La convocatoria municipal, en aplicación de la ley autonómica asturiana, exigía como edad máxima de los aspirantes los 30 años, por lo que el Juzgado asturiano le preguntaba sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El Tribunal de Justicia reconoce, en primer lugar, la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad, que debe considerarse un principio general del derecho de la Unión y que se ha concretado en la Directiva 2000/78 en el ámbito del empleo y la ocupación.

En segundo lugar, esta Directiva se aplica tanto al sector público como al privado en relación con el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional.

En tercer lugar, la cuestión sustancial era si el límite de los 30 años se aplicaba a los policías locales teniendo en cuenta que, en una sentencia anterior de 2010, la sentencia *Wolf*, el Tribunal de Justicia había considerado que este mismo límite de edad estaba justificado para acceder al puesto de bombero en Alemania<sup>29</sup>.

Por una parte, el Tribunal de Justicia consideró que, en aplicación de la Directiva, la posesión de capacidades físicas específicas es una característica relacionada con la edad. A tal efecto, el Tribunal de Justicia analizó las funciones de agente de la Policía Local que en determinados supuestos pueden requerir el empleo de la fuerza física. Sin embargo, es preciso saber si la legislación asturiana, al fijar tal límite de edad en 30 años, ha impuesto un requisito proporcionado, es decir, si este límite es apropiado para alcanzar el objetivo perseguido y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia comprueba que existe una disparidad manifiesta entre las normativas de las comunidades autónomas relativas a los agentes de la Policía Local, en lo que atañe a la fijación de una edad máxima para acceder a esta profesión: algunas normas autonómicas la fijan

---

28. TJUE, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Mario Vital Pérez / Ayuntamiento de Oviedo (C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371).

29. TJUE (Gran Sala), sentencia de 12 de enero de 2010, Colin Wolf / Stadt Frankfurt am Main (C-229/08, *Rec.* p. I-1, EU:C:2010:3).

en 30 años de edad o más (35, 36 o 40 años), mientras que otras comunidades autónomas habían optado por no fijar límite alguno. También el Gobierno español confirmó que había suprimido el requisito relativo a la edad máxima de 30 años para el acceso a la función de agente de la Policía Nacional. Y, por último, si bien en la sentencia *Wolf* se había considerado proporcionada la edad máxima de 30 años, en el caso de los bomberos se exigía una capacidad física “excepcionalmente elevada”, mientras que las capacidades que deben tener los agentes locales para poder cumplir algunas de estas funciones no son siempre comparables. En consecuencia, al fijar dicho límite de edad en 30 años para acceder a agente de la Policía Local, la ley asturiana impuso un requisito desproporcionado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia examina si la diferencia de trato por razón de la edad puede justificarse por un objetivo legítimo vinculado, concretamente, a las políticas de empleo, al mercado de trabajo y a la formación profesional. A juicio del Tribunal de Justicia la ley asturiana no se refiere a objetivo alguno, pero tampoco del contexto general de esta medida se deducen la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo. Por ejemplo, con el límite de edad no se pretende mantener una estructura de edades equilibrada promoviendo, por ejemplo, nuevos contratos. Pero si bien podría justificarse por los requisitos de formación del puesto, o por la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación o al pase a la segunda actividad, no se ha justificado que para conseguir esto se requiera un límite de edad de contratación. Y por lo que se refiere al objetivo de garantizar un período de actividad razonable previo a la jubilación, como está fijada a los 65 años, no puede considerarse que el límite de los 30 años sea necesario.

En consecuencia, y a juicio del Tribunal de Justicia, el límite de 30 años para presentarse a las pruebas de acceso a agente de la Policía Local es contrario al principio de no discriminación por razón de la edad, y no está justificado.

En estos momentos, está pendiente ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia vasco por la que pretende saber la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, cuando se ha producido un encadenamiento de contratos temporales de un arquitecto municipal<sup>30</sup>.

---

30. TJUE, C-197/15, Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria.

## 2.2

### La gestión de los fondos europeos por los entes locales españoles

Los fondos europeos constituyen un apoyo fundamental de las políticas desarrolladas en la Unión Europea, y están vinculados a la política agrícola (Fondo Europeo Agrícola de Garantía, FEAGA) y de desarrollo rural (Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural, FEADER), a la política regional (Fondo Europeo de Desarrollo Regional, FEDER, y el Fondo de Cohesión), o a la política social, como el Fondo Social Europeo. Por tanto y en muchos ámbitos las políticas de la Unión coinciden con las políticas municipales, en particular en lo que se refiere al desarrollo rural, la cohesión medioambiental o, en fin, la formación y el empleo.

La gestión de los fondos europeos pretendió centralizarse en un primer momento, pero la dimensión prácticamente inabarcable para la burocracia de la Comisión Europea hizo que se desistiese de este propósito. En estos momentos más del 80 % de los fondos europeos se canalizan a través de las autoridades nacionales, incluidas las Administraciones locales.

Aun cuando este ámbito de la gestión de los fondos europeos siempre estuvo lejos de una regulación detallada, el Tribunal de Justicia ha explicado en la sentencia *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Tartu, en Estonia, el alcance del control jurisdiccional de la gestión nacional de los fondos europeos.

Por una parte, el Tribunal de Justicia considera que el Tribunal General no es competente para conocer de un recurso de anulación dirigido contra una decisión de un comité de seguimiento por la que se desestima una solicitud de subvención. Por otra parte, el Tribunal de Justicia insiste en que todos los actos de aplicación del derecho de la Unión Europea están sometidos al control jurisdiccional.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia es contrario al Reglamento n.º 1083/2006 y al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión un manual del programa adoptado por un comité de seguimiento en el marco de un programa operativo celebrado entre dos Estados miembros y dirigido a promover la cooperación territorial europea que disponga que no puede ser recurrida la decisión de este Comité de seguimiento que desestime una solicitud de subvención.

En este sentido, el Tribunal de Justicia determina que la adopción de dicho manual entra dentro del ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Seguidamente, considera que el artículo 47.1 de la Carta dispone que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados

por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, el artículo 19.1.2 de la Carta obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión. Por tanto, cuando la desestimación de una solicitud de subvención por parte del Comité de seguimiento tiene como consecuencia que el solicitante queda definitivamente apartado del procedimiento de concesión de subvenciones cofinanciadas por la Unión, sin que se le comunique posteriormente decisión alguna, y, sin embargo, no cabe recurso contra las decisiones del Comité de seguimiento, supone que el solicitante quede indefenso e inerte.

La cuantía de los fondos europeos aplicados en España ha sido considerable en los últimos 30 años. Ahora bien, las Administraciones más beneficiadas han sido, sin lugar a dudas, la Administración central y las Administraciones autonómicas, quedando los entes locales relegados a un discreto segundo plano.

Inicialmente la lucha entre el Estado central y las comunidades autónomas hubo de ser dirimida por el Tribunal Constitucional, que estableció la sencilla norma de que la gestión de los fondos europeos en España corresponde a aquella Administración que sea competente de conformidad con el reparto interno de competencias.

En todo caso, los fondos más importantes, en particular los estructurales y de cohesión, también se han canalizado a través de las Administraciones locales.

De los datos disponibles resulta que, por ejemplo, a través del FEDER se han dedicado al desarrollo local durante el período comprendido entre 2007 y 2012 más de 881 millones de euros, lo que representó alrededor del 5 % de las intervenciones del FEDER realizadas a través, sobre todo, de las Administraciones autonómicas y central<sup>31</sup>.

En el caso del Fondo de Cohesión, para el mismo período de 2007 a 2012 se gestionaron a través de las Administraciones locales 608,31 millones de euros, pero no alcanzó el 10 % de todo el Fondo de Cohesión aplicado en España<sup>32</sup>.

31. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Relaciones financieras entre España y la Unión Europea: 2013*, Dirección General de Fondos Comunitarios, Centro de Publicaciones, Madrid, 2014, p. 111; disponible en [http://www.dgfc.sggp.meh.es/sitios/dgfc/es-ES/rpue/rfeue/Documents/Relaciones\\_Financieras\\_entre\\_Espa%C3%B1a\\_y\\_la\\_UE\\_2013.pdf](http://www.dgfc.sggp.meh.es/sitios/dgfc/es-ES/rpue/rfeue/Documents/Relaciones_Financieras_entre_Espa%C3%B1a_y_la_UE_2013.pdf) (última consulta: 30/6/2015).

32. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Relaciones financieras entre España y la Unión Europea: 2013*, ob. cit., p. 115.

En fin, a través del Fondo estructural agrícola y para el período 2007 a 2012 se canalizaron a través de las Administraciones locales 241 millones de euros, es decir, poco más del 10 % del gasto en este ámbito<sup>33</sup>.

### 3

#### **La responsabilidad por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea y su derivación financiera a los entes locales españoles**

El incumplimiento del derecho de la Unión Europea debe tener por definición consecuencias efectivas y, en todo caso, disuasorias. La aplicación de este principio básico de cualquier derecho requirió una importante evolución en la Unión Europea, cuyo origen está en las organizaciones internacionales, pero cuya etapa intergubernamental ya ha sido superada, en lo que a esto se refiere, gracias a la *jurisprudencia Francovich* (1991), a la introducción de un procedimiento de ejecución forzosa de sentencias declarativas de incumplimiento del Tribunal de Justicia (1993), y a la aplicación de correcciones financieras para el caso de irregularidades en la gestión de los fondos europeos (1995).

La aplicación efectiva de este régimen europeo de responsabilidades obligó a que en España se introdujese, recientemente, un procedimiento general de derivación de responsabilidades financieras que ya se ha aplicado a partir de 2014. El caso significativo de las denominadas “vacaciones fiscales vascas” terminó con el pago por las diputaciones forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya de 30 millones de euros de la sanción económica que el Tribunal de Justicia había impuesto a España.

A continuación examino tres supuestos en que procede el pago de una indemnización por violación del derecho de la Unión, el abono de una sanción económica por no ejecutar una sentencia declarativa de incumplimiento del Tribunal de Justicia, o, en fin, la asunción financiera de las correcciones aplicadas por irregularidades en la gestión de los fondos europeos. Para concluir explico el procedimiento de derivación de responsabilidades aplicado de manera efectiva en España desde 2014, y que también tiene repercusión en el ámbito local.

---

33. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Relaciones financieras entre España y la Unión Europea: 2013*, ob. cit., p. 126.

### 3.1

#### El derecho de indemnización derivado del incumplimiento del derecho de la Unión por los entes locales

La aplicación de la *jurisprudencia Francovich* a los entes locales no plantea, en la práctica, mayores problemas de los explicados reiteradamente por el Tribunal de Justicia<sup>34</sup>. En realidad, esta jurisprudencia expresa de qué modo el derecho de la Unión Europea alcanza su madurez hasta el punto de que la violación del derecho de la Unión Europea puede dar lugar, de cumplirse tres requisitos, al derecho de indemnización de los particulares afectados. En el caso de los entes locales, los requisitos son los mismos que en todos los demás casos planteados en cualquier Estado miembro de la Unión Europea; únicamente tienen como particularidad la necesidad de que se determine en cada uno de los derechos nacionales los procedimientos que deben seguirse<sup>35</sup>.

Para explicar esta dimensión esencial del derecho de la Unión Europea, me refiero al auto *León Medialdea* tal como fue resuelto por el Tribunal de Justicia, y que aborda una situación muy frecuente en la vida local española<sup>36</sup>.

Marta León Medialdea fue contratada en 2001 por el Ayuntamiento granadino de Huétor Vega para trabajar en un periódico y una emisora. En 2004 se sustituyó el contrato laboral por otro, pero en 2012 el Ayuntamiento aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo debido al cierre de la radio local y a la reducción de personal en el periódico municipal. La amortización del puesto suponía el fin del contrato, sin que se previese indemnización alguna. El Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada, que debía resolver la demanda contra la actuación municipal, acudió al Tribunal de Justicia pidiéndole que interpretase la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

El Tribunal de Justicia observa, en primer lugar, que la Directiva es aplicable a una trabajadora que ha encadenado dos contratos temporales y que mantiene una “relación laboral de carácter indefinido no fijo” con un ayuntamiento.

34. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del derecho de la Unión Europea”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia* n.º 2048, 2007, pp. 3995-4030.

35. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La vía indemnizatoria como remedio por la violación del derecho europeo y la jurisprudencia tributaria española”, en *La recepción del derecho de la Unión Europea en España, Liber amicorum Antonio Martínez Lafuente*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 157-186.

36. TJUE, auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea / Ayuntamiento de Huétor Vega (C-86/14, ECLI:EU:C:2014:2447).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva no impone una obligación general de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Sin embargo, la normativa española que permite amortizar la plaza de una trabajadora sin abonarle indemnización es contraria a la Directiva. Esto se debe a que los derechos nacionales deben prever alguna medida que garantice la protección de los trabajadores frente al abuso del encadenamiento de contratos temporales.

Por tanto, la única salida que indica el Tribunal de Justicia es la indemnización, y corresponde al juez granadino buscar la solución. Para ello debe tener en cuenta que las sanciones aplicadas deben tener carácter suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de la Directiva. Es decir, el juez de lo Social debe adoptar “una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración Pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Para ello el juez de Granada debe tener en cuenta la totalidad del derecho español y aplicar los métodos de interpretación reconocidos, es decir, debe hacer todo lo que esté en sus manos para garantizar la plena efectividad de la Directiva y alcanzar una solución conforme con sus objetivos. Todo parece indicar que la mejor solución que debe adoptar el juez granadino es la indemnizatoria por el equivalente para supuestos muy similares.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia insinúa que, de ver rechazada su demanda, Marta León Medialdea podría iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial basado, precisamente, en la violación del derecho de la Unión Europea, con el fin de obtener la indemnización de los daños causados por la defectuosa transposición de la Directiva en el derecho español.

Ciertamente y en nuestro ordenamiento se plantea contra quién debería dirigirse esta acción de responsabilidad patrimonial. Todo hace pensar que tal responsabilidad deriva del legislador estatal y que, por tanto, debería presentarse la reclamación administrativa ante el Consejo de Ministros, y, en caso de que la respuesta sea negativa o insatisfactoria, quedaría abierto el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo. Una eventual indemnización a cargo de la Administración del Estado no podría derivarse al Ayuntamiento granadino, que poco más puede hacer que cumplir la legislación estatal.

No obstante, para el caso de que el origen de la responsabilidad del Estado por la violación del derecho de la Unión fuese clara y directamente el Ayuntamiento, también podría seguir el mismo procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Estado, que, en su caso, podría intentar resarcirse con posterioridad frente al propio Ayuntamiento. Sin em-

bargo, no puede descartarse una acción de responsabilidad frente al propio Ayuntamiento, en este caso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que no tendría, ciertamente, acción de derivación de responsabilidades financieras.

Las distintas opciones no resultan muy claras: acumular la acción de responsabilidad a la acción judicial ordinaria, ensayar la reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Estado, o iniciar la reclamación de responsabilidad patrimonial frente al propio ente local. Y tampoco existe una vía interna, que esté bien definida, de derivación de responsabilidad en el derecho español.

### 3.2

#### **Las sanciones económicas por incumplimiento de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los entes locales**

Hubo que esperar a que el Tratado de Maastricht reforzase en 1993 el carácter disuasorio del procedimiento por incumplimiento, que hasta ese momento tuvo naturaleza meramente declarativa. De este modo, el eventual incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia permite ahora la intervención de la Comisión Europea, que está facultada para solicitar y proponer al Tribunal de Justicia que imponga una multa coercitiva o una suma a tanto alzado por la inejecución de la sentencia que declara la infracción por un estado miembro del derecho de la Unión Europea.

La primera vez que se aplicó este procedimiento judicial se hizo con Grecia en virtud de la sentencia de 4 de julio de 2000 que constataba cómo, a pesar de haberse declarado el incumplimiento de una directiva en una sentencia previa relativa a la tolerancia de un vertedero en Kurupitos, no se había ejecutado esta segunda sentencia, cerrando definitivamente el vertedero<sup>37</sup>.

Numerosas sentencias del Tribunal de Justicia declaran el incumplimiento por España del derecho de la Unión Europea, y esta violación tiene su origen en algunos casos en una acción u omisión de un ente local. No obstante, y hasta el momento, solo una de las tres sentencias que han impuesto a España sanciones económicas tiene su origen propiamente en comportamientos de los entes locales inejecutando una sentencia declarativa de un incumplimiento.

---

37. TJCE, sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión / Grecia (incumplimiento de la sentencia sobre el vertedero de Kurupitos) (C-387/97, *Rec.* p. I-5047).

Así pues, analizo los supuestos en que se ha declarado el incumplimiento por España del derecho de la Unión como consecuencia de actuaciones atribuibles a los entes locales, con el fin de exponer, seguidamente, cómo se han impuesto sanciones económicas por incumplimiento de las sentencias declarativas.

### 3.2.1

#### La primera sentencia que declara el incumplimiento del derecho europeo

Probablemente el ámbito del medio ambiente sea el más característico para observar cómo los entes locales están en el origen de incumplimientos de España declarados por el Tribunal de Justicia.

Numerosas sentencias se refieren al incumplimiento de directivas sobre vertederos, aguas residuales urbanas, fauna y evaluación del impacto ambiental.

Respecto de los vertederos, en la sentencia de 12 de junio de 2003 el Tribunal de Justicia constató el incumplimiento por España de la Directiva 75/442/CEE relativa a los residuos, al no haber adoptado las medidas necesarias para eliminar los vertederos de Torreblanca, San Lorenzo de Tormes, Santalla del Bierzo, Sa Roca y Campello<sup>38</sup>.

La sentencia de 28 de abril de 2005 también declaró el incumplimiento de España de las directivas 75/442, 91/689 y 1999/31, al mantener los vertederos de Punta de Ávalos en La Gomera y de Olvera en Cádiz<sup>39</sup>.

La sentencia de 24 de mayo de 2007 se refiere a vertederos ilegales e incontrolados en varios puntos de Almería (Níjar, Hoyo de Miguel y Cueva del Mojón)<sup>40</sup>. El Tribunal de Justicia comprobó que estos tres vertederos habían sido clausurados, pero con posterioridad al plazo fijado por la Comisión Europea, por lo que España había incumplido las obligaciones de las directivas 75/442 y 1999/31.

En cuanto al tratamiento de aguas residuales urbanas, la sentencia de 8 de septiembre de 2004 consideró que en Andalucía se habían vulnerado las directivas 91/271 y 91/676. En este caso no se habían sometido las aguas residuales urbanas de la aglomeración de Vera a un tratamiento más riguroso,

38. TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva 75/442 de residuos y los vertederos) (C-446/01, *Rec.* p. I-6053).

39. TJCE, sentencia de 28 de abril de 2005, Comisión / España (vertederos en Canarias y Andalucía) (C-157/04, no publicada en la *Recopilación*).

40. TJCE, sentencia de 24 de mayo de 2007, Comisión / España (vertederos de Níjar, Hoyo de Miguel y Cueva del Mojón en la provincia de Almería) (C-361/05, EU:C:2007:298).

ni se había declarado la Rambla de Mojácar como zona vulnerable<sup>41</sup>. La sentencia de 14 de abril de 2011 declaró el incumplimiento por España de la Directiva 91/271, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas en más de 30 aglomeraciones urbanas en Andalucía, Asturias, Canarias, Cataluña, Ceuta, Valencia, Galicia y País Vasco<sup>42</sup>.

En términos similares, en la sentencia de 15 de diciembre de 2005 el Tribunal de Justicia estimó parcialmente un recurso por incumplimiento, al considerar que no se había adoptado un programa de reducción de la contaminación de las aguas para cría de moluscos para la Ría de Vigo, vulnerando de este modo la Directiva 79/923; en cambio, desestimó la demanda de la Comisión Europea por incumplimiento de la Directiva 76/160/CEE, relativa a la calidad de las aguas de baño, por la designación como zonas de baño de tres playas del municipio pontevedrés de Moaña<sup>43</sup>.

En materia de fauna y flora, el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento por España, dado que la Orden foral de Guipúzcoa autorizaba la caza de la paloma torcaz durante su trayecto de regreso a los lugares de cría (denominada “caza a contrapasa”), y a pesar de que, según alegaba el Gobierno español, los tribunales consideraban que esta práctica era conforme con la normativa de caza<sup>44</sup>.

Por último, el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento de la Directiva sobre evaluación de proyectos con impacto medioambiental como consecuencia de actuaciones locales.

Así, por ejemplo, la sentencia de 8 de septiembre de 2005 declaró el incumplimiento de las directivas 85/337 y 80/778, al no haber realizado una evaluación de impacto previa a la construcción o modificación de las instalaciones porcinas de la zona del Baix Ter, y al haber sobrepasado, en varias redes públicas de distribución de agua de la misma área, la concentración máxima admisible del parámetro “nitratos”, y también por haber excluido global y definitivamente de la obligación de evaluación a una o varias clases de proyectos<sup>45</sup>.

41. TJCE, sentencia de 8 de septiembre de 2004, Comisión / España (incumplimiento de las directivas 91/271 y 91/676 en Vera y Mojácar) (C-416/02, *Rec.* p. I-7487, apartado 110).

42. TJUE, sentencia de 14 de abril de 2011, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva 91/271 sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas) (C-343/10, *Rec.* p. I-60, EU:C:2011:260).

43. TJCE, sentencia de 15 de diciembre de 2005, Comisión / España (incumplimiento por no haber adoptado un programa de reducción de la contaminación de las aguas para cría de moluscos para la Ría de Vigo) (C-26/04, *Rec.* p. I-11059, EU:C:2005:772).

44. TJCE, sentencia de 9 de junio de 2005, Comisión/España (caza a la contrapasa: paloma torcaz) (C-135/04, EU:C:2005:374).

45. TJCE, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Comisión / España (contaminación del acuífero del Ter en el Empordà de Girona) (C-121/03, *Rec.* p. I-7569, apartado 113).

En su sentencia de 16 de marzo de 2006 el Tribunal de Justicia constató el incumplimiento de la Directiva de impacto, al permitir la construcción de un centro de ocio en Paterna sin haberlo sometido a evaluación<sup>46</sup>. En este caso comprobó que, en vista de sus dimensiones, naturaleza y localización, no se podía excluir, de entrada, que este tipo de proyecto pudiera tener repercusiones importantes en el medio ambiente. Y este incumplimiento se debía a que la legislación española en materia de medio ambiente no se ajustaba a la Directiva 85/337, al no obligar a las autoridades competentes a determinar si la ejecución de proyectos de urbanización, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos en zonas urbanas, conllevaba el riesgo de provocar efectos importantes en el medio ambiente, y, de ser así, a someter estos proyectos a una evaluación de impacto ambiental.

### 3.2.2

#### **La segunda sentencia que impone sanciones económicas por la inejecución**

Una vez declarado el incumplimiento por el Tribunal de Justicia, es precisa la ejecución de la sentencia. De modo que, si transcurre el tiempo sin que se haya cumplido la sentencia, la Comisión Europea puede solicitar al Tribunal de Justicia que imponga sanciones económicas de dos tipos: multas coercitivas y sumas a tanto alzado, para incentivar y conseguir que se acabe con el incumplimiento.

El único supuesto en que están implicados entes locales españoles respecto de los cuales consta ya una sentencia declarativa de 2006<sup>47</sup>, y con posterioridad la Comisión Europea consigue en 2014 la imposición de una sanción de 30 millones de euros, es el denominado asunto de las “vacaciones fiscales vascas”<sup>48</sup>.

En 2001, la Comisión Europea adoptó seis decisiones por las que declaraba que determinadas ventajas fiscales otorgadas por las tres diputaciones forales vascas, que consistían en un crédito fiscal del 45 % de las inversiones, aplicable al impuesto sobre sociedades, eran ayudas ilegales e incompatibles

46. TJCE, sentencia de 16 de marzo de 2006, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva de impacto al construir un centro de ocio en Paterna) (C-332/04, *Rec.* p. I-40, apartado 87).

47. TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2006, Comisión / España (incumplimiento de las decisiones de la Comisión sobre ayudas ilegales) (C-485/03 a C-490/03, EU:C:2006:777).

48. TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de mayo de 2014, Comisión / España (multa por no recuperar las ayudas de las “vacaciones fiscales vascas”) (C-184/11, EU:C:2014:316).

con el mercado común, y debían ser recuperadas por las autoridades españolas.

Ante la falta de recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 14 de diciembre de 2006 que España había incumplido su obligación de recuperación de tales ayudas.

Transcurrido un tiempo, y dado que no se recuperaron las ayudas ilegales, la Comisión Europea inició un procedimiento de ejecución forzosa de la sentencia declarativa de incumplimiento, proponiendo al Tribunal de Justicia que impusiese a España una multa coercitiva por importe de 236 044,80 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia, y una suma a tanto alzado calculada a razón de 25 817,40 euros por el número de días de persistencia de la inejecución de la sentencia de 2006.

Finalmente, el Tribunal de Justicia solo accedió a imponer una suma a tanto alzado de 30 millones de euros. Por una parte, el Tribunal de Justicia constató el incumplimiento de la sentencia de 2006 que declaraba el incumplimiento de la recuperación de las ayudas ilegales, en los términos ordenados por las decisiones de la Comisión de 2001.

El Tribunal de Justicia argumentó, por un lado y respecto de la implicación de las Administraciones forales, que “el reparto de competencias entre el poder central y el poder regional en el ámbito interno no afecta a la aplicación del artículo 260 TFUE, en la medida en que el Estado miembro de que se trate es el único responsable, frente a la Unión Europea, del cumplimiento de las obligaciones que resultan del derecho de la Unión” (apartado 43).

Y, por otro lado, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la procedencia de imponer a España una suma a tanto alzado que solicitaba la Comisión, con el fin de prevenir de manera efectiva “que en el futuro se repitan infracciones análogas del derecho de la Unión”, por lo que pretendía “la adopción de una medida disuasoria, como la condena al pago de una suma a tanto alzado”.

El Tribunal de Justicia subrayó que le correspondía determinar las sanciones apropiadas, es decir, tiene “una amplia facultad de apreciación para decidir si procede o no imponer una sanción de este tipo y, en caso afirmativo, la cuantía de esta” (apartado 60).

Y para ello el Tribunal de Justicia tiene en cuenta la duración del incumplimiento, la gravedad de la infracción y los antecedentes de incumplimiento de España. Por todo ello, el Tribunal de Justicia fija equitativamente, dice que después de “una justa apreciación de las circunstancias del caso”, la suma a tanto alzado en 30 millones de euros (apartado 83).

En este supuesto, la responsabilidad originaria de la suma a tanto alzado es la falta de recuperación de las ayudas ilegales concedidas por las diputa-

ciones vascas. Por tanto, fue preciso proceder a una derivación de responsabilidades del Estado a las diputaciones, que, finalmente, asumieron el pago de los 30 millones de euros.

### 3.2.3

#### Las correcciones financieras en la gestión de los fondos europeos por los entes locales

Las irregularidades en la gestión de los fondos europeos son susceptibles de ser corregidas por la Comisión Europea, mediante deducciones de las subvenciones ya concedidas. De hecho, la Comisión Europea hace cuantiosas reducciones que aplica de manera especial a Estados miembros como España, que es, con diferencia, el más afectado por tales deducciones. Del mismo modo que la gestión de parte de los fondos europeos se encomienda a los entes locales españoles, parece justificado que, para las reducciones que se hagan y tengan su causa en la actuación de un ente local, sea este quien asuma las consecuencias financieras.

De acuerdo con los datos de la Comisión Europea, en 2012 se aplicaron a España un 58 % de todas las correcciones, y la devolución de fondos por las Administraciones españolas alcanzó la cifra de 2172 millones; en 2013 el porcentaje fue del 30 %, y significó una devolución de 717 millones de euros<sup>49</sup>.

El Gobierno español también reconoce que en la gestión de los fondos europeos por las distintas Administraciones españolas de 2007 a 2012 tuvo que devolver 748 millones de euros; en 2008 las correcciones aplicadas a España fueron de más de 288 millones de euros, es decir, un 13 % del Fondo agrícola gestionado ese año en España<sup>50</sup>.

Las correcciones financieras son decisiones administrativas adoptadas por la Comisión Europea, que quedan sometidas al control del Tribunal General en primera instancia y al Tribunal de Justicia en casación. En algunas ocasiones las correcciones financieras adoptadas por la Comisión Europea tienen su origen en irregularidades cometidas por los entes locales. Así se ha puesto de manifiesto en varios asuntos que han llegado al Tribunal General y al Tribunal de Justicia.

49. COMISIÓN EUROPEA, *EU budget 2013. Financial Report*, Luxemburgo, 2014, p. 129.

50. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Relaciones financieras entre España y la Unión Europea: 2013, ob. cit.*, p. 121.

El Tribunal General confirmó la decisión de la Comisión Europea de reducir las subvenciones concedidas por el FEOGA-Orientación en un 2 % de los gastos del programa Leader en Aragón, debido a que no se había establecido un sistema de documentación de los controles efectuados *in situ*<sup>51</sup>. En este caso se trataba de un programa gestionado por los grupos de acción local de Aragón en Los Monegros, Segorbe, Calatayud, etc. El Tribunal General confirma que “los Estados miembros asumen en primer lugar la responsabilidad del control financiero de la intervención, asegurándose en especial de que las intervenciones se gestionan de conformidad con el conjunto de la normativa aplicable” (apartado 76).

Asimismo, el Tribunal General confirmó correcciones financieras a las subvenciones del Fondo de Cohesión en varios proyectos de construcción de la línea del AVE hasta Barcelona. En particular, la Comisión Europea aplicó correcciones de casi dos millones y medio de euros porque se habían superado los umbrales de ruido por crecimiento urbanístico y por obras adicionales derivadas del cambio del PGOU del Ayuntamiento de Santa Oliva<sup>52</sup>. Frente a las alegaciones del Gobierno español de que en esta materia no tenía competencias, el Tribunal General advirtió: “el Reino de España no puede fundarse en el hecho de que, en derecho español, la aprobación del PGOU sea competencia de las comunidades autónomas y los municipios y que los proyectos de infraestructuras ferroviarias deban tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea para justificar el incumplimiento del artículo 20 de la Directiva 93/38 (sobre contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones)” (apartado 89).

No obstante, en casación el Tribunal de Justicia anuló la decisión de la Comisión Europea, por no haber respetado el plazo del procedimiento<sup>53</sup>.

El Fondo de Cohesión concedió al Ayuntamiento de Zaragoza una subvención de cerca de 9 millones de euros para realizar obras de saneamiento. Sin embargo, la Comisión Europea comprobó que ninguno de los 35 anuncios de licitación de las obras se había publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, por lo que decidió reducir en 3 millones de euros la subvención concedida. Recurrida la decisión ante el Tribunal General, este la confirmó

---

51. TGUE, sentencia de 14 de diciembre de 2011, España / Comisión (programa Leader en Aragón) (T-106/10, EU:T:2011:740).

52. TGUE, sentencia de 31 de enero de 2013, España / Comisión (correcciones del Fondo de Cohesión por ruido y ordenación urbana) (T-540/10, EU:T:2013:47).

53. TJUE, sentencia de 4 de septiembre de 2014, España / Comisión (corrección del Fondo de Cohesión anulada por incumplimiento del plazo) (C-197/13 P, EU:C:2014:2157).

en 2013<sup>54</sup>. No obstante, en 2014 el Tribunal de Justicia la anuló, debido a que la Comisión Europea había incumplido el plazo para adoptar las correcciones financieras<sup>55</sup>.

Lo mismo ocurrió con las subvenciones del Fondo de Cohesión para proyectos de abastecimiento de agua, en distintos proyectos de la Administración autonómica andaluza. Al advertir la Comisión Europea fraccionamientos indebidos de los contratos y la falta de publicación de los anuncios, decidió reducir la ayuda en cerca de 8 millones de euros. El Tribunal General confirmó en 2013 la decisión de la Comisión<sup>56</sup>, pero el Tribunal de Justicia en 2014 la anuló por caducidad del expediente relativo a las correcciones<sup>57</sup>.

En estos supuestos la cuestión clave radica en determinar quién responderá en último término de tales reducciones: se aplican a España, pero, ciertamente, deben afectar a la autoridad administrativa responsable de la gestión de los distintos proyectos. Pues bien, para este tipo de supuestos se han establecido distintos procedimientos de derivación de responsabilidades, el último de los cuales, establecido a partir de 2012, explico a continuación.

### 3.2.4

#### El régimen español de derivación de las responsabilidades financieras y los entes locales

El cierre del sistema europeo de responsabilidad alertó hace algunos años a las autoridades españolas de la necesidad de establecer un principio de reparto interno de responsabilidades entre los distintos niveles de Gobierno, estatal, autonómico y local. Aun cuando tal principio se enunció en numerosas leyes estatales, su concreción no se realizó más que progresivamente: primero en relación con las correcciones financieras; y luego, con las sanciones por la inexecución de sentencias declarativas de incumplimiento<sup>58</sup>. No obstante,

54. TGUE, sentencia de 11 de julio de 2013, España / Comisión (Fondo de Cohesión y Ayuntamiento de Zaragoza) (T-358/08, EU:T:2013:371).

55. TJUE, sentencia de 4 de diciembre de 2014, España / Comisión (C-513/13 P, EU:C:2014:2412) (anulación de la reducción del Fondo de Cohesión en Zaragoza por incumplimiento de un plazo por la Comisión).

56. TGUE, sentencia de 29 de mayo de 2013, España / Comisión (abastecimiento de agua en Granada y Málaga y Fondo de Cohesión) (T-384/10, EU:T:2013:277).

57. TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2014, España / Comisión (C-429/13P, EU:C:2014:2310) (anulación de la reducción del Fondo de Cohesión por incumplimiento del plazo de la Comisión).

58. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “¿Cómo se derivan entre las Administraciones españolas las responsabilidades financieras por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51, Madrid, mayo/agosto (2015), pp. 537-572.

en estos momentos no está claro el procedimiento para derivar las responsabilidades financieras en el caso de que se aprecie en España, y por las Administraciones y los tribunales españoles, la responsabilidad patrimonial por violación del derecho de la Unión Europea.

El vigente régimen de responsabilidad por violación del derecho de la Unión Europea está enunciado en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF)<sup>59</sup>, y ha sido desarrollado mediante un procedimiento específico en virtud del Real Decreto 515/2013<sup>60</sup>.

La LOEPSF estableció una cláusula general, contenida en la disposición adicional 2.ª, de derivación de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, que se aplica a las correcciones financieras y a las sanciones económicas por inejecución de sentencias declarativas de incumplimiento.

Esta cláusula es una reproducción de las establecidas en numerosas leyes sectoriales anteriores, pero, a diferencia de estas, diseña un procedimiento administrativo de derivación de responsabilidades financieras cuya resolución encomienda al Consejo de Ministros, residenciando de este modo los eventuales litigios en el Tribunal Supremo<sup>61</sup>.

El Real Decreto 515/2013 regula un procedimiento que, como se señala en su preámbulo, “no tiene naturaleza sancionadora, sino que se limita a derivar responsabilidades y para ello se establecen los criterios y procedimiento a seguir para determinar y repercutir las mencionadas responsabilidades”.

A tal efecto, el Real Decreto expresa un concepto de sanción que resulta particularmente amplio y aplicable, por tanto, a las correcciones financieras y a las sanciones económicas por inejecución de sentencias declarativas de incumplimiento, que tienen su origen en decisiones de la Comisión Europea (correcciones) o en sentencias del Tribunal de Justicia (sanciones por incumplimiento).

El reparto de las responsabilidades internas debe hacerse atendiendo tanto al derecho de la Unión como al derecho español. Sobre este particular, el Real Decreto 515/2013 es consciente de la importancia que tienen los actos

59. Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (BOE n.º 103, de 30 de abril de 2012).

60. Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea (BOE n.º 161, de 6 de julio de 2013).

61. TC (Pleno), sentencia n.º 215/2014, de 18 de diciembre de 2014 (ponente: González Rivas, FJ 9), donde no se plantea ninguna objeción de constitucionalidad a este procedimiento.

de las instituciones de la Unión, al señalar en su art. 5.1.2: “para la determinación de la correspondiente responsabilidad se atenderá a las sentencias, actos o decisiones ejecutivas de las instituciones europeas que declaren el incumplimiento, y se ponderará en cada caso, entre otros, los criterios de competencia, intensidad de la intervención, participación en la financiación asignada y la reiteración”.

En efecto, la determinación de las responsabilidades para hacer frente a las multas coercitivas y a las sumas a tanto alzado en sentencias de ejecución forzosa vendrá bastante mediatizada por la labor previa de constatación de la responsabilidad de España que se haya ventilado primero ante la Comisión y luego ante el Tribunal de Justicia.

La derivación en España de las correcciones financieras de los fondos se ha aplicado en el Fondo agrícola<sup>62</sup> y en el Fondo Social Europeo<sup>63</sup>. En realidad, durante 2014 y 2015 se han publicado numerosos acuerdos del Consejo de Ministros que reproducen la solución consensuada por el Gobierno central y los respectivos Gobiernos autonómicos sobre la procedencia de las correcciones financieras.

La derivación de responsabilidades financieras en España de las sanciones económicas por no ejecución de sentencias declarativas de incumplimiento, se ha hecho en dos supuestos y por importe de más de 53 millones de euros: la inexecución de sentencias declarativas de incumplimiento en materia de ayudas de Estado por parte del Gobierno Vasco<sup>64</sup> y de las diputaciones forales vascas<sup>65</sup>.

62. Véase por ejemplo, de los más de 20 acuerdos publicados, la Resolución de 15 de abril de 2014, del Fondo Español de Garantía Agraria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de abril de 2014, por el que se aprueba el acuerdo alcanzado para la terminación del procedimiento de repercusión de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea en la Comunidad Autónoma de Galicia (*BOE* n.º 104, de 29 de abril de 2014).

63. Resolución de 8 de junio de 2015, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de junio de 2015, por el que se resuelven los procedimientos de repercusión de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea a las comunidades autónomas de Andalucía, Galicia, Castilla-La Mancha y Castilla y León (*BOE* n.º 139, de 11 de junio de 2015, p. 49552).

64. Resolución de 27 de octubre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de octubre de 2014, por el que se resuelve el procedimiento de determinación y repercusión de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea relativo a la no ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 2002 (*BOE* n.º 274, de 12 de noviembre de 2014). Véanse los antecedentes en el estudio de ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “El caso Magefesa y la recuperación judicial forzosa de ayudas ilegales (¡Que 20 años no es nada... y 20 millones de euros tampoco!)”, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, n.º 2, 2013, pp. 23-42.

65. Resolución de 27 de octubre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de octu-

El procedimiento de derivación de responsabilidades financieras no está pensado expresamente para el caso de que haya que pagar una indemnización por daños causados a particulares en violación del derecho de la Unión Europea. Sin embargo, la solución que debe adoptarse en este tipo de supuestos viene perfectamente determinada por los principios establecidos legal y reglamentariamente antes comentados.

## 4 Conclusión

Nunca podremos minimizar la importancia de la dimensión europea de la autonomía local que ha hecho que, treinta años después de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, los entes locales tengan una posición relevante en la vida política, económica y social del país. Ahora bien, las ventajas de la modernización de los entes locales vienen acompañadas de la responsabilidad jurídica que en los últimos años se ha traducido, como consecuencia de la intervención de los tribunales, en particular del Tribunal de Justicia y de los tribunales españoles, en una tangible responsabilidad financiera.

Los 30 primeros años de construcción de un ordenamiento, de aplicación judicial (efecto directo y primacía), requerían un cierre del sistema, que se consiguió a partir de 1991 con la *jurisprudencia Francovich*, y a partir de 1993 con la aplicación de las sanciones económicas por inejecución de sentencias declarativas de incumplimiento. Asimismo, las correcciones financieras se impusieron a partir de 1995 en la gestión de los fondos europeos, con el fin de atajar las irregularidades cometidas por las autoridades nacionales con los propios fondos europeos, u obviando la aplicación del derecho de la Unión Europea.

La responsabilidad por la aplicación del derecho de la Unión, y por la gestión de los fondos europeos de los entes locales, no es más que la consecuencia de aplicar un ordenamiento europeo suficientemente maduro.

Por una parte, se ha creado un formidable ordenamiento europeo aplicable en el ámbito local que no debe subestimarse a la hora de su cumplimiento, dadas las consecuencias jurídicas y financieras para los entes locales. El rodaje de la Directiva de Servicios, la aplicación de las normas europeas sobre

---

bre de 2014, por el que se resuelve el procedimiento de determinación y repercusión de responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea relativo a la no ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia dictada el 14 de diciembre de 2006 (BOE n.º 274, de 12 de noviembre de 2014).

contratación, o la observancia de las exigencias europeas medioambientales, tienen mecanismos efectivos para su cumplimiento más estricto y para la exigencia de responsabilidades financieras.

Además, la canalización de los fondos europeos no puede permitir a los entes locales que gocen de alegría por percibirlos olvidando la necesidad del control en su gestión, dado que tarde o temprano las arcas locales podrían sufrir dolorosos quebrantos.

El procedimiento de derivación de responsabilidades financieras aplicado en España a los entes locales, permite pensar que el derecho de la Unión ha adquirido suficiente madurez, hasta el punto de que cada uno de los protagonistas en la integración europea, ya sean los ciudadanos o los distintos niveles de Gobierno, son cada vez más responsables, jurídica y financieramente, de sus propios actos.

# La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación

MARINA RODRÍGUEZ BEAS

*Personal investigador de acceso al SECTI.  
Universidad Rovira i Virgili*

1. Introducción
2. Aproximación al concepto de “compra pública innovadora”
3. Régimen jurídico de la compra pública innovadora en España
4. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: el diálogo competitivo
5. La innovación en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014
6. La asociación para la innovación: un nuevo procedimiento de adjudicación para adquirir soluciones innovadoras
  - 6.1. Naturaleza jurídica
  - 6.2. Procedimiento: luces y sombras
7. Conclusiones
8. Bibliografía

## Resumen

La innovación es uno de los ejes de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y considera la contratación pública una herramienta de capital importancia para alcanzar esos objetivos. Esta prioridad europea se plasmó en nuestro ordenamiento

---

*Artículo recibido el 06/07/2015; aceptado el 16/07/2015.*

jurídico interno mediante sucesivas modificaciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Pero las nuevas directivas “de cuarta generación” en materia de contratación pública contemplan múltiples avances en la compra pública innovadora.

La principal novedad de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, estriba en la creación de un procedimiento de adjudicación específico para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores, y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, llamado “asociación para la innovación”. De este modo, el legislador europeo introduce cauces procedimentales más ágiles con los que afrontar los nuevos retos del sector público.

Palabras clave: *innovación; procedimiento de adjudicación; asociación para la innovación; compra pública.*

### **The “innovative” public procurement in the new Directive 2014/24/EU**

#### **Abstract**

*Innovation is one of the pillars of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth which considers public procurement crucial for achieving these goals. These European priorities have been implemented in our domestic law by successive amendments to the Law 30/2007 of 30 October, regarding Public Sector Contracts. However, the new directives – “fourth generation directives” – on public procurement include multiple new initiatives about the concept of “innovative” public procurement.*

*The main novelty of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014, is the establishment of a specific award procedure so-called “innovation partnership” for the development of new products, services or carry out innovative works and the subsequent acquisition of the resulting supplies, services and works. Thus, the European legislator has launched more flexible procedural avenues for facing the challenges of the public sector.*

*Keywords: innovation; award procedure; innovation partnership; public procurement.*

# 1

## Introducción

Los avances tecnológicos y su implementación en la estructura administrativa no se han producido con la rapidez deseada. Tradicionalmente la regulación vigente en materia de contratos del sector público no ha ofrecido instrumentos eficaces para desarrollar la compra pública innovadora.

Hasta la incorporación del contrato de colaboración entre el sector público y el privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la posibilidad de incorporar soluciones innovadoras en la fabricación de bienes y prestación de servicios a la Administración Pública, con nueva tecnología, se reducía a aquellos contratos de suministros en los que el empresario se obligaba a fabricar bienes con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, o a la introducción en los pliegos de la posibilidad de formular variantes a las prescripciones definidas por la Administración licitante en las ofertas de los licitadores.

Existe en la actualidad una estrategia clara, a nivel estatal, europeo<sup>1</sup> e internacional<sup>2</sup>, que apuesta por la innovación de las Administraciones Públicas como elemento clave para potenciar su competitividad, eficacia y eficiencia. En este sentido, la compra pública innovadora viene a completar y/o complementar otros instrumentos de impulso y fomento de la innovación, como el acceso a nuevas fuentes de financiación y desarrollo de iniciativas tecnológicas conjuntas entre el sector público y el privado<sup>3</sup>.

En la Estrategia “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, se incluye el denominado “crecimiento inteligente” para el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y en la innovación. Para esas prioridades se precisa una amplia gama de acciones, para lo cual la Comisión propone siete iniciativas, estableciendo en primer

---

1. La innovación es uno de los ejes de la “Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (Bruselas, 3 de marzo de 2010, COM 2010), que busca el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación, y considera la contratación pública una herramienta de capital importancia para alcanzar esos objetivos.

2. Los EE. UU. reservan una parte de sus presupuestos federales para financiar la innovación de las pequeñas empresas a través del programa SBIR (*Small Business Innovation Research*).

3. En este sentido, ARNÁEZ ARCE, Vega María, “La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 93, 2012a, pág. 18; y MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Comprando para asegurar nuestro futuro la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011a, págs. 90 y ss.

lugar la “Unión por la innovación”<sup>4</sup>, con el fin de “mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo”<sup>5</sup>.

El nuevo paquete de directivas “de cuarta generación”<sup>6</sup> en materia de contratación pública contempla múltiples avances en la materia, desde la introducción tanto de nuevas técnicas, instrumentos y procesos<sup>7</sup>, como de mecanismos para facilitar la participación, la transparencia y la propia iniciativa de los operadores económicos.

De este modo, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, da un paso adelante introduciendo la posibilidad de que los poderes adjudicadores establezcan una “asociación para la innovación”, para el desarrollo y posterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras<sup>8</sup>.

La citada Directiva, como veremos, abre la posibilidad de que, una vez apreciada la necesidad de un producto, servicio u obra que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado, la Administración describa los requisitos mínimos, los

4. Se afirma que “(...) la contratación pública de productos y servicios innovadores es vital para mejorar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos en un momento de restricciones presupuestarias”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la Innovación. SEC(2010) 1161. COM(2010) 546 final. Bruselas, 6 de octubre de 2010.

5. En el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, COM(2011), 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad medioambiental.

6. El Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de marzo de 2014 publicó las tres nuevas directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, que se erigen ya en la nueva generación de derecho de la Unión Europea sobre la materia: la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Véase GIMENO FELIÚ, José María, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, 2013a, págs. 39-106; y GIMENO FELIÚ, José María, “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de estudios locales*, 161, 2013b, págs. 15-44.

7. A continuación se trata el procedimiento de la “asociación para la innovación”, la principal novedad introducida por la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

8. Especial interés tiene MEDINA ARNÁIZ, Teresa, 2011a, págs. 43-101.

niveles de rendimiento y los costes máximos de desarrollo de dicho producto, servicio u obra, y convoque a los interesados a aportar soluciones innovadoras, a través de lo que se ha denominado compra pública innovadora.

## 2

### Aproximación al concepto de “compra pública innovadora”

El concepto de compra pública innovadora tiene su origen en el seno de la Comisión Europea<sup>9</sup>, y consiste en la incorporación de la innovación en los productos y servicios que adquieren las Administraciones y entidades del sector público<sup>10</sup>.

ARNÁEZ ARCE lo define como “un mecanismo en manos de los poderes públicos, que tiene por objeto o finalidad el impulso y la incentivación del desarrollo e incorporación de tecnología innovadora en los bienes y productos que se adquieren y utilizan para la prestación y gestión de los servicios públicos”<sup>11</sup>, y LÓPEZ MIÑO afirma que “es una plasmación de la voluntad de los poderes públicos de orientar el sistema productivo a sectores I+D+i aprovechando para ello la potencia de fuego de la contratación pública y su impresionante participación en la riqueza nacional”<sup>12</sup>.

Así, la compra pública innovadora permite a los entes públicos incidir en los mercados, ejercitando políticas de compra de tecnología y de productos innovadores con el fin de orientar a las empresas. Pero la compra pública innovadora no es una medida de fomento, sino que, como afirma LÓPEZ MIÑO,

---

9. Se ha desarrollado el concepto de compra pública innovadora a través de diferentes resoluciones y comunicaciones del Parlamento y la Comisión Europea, entre las que destacan, entre otras, la Resolución del Parlamento Europeo de junio de 2007, sobre la transposición y aplicación de la legislación sobre contratación pública; la Comunicación de la Comisión Europea de diciembre de 2007; la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2009, sobre contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles; y la Comunicación de 6 de octubre de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la innovación.

10. Sobre su origen, véase ARNÁEZ ARCE, Vega María, “La compra pública innovadora en el contexto de una economía global”, en GÓMEZ ISA, F., HERRÁN, A. I. y ATXABAL, A. (eds.), *Retos del derecho ante una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012b, págs. 193-203.

11. ARNÁEZ ARCE, Vega María, 2012a, págs. 19-20.

12. LÓPEZ MIÑO, Antonio, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”, en PERNAS GARCÍA, J. José (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 215.

va más allá, y se trata de una medida de intervención positiva y no coactiva en los mercados<sup>13</sup>.

El concepto de compra pública innovadora pretende ocasionar un cambio en la cultura administrativa de la contratación pública, la cual hasta ahora consistía en seleccionar dentro de la oferta proporcionada por el mercado aquellas soluciones técnicas que mejor satisficieran sus necesidades.

La Comisión Europea ha tratado de reforzar la capacidad innovadora de los Estados miembros de la Unión Europea, mejorando la calidad y la eficiencia de los servicios públicos a través de la incorporación a los mismos de bienes y servicios innovadores, impulsando que se presenten ofertas innovadoras y la internacionalización de la innovación a partir de la utilización del mercado público como primer cliente de referencia<sup>14</sup>.

Se distinguen dos modalidades de compra pública innovadora en función del alcance de la acción pública innovadora y de su interrelación con el mercado: la compra pública precomercial y la compra pública de tecnología innovadora.

La compra pública precomercial es la contratación de servicios de investigación, desarrollo e innovación para la creación y desarrollo de soluciones innovadoras que superen a las disponibles en el mercado<sup>15</sup>. Sin embargo, la compra pública de tecnología innovadora tiene lugar cuando una entidad pública necesita un producto o servicio no disponible en el mercado, pero que se puede desarrollar probablemente en un período de tiempo razonable<sup>16</sup>.

### 3

## Régimen jurídico de la compra pública innovadora en España

En los últimos años se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico un impulso a la colaboración entre el sector público y el privado, a través de la

13. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 216.

14. ARNÁEZ ARCE, Vega María, 2012a, pág. 20.

15. Sobre la contratación precomercial resultan de interés la Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007, y la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2009 (2008/2139(INI)). *Vid.* CORTÉS MORENO, Álvaro, “La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 9, 2011, págs. 1109-1119; y BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Principios de adjudicación de los contratos de servicios e investigación y desarrollo previos a la comercialización o la compra pública precomercial”, en GIMENO FELIÚ, José María (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014a, págs. 233-270.

16. Las características de la compra pública de tecnología innovadora son objeto de estudio en los epígrafes siguientes.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)<sup>17</sup>.

A partir de las modificaciones incorporadas por las referidas normas legales, se recoge en la regulación de la contratación pública la expresa referencia a la necesidad de adoptar medidas específicas para impulsar la denominada compra pública innovadora, como un instrumento imprescindible para fomentar la innovación y garantizar, de este modo, la gestión y prestación de servicios públicos de calidad y sostenibles.

La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, eleva en su art. 7 a rango de ley la Estrategia Estatal de Innovación E2I<sup>18</sup>, y además regula la necesidad de aprobación y publicación por los departamentos ministeriales de sus respectivos planes que detallen su política de compra pública innovadora y precomercial<sup>19</sup>.

En cumplimiento del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 8 de julio de 2011, el Ministerio aprobó la *Guía sobre compra pública innovadora*, dirigida a todos los órganos de contratación para la aplicación de los instrumentos de la compra pública innovadora<sup>20</sup>.

La compra pública de tecnología innovadora no goza en nuestro ordenamiento de un régimen jurídico específico. No obstante, la contratación de soluciones innovadoras puede hacerse por cualquiera de los procedimientos de adjudicación previstos en el TRLCSP.

---

17. La prioridad europea de la innovación como eje de la “Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” se plasmó en España en la “Estrategia Estatal de Innovación E2I” (Ministerio de Ciencia e Innovación, 11 de marzo de 2010), la cual diseña el marco de actuación de la política estatal para contribuir al cambio de modelo productivo en España que propugna la Unión Europea.

18. La E2I es el marco de actuación de la política del Gobierno estatal en materia de innovación para contribuir al cambio de modelo productivo en España, a través del fomento y de la creación de las estructuras que faciliten el mejor aprovechamiento del conocimiento científico y el desarrollo tecnológico. Los acuerdos del Consejo de Ministros de 2 de julio y 8 de octubre de 2010 inician la política de compra pública innovadora en la Administración del Estado.

19. Hasta ese momento la tendencia de las políticas públicas diseñadas para el fomento del I+D+i se habían orientado hacia la utilización de instrumentos que actuaban sobre la oferta y no tanto desde la demanda. Pero en vista de la gran capacidad de actuar sobre la innovación desde la licitación pública, la demanda pública se compromete con el objetivo de fomentar la innovación y con el cambio de patrón producido.

20. La Guía define las características principales de la compra pública precomercial y de la compra pública de tecnología innovadora, establece recomendaciones para la elaboración de la documentación contractual y aporta un esquema de buenas prácticas.

El TRLCSP prevé el posible establecimiento de mecanismos contractuales con el fin de fomentar e impulsar la compra pública innovadora en los procedimientos ordinarios de adjudicación<sup>21</sup>, mediante la introducción de cláusulas específicas en los pliegos de condiciones administrativas generales y de prescripciones técnicas. No obstante, cabe destacar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado<sup>22</sup> a adjudicar mediante el procedimiento del diálogo competitivo.

Por otra parte, el art. 4.1 r) del TRLCSP, añadido en virtud de la disposición adicional 16 de la LES, excluye del ámbito de aplicación del régimen jurídico de la contratación pública a los contratos que tengan por objeto la compra pública innovadora en su modalidad precomercial, es decir, los que promuevan la capacidad tecnológica de las empresas o en los que el empresario y la entidad del sector público contratante compartan los riesgos y los beneficios de la investigación<sup>23</sup>.

De este modo, la compra pública innovadora se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico interno como un nuevo instrumento de las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público, para permitirles procurarse bienes y servicios innovadores que aporten una mayor eficiencia y calidad a los servicios públicos para conseguir un desarrollo económico sostenible; pero, a la vez, incentiva la actividad de fomento de la iniciativa privada en la investigación de soluciones novedosas<sup>24</sup>.

21. LÓPEZ MIÑO afirma que “es imprescindible una gran ductibilidad para emplearlos en la adjudicación de las CPTI”; *vid.* LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 239.

22. Para un estudio amplio de esta figura contractual, véase ALMONACID LAMELAS, Laura, “La colaboración público-privada en tiempos de crisis”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 23, 2011, págs. 2854-2862; BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP”, *Contratación Administrativa Práctica*, 96, 2010a, págs. 32-51; BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (II). Selección del socio privado y condiciones del contrato”, *Contratación Administrativa Práctica*, 97, 2010b, págs. 39-57; CARLÓN RUIZ, Matilde, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, págs. 653-684; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010; RIDAO I MARTÍN, Joan, “La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España”, *Revista Española de Ciencia Política*, 34, 2014, págs. 89-117, entre otros.

23. Acerca de la incidencia de la contratación precomercial en la legislación española, *vid.* CORTÉS MORENO, Álvaro, 2011, págs. 1109-1119; y VILLAREJO GALENDE, Helena, “Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+i y la transferencia del conocimiento”, en CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (dir.), *Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013, págs. 133-145.

24. Véase MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en BELLO PAREDES, Santiago A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, 2011b, págs. 119-163.

## 4

## El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: el diálogo competitivo

En relación con la regulación jurídica de la compra pública innovadora, el art. 11, apartado c), del TRLCSP define los contratos de colaboración público-privada, y los califica como la vía preferente para la adquisición de tecnología innovadora, afirmando que tienen por objeto la “fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado”<sup>25</sup>.

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto, el contrato de colaboración público-privada es el tipo contractual más específico e idóneo para la compra pública innovadora en su modalidad de adquisición de tecnología innovadora, porque favorece y facilita el diálogo con las empresas para la definición y el establecimiento de requisitos de licitación sujetos a fase de investigación, desarrollo e innovación, más allá del precio.

Así, su asiento natural es el contrato de colaboración público-privada, hasta el punto, como afirma LÓPEZ MIÑO, de que “una interpretación estricta de los elementos propios de una compra pública innovadora solo admite el uso del diálogo competitivo para adjudicarla como contrato de colaboración”<sup>26</sup>.

El contrato de colaboración público-privada encaja perfectamente con el interés público de la compra pública innovadora, cuando de lo que se trata es

---

25. Como afirma gran parte de la doctrina, estos contratos se caracterizan por su complejidad y su indefinición. CHINCHILLA MARÍN afirma: “en mi opinión, el artículo 11 no es ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado– las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico”; en CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 132, 2006, pág. 164. Y GONZÁLEZ GARCÍA indica que “(...) los CPP son ‘modelos para armar’ en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP. De hecho, puede resultar indicativo el que las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior”; en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, 170, 2006, pág. 22.

26. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 240.

de adquirir un bien o un servicio inexistente pero de desarrollo próximo empleando una tecnología nueva o mejorada<sup>27</sup>.

En cuanto al reparto de riesgos entre las partes, consustancial al contrato de colaboración público-privada, aumenta su relevancia cuando este tipo se utiliza en las compras públicas de tecnología innovadora, por la incertidumbre que rodea al procedimiento de investigación y desarrollo de la solución innovadora.

Tanto en la compra pública innovadora como en la compra pública pre-comercial es esencial la interacción entre las partes, lo que justifica que el procedimiento de adjudicación del contrato sea el diálogo competitivo (art. 180 TRLCSP).

## 5

### La innovación en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, apuesta por la orientación estratégica de la contratación, y sobre la innovación recuerda que “la investigación y la innovación incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europea 2020”.

Por ello, en su considerando (47) establece que “los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible”<sup>28</sup>.

27. No obstante, como señala FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, el contrato de colaboración público-privada no ha tenido muy buen acogimiento. *Vid.* FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, 2014, págs. 293-326.

28. En la Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones, y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes

La propia Directiva define en el art. 22.1 el concepto de innovación como la “introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”<sup>29</sup>.

Sin embargo, considera que ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio<sup>30</sup>.

## 6

### **La asociación para la innovación: un nuevo procedimiento de adjudicación para adquirir soluciones innovadoras**

En este contexto, son múltiples las referencias, en el articulado de la Directiva citada, al estímulo de la innovación por parte de los poderes adjudicadores, estableciendo mecanismos para tal fin. Entre ellos cabe destacar, como principal novedad, la reglamentación de un procedimiento de contratación específico para aquellos supuestos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras, y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes. Esta novedad reside en la previsión, en su art. 31, de un nuevo procedimiento de adjudicación de los contratos denominado “asociación para la innovación”<sup>31</sup>.

---

tes y los servicios postales, también se apela a la necesidad de introducir la innovación en estos contratos.

29. De igual modo, contemplan la definición de innovación la Directiva 2014/25/UE, en el art. 2.18, y la Directiva 2014/23/UE, en su art. 5.

30. Considerando (95).

31. Este nuevo procedimiento no debe confundirse con la compra precomercial. Está expresamente excluida del ámbito de aplicación por el art. 14 de la Directiva 2014/24/UE.

## 6.1 Naturaleza jurídica

La Directiva 2014/24 considera la asociación para la innovación como un procedimiento de contratación específico, accesible a los poderes adjudicatarios “cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes (...)”<sup>32</sup>.

Así, a la vista del considerando (49) y del artículo 31, la naturaleza jurídica de la asociación para la innovación es de “procedimiento específico”, el cual debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación. A ello debe añadirse que la transposición por el legislador nacional de este procedimiento deberá respetar las previsiones de la Directiva, como así lo recoge el art. 26.3.

Precisamente por esa remisión al procedimiento de licitación con negociación, algunos autores han dudado de que se trate de un auténtico procedimiento de adjudicación, dadas sus similitudes con la licitación con negociación<sup>33</sup>. Sin embargo, otros autores afirman que de la propia Directiva se extrae que se trata de un procedimiento típico e independiente, al igual que el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación comparten rasgos comunes, aunque son diferentes. Por consiguiente, nosotros también nos posicionamos a favor de la consideración de que la asociación para la innovación ostenta autonomía, aunque el procedimiento de licitación con negociación es su referente normativo como el del diálogo competitivo<sup>34</sup>.

## 6.2 Procedimiento: luces y sombras

Este nuevo procedimiento podrá utilizarse cuando la contratación no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya dis-

32. Considerando (49).

33. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “The strategic use of public procurement in support of Innovation”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1, 2014b, pág. 10.

34. *Vid.* GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Aranzadi, Madrid, 2014, pág. 212; y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María Angeles, “Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la ‘asociación para la innovación’”, X Congreso Asociación Española Profesores Derecho Administrativo, Madrid, 2015, págs. 5 y ss.

ponibles en el mercado, y se precisen productos innovadores. Para ello, el poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo.

Atendiendo a esta finalidad, la asociación para la innovación tiene vocación de permanencia en el tiempo, ya que comprende tanto la fase de investigación y desarrollo como la compra de los bienes correspondientes, sin la necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. Esto significa que es procedimiento de larga duración y de ciclo completo<sup>35</sup>, ya que la Directiva no fija un plazo máximo de duración del desarrollo de los servicios de investigación. Como se explica en el considerando (49), este procedimiento debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación a largo plazo. Esto tiene un marcado carácter estratégico en el contexto de una política de consolidación del tejido empresarial cualificado y estable<sup>36</sup>. Pero si los Estados miembros fijan este plazo en sus normativas de transposición, debe alertarse de que esto puede suponer un obstáculo para la innovación<sup>37</sup>.

Como ya hemos avanzado, el art. 31 establece los trámites principales y se remite en parte a las reglas del procedimiento negociado.

El órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. En dicha convocatoria, el órgano de contratación describirá cuáles son los elementos considerados requisitos mínimos para todos los licitadores.

En el apartado primero párrafo segundo del art. 31 se enfatiza el deber de motivación de la autoridad contratante, señalándose la obligatoriedad de indicar la necesidad de un producto, servicio u obra innovadora que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Así, debe acreditarse tanto el carácter imprescindible de los bienes o servicios finales como la inexistencia o insuficiencia de soluciones tecnológicas accesibles para la provisión de aquellos<sup>38</sup>.

De este modo, es importante precisar el objeto del contrato, ya que motivará la decisión del órgano de contratación de acudir a este procedimiento y no al precomercial o a los ordinarios. No obstante, para el caso de que las

35. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 231.

36. Vid. GIMENO FELIÚ, José María, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 5.

37. En este sentido, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, 2014b, pág. 10.

38. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 234.

soluciones tecnológicas buscadas existan ya en el mercado y solo precisen mejoras simples, no existe motivo para iniciar la tramitación de la asociación para la innovación, bastaría con un procedimiento de contratación común, como por ejemplo un contrato de suministro de fabricación [art. 9.3 c) TRLCSP]<sup>39</sup>.

Así, el procedimiento debe justificarse, y si, a la vista de la documentación de la contratación, un operador acreditase la existencia de los bienes o servicios objeto del contrato, el órgano deberá retirar la convocatoria y acudir a los procedimientos de contratación ordinarios.

A la vista de la convocatoria, los operadores económicos dispondrán de un plazo no inferior a 30 días para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación<sup>40</sup>. Solo podrán participar los licitadores invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada.

En cuanto a los criterios de selección recogidos en el art. 58, son, al igual que en la Directiva 2004/18/CE, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional. Pero, respecto a la citada Directiva, la nueva establece dos novedades principales. La primera consiste en la admisión de la experiencia de la empresa y de sus recursos humanos como criterio de solvencia técnica y profesional<sup>41</sup>. La segunda, específica de la figura estudiada, impone al órgano de contratación que priorice los criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras<sup>42</sup>.

Una vez seleccionados los candidatos, el órgano de contratación enviará a los operadores la invitación para confirmar el interés. Esta invitación no es una mera formalidad, sino que reviste un especial interés, ya que, además de convertir al operador interesado en candidato, define el procedimiento en sí, y crea la asociación para la innovación. De este modo, se convierte en el documento que fija un número máximo y uno mínimo de candidatos, establece la posible división en etapas, define los criterios de adjudicación, y determina si la adjudicación tendrá lugar con o sin negociación<sup>43</sup>.

La Directiva establece unos requisitos para devenir candidato. Como se indicó, prohíbe participar en el procedimiento a todo operador que no haya obtenido la invitación tras la evaluación. Pero además, permite al órgano de

39. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 235.

40. Art. 31.1, párrafo 4.

41. Art. 67.

42. Art. 31.6.

43. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 236.

contratación limitar el número de candidatos para ser invitados a participar en el procedimiento<sup>44</sup>.

En todo caso, los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el art. 67 de la Directiva.

Para sustanciar la adjudicación del contrato, el art. 31.3 se remite a las normas del procedimiento negociado, para las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas, excepto la oferta definitiva. Además, se especifica que en ningún caso se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

La Directiva insiste en que los poderes adjudicadores deben velar por la igualdad de trato entre los candidatos. Para garantizar esto, en el art. 31.4 se establecen una serie de actuaciones obligatorias: no revelar información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros; informar por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos; no revelar datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este.

Cabe destacar que a nivel procedimental la asociación para la innovación guarda una gran similitud con el diálogo competitivo regulado en el art. 30. Como sucede con el diálogo competitivo, la asociación para la innovación se estructura en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. No obstante, la nueva Directiva introduce escasas especificaciones respecto a la regulación precedente del diálogo competitivo, y además se le achaca una imprecisión en la terminología empleada<sup>45</sup>.

El poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante “la rescisión de los contratos individuales, siempre que el poder adjudicador haya indicado en los pliegos de la contratación que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo”. De este modo, el resultado buscado

44. Art. 31.1, párrafo 4.

45. *Vid.* MERINO GÓMEZ, Gustavo, “La Directiva de contratación pública de 2014: ¿nuevas soluciones a viejos problemas?”, *DS: Derecho y salud*, 24, 2014, pág. 193.

por la Directiva es la progresiva reducción de las ofertas, hasta llegar a un número “manejable” al final del procedimiento<sup>46</sup>.

Como acertadamente subraya LÓPEZ MIÑO, el riesgo de interposición de recursos por los candidatos expulsados se incrementa en proporción a la complejidad del objeto contractual y al número de fases. Partiendo de esta premisa, es conveniente que las sucesivas fases sean homogéneas respecto de los estadios tanto en la fase precomercial como en la comercial (art. 31.2, párrafo 2). En este sentido, el art. 31.7 dispone que: “El poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado. El valor estimado de los suministros, servicios u obras no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo”.

El derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se atribuye indebidamente el proyecto<sup>47</sup>.

En relación con el cómputo del valor estimado del contrato en este tipo de procedimientos, cabe apuntar que deberá tenerse en cuenta el valor máximo estimado de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista.

Por tanto, en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan la asociación deberá preverse no solo el coste estimado de la fase de investigación, lo que presenta cierta dificultad tratándose de un procedimiento que persigue el desarrollo de soluciones innovadoras, sino que se anticipe la cuantía de los eventuales contratos que deriven de la asociación, lo que dependerá, en primer lugar, del éxito de la investigación, y en segundo lugar de la viabilidad en términos de eficacia, eficiencia y de coste-beneficio de la solución alcanzada.

Otra de las críticas que se vierten sobre la Directiva es la parquedad en la definición de aspectos básicos de la relación jurídica de la asociación. Como afirma MERINO GÓMEZ, no queda válidamente articulada la posibilidad de combinar la existencia de una asociación entre varios agentes económicos con la existencia de contratos individuales celebrados entre cada uno de los socios y el poder adjudicador, ni los efectos de la resolución de los mismos en relación con los restantes socios.

---

46. LÓPEZ MIÑO, Antonio, 2013, pág. 237.

47. *Vid.* GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, 2014, pág. 215.

Tampoco queda definido el contenido obligacional del contrato individual, ni el procedimiento para su formalización o para su resolución; ni siquiera el momento en que el mismo es celebrado, teniendo en cuenta que, como ya se ha apuntado, la asociación para la innovación no es un contrato administrativo, sino un procedimiento de adjudicación.

Pero esta falta de determinación también se produce en la propia regulación del instrumento jurídico en el que debe plasmarse la asociación entre licitadores y poder adjudicador. En este sentido, podría plantearse la posibilidad de que pudiera constituirse una asociación para la innovación dotada de personalidad jurídica propia al margen de la legislación contractual, de base asociativa. Pero esta opción debe descartarse, porque la asociación para la innovación no excluye *per se* el ánimo de lucro de los socios, ya que los licitadores participan a cambio de una remuneración, o incluso el poder adjudicador, en el caso de que opere en el tráfico mercantil, participando de los eventuales beneficios que genere la asociación. Pero también porque el poder adjudicador goza de una primacía respecto de los socios, hecho que rompe con el principio de igualdad *inter partes* que preside la relación de los socios en una asociación<sup>48</sup>.

Otra fórmula válida para lograr la asociación para la innovación entre un poder adjudicador y uno o varios licitadores sería la Agrupación de Interés Económico<sup>49</sup>. En este sentido, MERINO GOMÉZ afirma que este tipo de agrupaciones reúne un régimen jurídico acorde con el vínculo que se pretende crear entre el poder adjudicador y los licitadores. En primer lugar, porque la finalidad de la Agrupación resulta compatible con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras. En segundo lugar porque, a pesar de que la Agrupación no tiene ánimo de lucro para sí misma, se permite, con arreglo al art. 21 de la Ley 12/1991, que los eventuales beneficios que pudieran derivarse de sus actividades puedan atribuirse exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad. Por último, la Agrupación solo puede constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales. Este requisito subjetivo también lo cumple, ya que es claro el carácter no lucrativo de las Administraciones Públicas, “si bien pudiera entenderse

48. Art. 2.6 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

49. Regulada en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, a las que se dota de personalidad jurídica y carácter mercantil. Para un estudio sobre esta figura, *vid.* GÓMEZ CALERO, Juan, *Las agrupaciones de interés económico*, Bosch, Barcelona, 1993; y MONGE GIL, A. L., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1993.

que la participación de los poderes adjudicadores, en esa actividad puntual, persigue eminentemente un ánimo investigador aunque su finalidad principal sea prestar servicios públicos”<sup>50</sup>.

Finalmente, ha de señalarse que el art. 14 de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a aquellos contratos de servicios de I+D que se englobarían dentro de la denominada contratación precomercial. Esta exclusión es similar a la ya contemplada en el art. 16 f) de la Directiva 2004/18/CE y también en el vigente art. 4.1 r) del TRLCSP.

## 7

### Conclusiones

La innovación desempeña un papel central en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos.

La principal novedad de la nueva Directiva de contratación pública estriba en la posibilidad de constituir una estructura, cuya naturaleza y régimen jurídico no son definidos, de carácter estable, en la que un poder adjudicador y uno o varios agentes económicos privados colaboran en la obtención de soluciones innovadoras, para satisfacer necesidades públicas que posteriormente serán adquiridas por aquel. Así, se crea un procedimiento de adjudicación específico, para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, llamado “asociación para la innovación”.

Esta posibilidad podría instrumentarse mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico, en la que una entidad no lucrativa dedicada a la investigación puede concurrir con personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales en la consecución de un desarrollo o mejora de los resultados de la actividad de sus socios.

Como vemos, se trata de buscar una solución que no está en el mercado a un problema que se le plantea a la Administración Pública, y para ello cuenta con un instrumento que puede implicar la intervención de una o más empresas para que sucesivamente, junto con la Administración, vayan superando fases de investigación y desarrollo hasta encontrar la solución al problema planteado.

---

50. MERINO GÓMEZ, Gustavo, 2014, pág. 194.

En el ordenamiento jurídico español, las compras públicas se han desarrollado al margen de una normativa específica. Para ello han acudido a los procedimientos ordinarios y en especial al contrato de colaboración público-privada.

No cabe duda de que con esta figura se supera la tradicional concepción de la contratación pública, y se establece un cauce procedimental más ágil con el que afrontar los nuevos retos del sector público. No obstante, el escaso desarrollo de este nuevo procedimiento de licitación obligará al legislador interno a regular aspectos necesarios para complementar tanto el procedimiento de adjudicación como el régimen jurídico de estas asociaciones. Resulta imprescindible que el legislador y en particular los órganos de contratación definan perfectamente el objeto del contrato y examinen si la única opción es acudir a la compra pública innovadora.

Además, para conseguir la implementación efectiva de la innovación en la contratación pública será necesario superar las resistencias actuales para la aplicación de la compra pública innovadora. Por un lado, será necesario que la Administración abandone su posición conservadora que la lleva a optar por tecnología contrastada y que la compra pública innovadora se interiorice tanto en la Administración Pública como en las empresas privadas. A ello se unen las dudas sobre la propiedad del conocimiento generado, o las incertidumbres que rodean a la transmisión y publicidad de los proyectos objeto de la compra.

De este modo, habrá que esperar entonces para ver si, al contrario de lo que ha sucedido con el contrato de colaboración público-privada, esta nueva fórmula alcanza un mayor éxito.

## 8

### Bibliografía

ALMONACID LAMELAS, Laura, “La colaboración público-privada en tiempos de crisis”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 23, 2011, págs. 2854-2862.

ARNÁEZ ARCE, Vega María, “La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 93, 2012a, pág. 18.

ARNÁEZ ARCE, Vega María, “La compra pública innovadora en el contexto de una economía global”, en GÓMEZ ISA, F., HERRÁN, A. I. y ATXABAL, A. (eds.), *Retos del derecho ante una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012b, págs. 193-203.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Principios de adjudicación de los contratos de servicios e investigación y desarrollo previos a la comercialización o la compra pública precomercial”, en GIMENO FELIÚ, José María (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014a, págs. 233-270.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “The strategic use of public procurement in support of Innovation”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1, 2014b, pág. 10.

BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP”, *Contratación Administrativa Práctica*, 96, 2010a, págs. 32-51.

BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (II). Selección del socio privado y condiciones del contrato”, *Contratación Administrativa Práctica*, 97, 2010b, págs. 39-57.

CARLÓN RUIZ, Matilde, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, págs. 653-684.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 132, 2006, pág. 164.

CORTÉS MORENO, Álvaro, “La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 9, 2011, págs. 1109-1119.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, 2014, pág. 293-326.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles, “Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la ‘asociación para la innovación’”, X Congreso Asociación Española Profesores Derecho Administrativo, Madrid, 2015, págs. 5 y ss.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Aranzadi, Madrid, 2014, pág. 212.

GIMENO FELIÚ, José María, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, 2013a, págs. 39-106.

GIMENO FELIÚ, José María, “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de estudios locales*, 161, 2013b, págs. 15-44.

GIMENO FELIÚ, José María, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 5.

GÓMEZ CALERO, Juan, *Las agrupaciones de interés económico*, Bosch, Barcelona, 1993.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, 170, 2006, pág. 22.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LÓPEZ MIÑO, Antonio, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”, en PERNAS GARCÍA, J. José (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 215.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Comprando para asegurar nuestro futuro la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup> (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011a, págs. 90 y ss.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en BELLO PAREDES, Santiago A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, 2011b, págs. 119-163.

MERINO GÓMEZ, Gustavo, “La Directiva de contratación pública de 2014: ¿nuevas soluciones a viejos problemas?”, *DS: Derecho y salud*, 24, 2014, pág. 193.

MONGE GIL, Ángel Luis, *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1993.

RIDAO I MARTÍN, Joan, “La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España”, *Revista Española de Ciencia Política*, 34, 2014, págs. 89-117.

VILLAREJO GALENDE, Helena, “Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+i y la transferencia del conocimiento”, en CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (dir.), *Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013, págs. 133-145.

# Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial trascendencia constitucional<sup>1</sup>

FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

*Magistrado. Letrado adscrito al Tribunal Constitucional*

- 1. El recurso de amparo: naturaleza, evolución y requisitos procesales**
  - 1.1. Las disfunciones del amparo
  - 1.2. El recurso de amparo: naturaleza
- 2. Objeto del amparo y requisitos de tiempo**
  - 2.1. Objeto: resoluciones recurribles
  - 2.2. Plazo
  - 2.3. Cómputo del plazo
  - 2.4. Lugar de presentación
  - 2.5. Naturaleza del plazo e interrupción
- 3. Presupuestos del proceso previo: denuncia y agotamiento de la vía de impugnación**
  - 3.1. La denuncia de la vulneración del derecho fundamental
  - 3.2. El agotamiento de la vía previa
    - 3.2.1. El agotamiento de los recursos
    - 3.2.2. El incidente excepcional de nulidad de actuaciones y recurso de amparo

---

*Artículo recibido el 25/06/2015; aceptado el 12/09/2015.*

1. El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 26 de junio de 2015 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2015, organizado por la Diputación de Barcelona.

**4. Requisitos de la demanda: la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso**

- 4.1. La especial trascendencia como requisito procesal
- 4.2. La apreciación de la especial trascendencia constitucional

**Resumen**

El estudio analiza los requisitos procesales del recurso de amparo, distinguiendo entre requisitos de tiempo, presupuestos del proceso previo y requisitos de la demanda.

Se realiza un examen más detallado de las cuestiones que mayor trascendencia presentan en la práctica procesal, como son los supuestos en que es necesario acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial y el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, como presupuesto de admisibilidad del amparo.

Palabras clave: *jurisdicción constitucional; recurso de amparo; nulidad de actuaciones; denuncia de vulneración; especial trascendencia constitucional; agotamiento; demanda; requisitos procesales.*

***The procedural requirements of the individual constitutional complaint (recurso de amparo): the exceptional motion for a reversal on procedural grounds and the requirement of a “special constitutional relevance” (especial trascendencia constitucional)***

**Abstract**

*This article studies the procedural requirements of the individual constitutional complaint (recurso de amparo) and it distinguishes between time requirements, the foundations and development of the previous judicial process and the requirements of the individual constitutional complaint.*

*The article also carries out a detailed analysis of the most important questions that matter in the procedural practice. For instance, the article explores the necessity to use the exceptional motion for a reversal on procedural grounds in order to exhaust all the judicial remedies before submitting the individual constitutional complaint before the Spanish*

*Constitutional Court (recurso de amparo) and it also analyzes the requirement of the “special constitutional relevance” (especial trascendencia constitucional) of the individual constitutional complaint as a requirement for its admissibility.*

*Keywords: constitutional courts; individual constitutional complaint (recurso de amparo); motion for a reversal on procedural grounds; special constitutional relevance (especial trascendencia constitucional); exhaustion of judicial remedies; complaint; procedural requirements.*

## 1

### El recurso de amparo: naturaleza, evolución y requisitos procesales

Dentro de los sistemas de jurisdicción constitucional en los que el Tribunal Constitucional tiene atribuido el conocimiento del recurso de amparo, destaca, por su influencia en la Constitución española, el caso de Alemania, donde el Tribunal Constitucional conoce de la *verfassungsbeschwerde*, que es un recurso subsidiario de la vía judicial ordinaria, que constituyó el verdadero modelo inspirador de nuestro actual recurso de amparo<sup>2</sup>. Precisamente, la inclusión de la protección mediante el amparo en nuestro texto constitucional se hizo siguiendo especialmente a Alemania, lo cual ha incidido sustancialmente en el diseño y funcionamiento de la jurisdicción constitucional, así como en su evolución. Con todo, la competencia de las Cortes Constitucionales para conocer del amparo en modo alguno es un elemento imprescindible del Estado constitucional, como demuestra su ausencia en numerosos países europeos; no obstante, se puede afirmar que es una de las instituciones clave de los ordenamientos constitucionales que contemplan este mecanismo de protección, y, desde luego, del ordenamiento constitucional español.

### 1.1

#### Las disfunciones del amparo

Las disfunciones que produjo la “universalización” del amparo probablemente se evitarían en un alto porcentaje si existiera un mecanismo procesal

2. RUBIO LORENTE, F., “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pág. 61.

adecuado para resolver las pretensiones de tutela de derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, especialmente los del art. 24 de la Constitución, los cuales originan la mayor parte de los recursos de amparo. Las reformas procesales en este sentido se focalizaron en la introducción de la infracción constitucional como motivo de casación en el art. 5.4 de la LOPJ de 1985, sin que hayan ido acompañadas de otras modificaciones relevantes, al margen del recurso por infracción procesal de los artículos 468 a 476 de la LEC de 2000, que aún no ha entrado en vigor.

El fracaso del sistema de recursos en sede de jurisdicción ordinaria se constata por los mismos datos estadísticos de entrada de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, de los que se desprende que apenas un 25 % tienen por objeto sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. Ergo un 75 % de los amparos constitucionales tienen por objeto sentencias o resoluciones dictadas por tribunales inferiores, y, lo que es más llamativo, aproximadamente un 10 % son sentencias o resoluciones dictadas por juzgados unipersonales.

La explicación de esta estadística se encuentra en la inexistencia de filtros que impidan de forma relevante el acceso al amparo, lo cual se puede constatar en tres ámbitos distintos, como son: i) sentencias o resoluciones dictadas por órganos unipersonales que acceden al amparo; ii) sentencias de única instancia que acceden directamente al amparo por no ser recurribles; y iii) sentencias de tribunales intermedios dictadas en vía de recurso que no pueden acceder a casación —o que no acceden por vía de inadmisión—, abstracción hecha de la alegación de motivos de infracción constitucional.

i) Una parte considerable de los recursos de amparo se entablan contra las resoluciones dictadas por órganos unipersonales, lo cual no se explica por las zonas de irrecurribilidad de las sentencias y autos definitivos dictados por los juzgados, ciertamente estrechas<sup>3</sup>, sino fundamentalmente por la falta de mecanismos de depuración de las infracciones procesales con relevancia constitucional, especialmente en el ámbito de los actos de comunicación, donde se produce un efecto de “arrastre” desde el momento de la primera

---

3. Las sentencias dictadas en única instancia por los órganos unipersonales solo son irrecurribles en la jurisdicción civil (art. 455.1 de la LEC), contencioso-administrativa (arts. 80 y 81 de la LJCA) y social (art. 191 de la LJS). Su ámbito, además, queda muy reducido, al excluirse las denominadas sentencias de cierre procesal o inadmisibilidad, que son las que presentan un mayor riesgo de conflicto con los derechos fundamentales del art. 24 de la CE. No obstante, debe subrayarse aquí que existe un grupo de resoluciones firmes que originan una conflictividad especial, como son las dictadas por los juzgados de la jurisdicción penal en procedimientos de *habeas corpus*, especialmente cuando se trata de autos denegando la incoación, los cuales son firmes y por este motivo tienen su vía de impugnación “natural” en el amparo constitucional.

citación o emplazamiento hasta la propia sentencia o resolución definitiva, que de esta forma queda firme. Posteriormente, y con ocasión de los actos de ejecución material de la sentencia o resolución, es cuando se plantea el problema de la defectuosa comunicación que, de no ser aceptada por el órgano jurisdiccional en vía de incidente excepcional de nulidad de actuaciones, no devolutivo, solo permite, como vía impugnatoria “natural”, el amparo constitucional.

ii) Un segundo grupo de asuntos está en relación con la irrecurribilidad de sentencias dictadas en única instancia, especialmente en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo.

En este caso, el favorecimiento del amparo procede de la misma distribución de competencias diseñada en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puesto que existe un amplio espectro de asuntos que se deciden en instancia única, sin posibilidad de recurso, especialmente en el ámbito de los tribunales superiores de justicia, y al margen del derecho autonómico.

En este caso, el problema resulta de la regulación de los artículos 8 a 12 de la LJCA, que siguen un criterio eminentemente orgánico para la atribución de la competencia objetiva, lo que determina que asuntos de escasa cuantía y relevancia sean conocidos en única instancia por las salas de los tribunales superiores de justicia o de la Audiencia Nacional, sin acceso a recurso, especialmente en materias que están muy centralizadas en el ámbito de la Administración del Estado, como es el caso de la materia de personal o de responsabilidad patrimonial<sup>4</sup>.

iii) Finalmente, y pese a la admisión de la infracción constitucional como motivo de casación, lo cierto es que los requisitos y óbices de admisibilidad del recurso de casación impiden que el Tribunal Supremo conozca del motivo en muchos de los casos, especialmente en la jurisdicción civil y social<sup>5</sup>, en tanto que en la jurisdicción penal gran parte de los asuntos quedan firmes en segunda instancia<sup>6</sup>.

Así, en el caso de la jurisdicción civil, la falta de desarrollo del recurso de infracción procesal prevenido en la LEC de 2000 implica “de facto” dejar fuera de la casación el examen de las infracciones procesales en la mayoría de las ocasiones, habida cuenta de que la modalidad casacional que en la

4. Las estadísticas de entrada de asuntos en el Tribunal Constitucional ponen de manifiesto que muchos de los asuntos proceden de sentencias de única instancia.

5. La cantidad mayor de recursos de amparo lo son contra sentencias dictadas en suplicación y apelación.

6. Concretamente, y además de los juicios de faltas, todos los procesos penales por delito competencia de los juzgados de lo penal (art. 14 de la LECrim), que se resuelven en doble instancia sin ulterior recurso (arts. 792.3 y 803 de la LECrim).

práctica se utiliza más frecuentemente es la de interés casacional, en cuyo ámbito la admisibilidad del recurso de infracción procesal está condicionada a la del recurso de casación por interés casacional, supeditado a unos criterios de admisión muy rígidos<sup>7</sup>.

Por su parte, en la jurisdicción social, el medio de impugnación extraordinario por antonomasia en vía de casación, que es el recurso de casación para unificación de doctrina, ignora la infracción constitucional si no se dan los presupuestos de contradicción necesarios para la admisión del recurso<sup>8</sup>.

Todo ello explica que el Tribunal Constitucional tenga una excesiva carga de trabajo por vía de amparo, lo cual incide negativamente en el correcto funcionamiento del propio Tribunal, haciendo perder al recurso de amparo constitucional el carácter de “extraordinario” que debería tener. Indirectamente, el amplio ámbito del recurso de amparo determina que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre un amplio espectro de materias, lo cual ha provocado zonas de fricción con la jurisdicción ordinaria por cuanto que en ocasiones incide en cuestiones de interpretación de la legalidad ordinaria.

Frente a este panorama, se vino solicitando por la doctrina la objetivación del recurso de amparo<sup>9</sup>, y en esta línea se sitúa la reforma operada por

---

7. En el régimen transitorio de la LEC, cuando se funda la casación en el interés casacional del art. 477.2.3.º de la LEC, el examen del recurso de infracción procesal queda condicionado a la admisión del de casación (D.F. decimosexta, apartado 1, regla 5.ª de la LEC). La interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resaltado la restricción que se deriva de la disposición final decimosexta de la LEC, señalando que se limita la preparación del recurso de infracción procesal, sin formular casación, a los juicios que tienen por objeto la tutela de derechos fundamentales y a los tramitados por razón de la cuantía, cuando esta supera los 150 000 euros [AATS, Sala Primera, de 15 de octubre de 2002 (JUR 2002, 558496) y de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 365), entre otros muchos]. Por el contrario, cuando se prepara el recurso por tratarse de resolución que presenta interés casacional, debe formularse también recurso de casación, quedando supeditado el examen del recurso por infracción procesal a que sea admisible el de casación. Ello determina que gran parte de los recursos no superen el trámite de admisión, por cuanto el recurso por interés casacional es el más frecuente; así, en el año 2009, de los 4159 recursos ingresados en la Sala Primera del Tribunal Supremo, 828 fueron resueltos por sentencia y 2977 finalizaron por auto de inadmisión, lo que pone de manifiesto la rigidez del trámite de admisión (fuente: [www.cgpj.es](http://www.cgpj.es)).

8. En el año 2009, la Sala Cuarta registró 5268 recursos de casación, resolviendo 1060 por sentencia; y 3331 finalizaron por auto de inadmisión, lo que también pone de manifiesto la rigidez del trámite de admisión (fuente: [www.cgpj.es](http://www.cgpj.es)). En este caso, la rigidez viene dada por la necesidad de contradicción entre sentencias, lo que exige que, previamente, las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales [por todas, *vid.* SSTS, Sala Cuarta, de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005, 3774) y de 7 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6969)].

9. Numerosos autores se han pronunciado sobre esta opción, entre otros: CARRILLO, M., “La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008; FERNÁNDEZ FARRERES, G., en BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recur-*

la Ley Orgánica 6/2007, que apunta una tendencia hacia un modelo de recurso próximo al *certiorari* norteamericano<sup>10</sup>.

Sin embargo, la insuficiencia de mecanismos procesales para depurar las infracciones procesales con relevancia constitucional en el mismo seno de la jurisdicción ordinaria<sup>11</sup> hace pronosticar una incidencia más bien limitada de la reforma de 2007 en orden a la litigiosidad, lo cual puede apreciarse por el hecho de que no ha habido una disminución de los recursos de amparo del Tribunal<sup>12</sup>. Por otra parte, los criterios de admisión predefinidos por el Tribunal Constitucional fijan un ámbito material de admisión en el que pueden tener en principio encaje un número estimable de demandas de amparo<sup>13</sup>.

Estos trazos genéricos sirven para fijar las claves evolutivas de la justicia constitucional en el modelo español, en el cual el diseño del recurso de amparo constitucional ha provocado disfunciones en el propio Tribunal Constitucional, lo cual incide negativamente en la función de control de constitucionalidad de las normas que tiene atribuidas.

Probablemente, la incorporación de un mecanismo de amparo en la jurisdicción ordinaria que permitiera depurar las infracciones del art. 24 de la CE, al modo previsto en el recurso de infracción procesal de la LEC de

---

*so de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995; PÉREZ TREMPES, P., “La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1994, págs. 93 y ss.; RUBIO LLORENTE, F., “El trámite de admisión del recurso de amparo”, en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 557 y ss.

10. ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pág. 13.

11. No parece que sea suficiente el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LOPJ, el cual, además, presenta perfiles poco precisos tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, si bien clarificados por vía interpretativa en el sentido de que solo se debe plantear el incidente cuando la cuestión no ha podido ser planteada y resuelta en el proceso, y no así cuando el juez ya se pronunció sobre la cuestión planteada (en este sentido, ATC 275/2009, de 1 de diciembre, y AATS, Sala Tercera, de 12 y 19 de mayo de 2010, entre otros).

12. En los años sucesivos a la entrada en vigor de la reforma de 2007 se ha venido manteniendo similar nivel de entrada de recursos de amparo.

13. Los criterios de admisión genéricos están predeterminados en la STC 155/2009, de 25 de junio, y tienen un ámbito objetivo que cabe considerar de relativa amplitud, probablemente influenciado por el hecho de que no se ha introducido paralelamente un mecanismo impugnatorio, interpuesto dentro de la jurisdicción ordinaria, que sirva para depurar las vulneraciones de derechos fundamentales. Así, algunos criterios preestablecidos, como el de vulneración del derecho fundamental por ley u otra disposición de carácter general (apartado c), o el de existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros (apartado e), pueden dar lugar a un juego aplicativo relativamente amplio.

2000<sup>14</sup>, favorecería la necesaria objetivación del recurso de amparo constitucional<sup>15</sup>.

## 1.2

### El recurso de amparo: naturaleza

En nuestro ordenamiento, dentro del listado de competencias atribuidas expresamente al Tribunal Constitucional, el art. 161.1.b) de la CE establece que conocerá del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la CE, en los casos y en la forma que la ley establezca.

En desarrollo del precepto constitucional, los artículos 41 a 58 de la LOTC regulan el recurso de amparo constitucional, el cual se configura como un remedio extraordinario previsto contra disposiciones, actos o vías de hecho de los poderes públicos del Estado, de las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes, que sean lesivos de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, o del derecho a la objeción de conciencia reconocido en el art. 30 de la Constitución.

Se trata de un remedio extraordinario y subsidiario, de manera que su objeto está limitado a la protección de los derechos y libertades susceptibles de amparo, y su interposición está condicionada al agotamiento de los recur-

---

14. Este modelo de universalización del recurso extraordinario de infracción procesal en la jurisdicción civil es muy interesante, no solo porque permite depurar las infracciones constitucionales con origen en los órganos jurisdiccionales, sino también porque la competencia se atribuye a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, lo cual es muy razonable, tanto por tratarse de un tribunal de rango superior como desde el punto de vista de la distribución de la carga de trabajo.

15. Este problema también se ha planteado en Alemania, donde, si bien los tribunales constitucionales de los *Länder* desempeñan una función de descarga del Tribunal Constitucional federal, sobre todo en el examen de la vulneración de derechos procesales, se ha venido insistiendo en la necesidad de crear un cauce específico para reducir las demandas de amparo constitucional. En el año 1993 se reformó la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional Federal, dando nueva redacción a su artículo 93, restringiendo notablemente el ámbito de la demanda de amparo constitucional, con una redacción que, por cierto, se aproxima bastante a la nueva redacción del art. 50 de la LOTC dada por la Ley Orgánica 6/2007. Finalmente, se creó la denominada Comisión Benda con el fin de restringir el ámbito del amparo constitucional, lo cual se volvió a poner de manifiesto con la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional Federal, de 30 de abril de 2003, BvertG Neue Juristische Wochenschrift 2003, p. 1924, que reclama *de lege ferenda* la creación de un procedimiento jurisdiccional especializado sobre la infracción de la tutela judicial efectiva y el derecho al proceso debido.

sos establecidos con carácter ordinario para la impugnación de la actividad presuntamente lesiva de los derechos fundamentales.

Como se ha indicado, en la práctica procesal el recurso de amparo se había sobredimensionado, convirtiéndose en una especie de vía ordinaria de impugnación jurisdiccional, lo cual producía disfunciones en la jurisdicción constitucional, a la vez que interferencias entre la interpretación de los tribunales ordinarios y de la justicia constitucional. Esta progresiva tendencia a identificar al Tribunal Constitucional como tribunal de amparo, tuvo una proyección negativa en el ejercicio de las funciones más propias de la justicia constitucional, como son el control de las leyes y la resolución de los conflictos de dimensión constitucional.

Ello determinó la redefinición de las bases del recurso de amparo en la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, la cual ha sido considerada por la doctrina española no solo como oportuna, sino también como necesaria, dada la situación a la que se había llegado, sobre todo en razón al altísimo número de los recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional.

El elemento más novedoso introducido por la reforma de 2007 es el de la denominada “objetivación” del amparo constitucional, la cual se focaliza esencialmente en la introducción de una nueva condición de admisibilidad en el art. 50 de la LOTC, que es la de “especial trascendencia constitucional” del recurso.

Desde el punto de vista de la práctica procesal, ello implica que quienes pretendan proponer un recurso de amparo deben justificar, en todo caso, la “especial trascendencia constitucional” del asunto, lo cual debe realizarse necesariamente en la demanda de amparo. Ello enlaza con la interpretación del propio Tribunal Constitucional sobre los supuestos en que debe apreciarse la especial trascendencia constitucional del recurso, expresados en la STC 155/2009.

De acuerdo al marco normativo vigente, los requisitos procesales para la interposición del recurso de amparo pueden dividirse en tres grupos: 1) requisitos de tiempo; 2) presupuestos de la vía judicial previa; y 3) requisitos de la demanda, singularmente la especial trascendencia constitucional del recurso.

## 2

### Objeto del amparo y requisitos de tiempo

#### 2.1

##### Objeto: resoluciones recurribles

Los artículos 41 a 44 de la LOTC regulan los supuestos de actos, disposiciones o vías de hecho que son susceptibles de protección mediante el amparo constitucional. Además de estos supuestos, se regula específicamente el recurso de amparo electoral en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, con unos requisitos específicos.

De acuerdo al marco legal pueden distinguirse hasta cuatro tipos de recursos en función de la procedencia de la resolución:

- (i) recursos contra decisiones y actos sin valor de ley de las Cortes o asambleas legislativas de las comunidades autónomas o de cualquiera de sus órganos (art. 42 de la LOTC);
- (ii) recursos contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes (art. 43 de la LOTC);
- (iii) actos y omisiones de órganos judiciales (art. 44 de la LOTC);
- (iv) recursos de amparo electoral contra la proclamación de candidaturas (art. 49 de la LOREG) y contra la proclamación de electos (art. 114 de la LOREG).

#### 2.2

##### Plazo

El recurso de amparo debe interponerse en el plazo específicamente prevenido en cada caso, que es el de tres meses en el caso de actos sin valor de ley de los órganos parlamentarios del Estado y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas a los que se refiere el art. 42 de la LOTC, el de veinte días en el caso de actos del Gobierno, órganos ejecutivos de las comunidades autónomas o de las distintas Administraciones Públicas y sus agentes o funcionarios comprendidos en el art. 43 de la LOTC, el de treinta días en el caso de actos u omisiones de órganos judiciales del art. 44 de la LOTC, el de dos días en el caso del recurso contra la proclamación de candidaturas del art. 49 de la LOREG, y el de tres días en el caso del recurso para la proclamación de electos del art. 114 de la LOREG.

## 2.3 Cómputo del plazo

El plazo computa desde el día siguiente al de notificación de la resolución recurrible en amparo; en el caso de resoluciones judiciales, el inicio del *dies a quo* lo marca la notificación de la resolución, y no la notificación de la resolución que declara la firmeza de la misma<sup>16</sup>. Así se desprende de lo establecido en el art. 80 de la LOTC, el cual se remite con carácter supletorio a la regulación de la LOPJ y de la LEC sobre cómputo de plazos y días y horas hábiles.

No obstante, y en relación con el cómputo del plazo por días para la interposición del recurso de amparo en los procesos constitucionales, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo de 15 de junio de 1982, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones (BOE de 2 de julio de 1982), reformado por acuerdos de 17 de junio de 1999 (BOE de 22 de junio de 1999) y de 18 de enero de 2001 (BOE de 23 de enero de 2001), el cual establece que correrán durante el período de vacaciones los plazos señalados para iniciar los distintos procesos atribuidos a la competencia de este Tribunal, salvo los señalados por días en los artículos 43.2 y 44.2 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional.

Por tanto, el mes de agosto solo es inhábil para los recursos de amparo de los artículos 43 y 44 de la LOTC, computando en el resto de procesos constitucionales<sup>17</sup>. En consecuencia, los plazos de los amparos ordinarios son en días hábiles, siendo de aplicación la legislación procesal común sobre el inicio del cómputo del plazo, comenzando el día posterior al de la notificación.

Tratándose del recurso de amparo electoral, es de aplicación lo dispuesto en el Acuerdo de 20 de enero de 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 25 de enero de 2000). El artículo 2 del citado Acuerdo indica que, si la demanda de amparo se dirigiese contra los acuerdos de las juntas electorales sobre proclamación de candidaturas y

16. Por todos, ATC 189/2010, de 29 de noviembre (RTC 2010, 189 AUTO).

17. Aquí debe tenerse en cuenta que el Acuerdo de 18 de enero de 2001, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se modifica el horario del Registro General del Tribunal Constitucional (BOE de 23 de enero de 2001), establece en su artículo único: “El Registro General del Tribunal Constitucional estará abierto todos los días hábiles, incluso durante el mes de agosto, desde las nueve treinta hasta las quince horas, en la sede del mismo, calle Domenico Scarlatti, número 6, de Madrid”.

candidatos (arts. 47.3 y 49 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General), el plazo para su interposición será de dos días a partir de la notificación de la resolución judicial recaída en el proceso previo; por su parte, el artículo 3 establece el plazo de tres días para la interposición y tramitación de los recursos de amparo a que se refiere el art. 114.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En ambos casos, el art. 4 del Acuerdo del Pleno preceptúa que los días se entenderán siempre naturales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley Orgánica 5/1985.

Como norma específica, y a los efectos del cómputo de plazo, es de aplicación lo dispuesto en el art. 85.2 de la LOTC, el cual establece que “los recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal determinará reglamentariamente las condiciones de empleo, a los efectos anteriores, de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos o telemáticos”.

## 2.4

### Lugar de presentación

En cuanto al lugar de presentación del recurso, la STC 88/2013, de 11 de abril, del Pleno, fijó doctrina en el sentido de admitir la presentación de la demanda o escrito de iniciación del recurso, indistintamente, ante el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, durante todo el plazo de presentación. A partir de la referida STC 88/2013, el Tribunal modificó su doctrina precedente en cuanto al lugar de presentación, expresando que debe entenderse que no hay ninguna objeción, desde la perspectiva del tenor literal del art. 85.2 de la LOTC, para interpretarlo en el sentido de que habilita temporalmente a que la presentación de escritos de iniciación del recurso de amparo se realice hasta las 15:00 horas del día siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, y, en cuanto al lugar de presentación, a que puedan utilizarse de manera indistinta tanto el registro del Tribunal Constitucional como la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, durante la integridad del plazo completo previsto legalmente para la presentación de dichos escritos de iniciación.

## 2.5 Naturaleza del plazo e interrupción

El plazo de interposición del recurso de amparo es un plazo de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión<sup>18</sup>, lo cual puede generar una especial problemática cuando se prolonga indebidamente la vía judicial previa al recurso de amparo, mediante la interposición de recursos manifiestamente improcedentes o legalmente inexistentes; en estos casos, el Tribunal Constitucional viene declarando que el tiempo invertido en la resolución de recursos manifiestamente improcedentes, cuando excede del plazo establecido para la interposición del recurso de amparo, determina la extemporaneidad del mismo<sup>19</sup>.

El concepto manejado por el Tribunal Constitucional de “recurso manifiestamente improcedente” es restrictivo, de tal manera que se limita a los casos en que tal improcedencia derive de manera clara, terminante e inequívoca del texto legal, pero no así cuando haya de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad<sup>20</sup>.

Excepcionalmente, el Tribunal Constitucional ha admitido la interrupción del plazo en los casos en que el demandante ha acudido al medio de impugnación improcedente como consecuencia de una errónea indicación del órgano judicial, en la instrucción de recursos a que se refiere el art. 248.4 de la LOPJ<sup>21</sup>.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 se ha planteado una problemática específica en este punto, en relación con el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LOPJ. Este incidente juega como trámite preceptivo para el agotamiento de la vía judicial en los casos en que procede, pero su interposición también puede producir el efecto negativo de no interrumpir el plazo de interposición del recurso de amparo cuando se plantea de forma improcedente.

La cuestión de la procedencia del incidente del art. 241 de la LOPJ radica esencialmente en si se ha producido la denuncia de la vulneración del derecho fundamental antes de recaer la resolución que pone fin al proceso, de tal manera

18. ATC 177/2010, de 24 de noviembre. Únicamente puede ser suspendido el plazo en los casos en que se solicite el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar ante el Tribunal Constitucional.

19. SSTC 185/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004, 185), y 323/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 323).

20. SSTC 50/1990, de 26 de marzo (RTC 1990, 50), 78/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 78), y 172/2009, de 9 de julio (RTC 2009, 172).

21. SSTC 38/2006, de 13 de febrero (RTC 2006, 38), y 241/2006, de 20 de julio (RTC 2006, 241).

que si ya se ha denunciado la lesión no es procedente la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el plazo no se interrumpe<sup>22</sup>.

Finalmente, el plazo para interponer el recurso de amparo puede suspenderse en supuestos de asistencia jurídica gratuita en los términos establecidos en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1996.

### 3

#### **Presupuestos del proceso previo: denuncia y agotamiento de la vía de impugnación**

La interposición del recurso de amparo exige en todo caso la denuncia de la vulneración del derecho fundamental y el agotamiento de la vía previa, normalmente la vía judicial.

El requisito de la denuncia previa de la vulneración del derecho fundamental rige para los amparos contra sentencias y resoluciones judiciales, en tanto que el agotamiento de la vía previa, ya sea ante las Cámaras (art. 42 de la LOTC), ya sea ante la jurisdicción ordinaria (arts. 43 y 44 de la LOTC), rige para todo tipo de recursos de amparo.

Dentro del estudio del agotamiento, se hará una especial referencia al incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

#### 3.1

##### **La denuncia de la vulneración del derecho fundamental**

La naturaleza subsidiaria del recurso de amparo hace necesario que se realice la invocación formal del derecho vulnerado en el proceso previo seguido ante la jurisdicción ordinaria, puesto que así lo dispone expresamente el art. 44.1 c) de la LOTC.

El Tribunal Constitucional viene considerando que este requisito responde a varias finalidades, puesto que representa una garantía de la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, en tanto que posibilita que los órganos judiciales tengan ocasión de conocer y examinar la posible vulneración del derecho fundamental para proceder en su caso a su reparación, a la vez que preserva los derechos de las otras partes del proceso<sup>23</sup>.

22. En este sentido, ATC 42/2010, de 12 de abril.

23. SSTC 278/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 278); 198/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 198), y 174/2011, de 27 de noviembre (RTC 2011, 174).

La denuncia en el proceso previo se debe realizar tan pronto sea conocida, habiendo acogido el Tribunal Constitucional un criterio antiformalista en el sentido de que es suficiente la denuncia del hecho fundamentador de la vulneración, no siendo inexcusables ni la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se reconozca el derecho o derechos fundamentales supuestamente vulnerados, ni la mención de su *nomen iuris*<sup>24</sup>.

Por tanto, la denuncia *ex art. 44.1.c)* de la LOTC debe ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo.

En definitiva, como expresan las SSTC 201/2000 y 209/2004<sup>25</sup>, debe ponerse en conocimiento del órgano judicial el hecho fundamentador de la vulneración, el cual juega asimismo como límite del objeto del amparo, de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto al de la que se hizo valer ante los órganos judiciales.

En cuanto al momento en que debe denunciarse la vulneración del derecho fundamental, está en función de cada tipo de proceso jurisdiccional; en todo caso, cuando no ha sido posible denunciar la vulneración a lo largo del proceso, debe plantearse el incidente excepcional de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241 de la LOPJ como requisito procesal para interponer el amparo constitucional.

La denuncia ha de realizarse tan pronto como se tenga oportunidad de alegar la vulneración del derecho fundamental, si bien en el proceso penal abreviado existe un trámite *ad hoc* para la invocación de la vulneración de los derechos fundamentales durante el procedimiento de primera instancia, que es el de la audiencia preliminar regulada en el art. 786.2 de la LECrim y que se desarrolla al inicio del juicio oral<sup>26</sup>.

En relación con el requisito de invocación del art. 44.1.c), en la STC 118/2014, de 8 de julio, y en la STC 128/2014, de 21 de julio, se flexibiliza el óbice de falta de invocación opuesto en el caso por el Ministerio Fiscal, atenuando el rigor formal del art. 44.1.c) de la LOTC, en un supuesto de impugnación de una resolución denegatoria de justicia gratuita con fundamento en que el demandante de amparo no contaba con asistencia letrada al

24. SSTC 154/2006, de 22 de mayo (RTC 2006, 154), y 200/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 200).

25. SSTC 201/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 201), y 29/2004, de 4 de marzo (RTC 2004, 29).

26. SSTC 247/1994, de 19 de septiembre (RTC 1994, 247), y 153/1999, de 14 de septiembre (RTC 1999, 153).

no resultar preceptiva conforme al art. 20 de la LAJG. El Tribunal entiende que la queja referida a la falta de tutela judicial efectiva estaba implícita en la impugnación realizada no obstante la falta de invocación formal del derecho fundamental; en este punto, y atenuando el rigor en la exigencia del requisito de cuyo cumplimiento se trata por actuar el actor sin asistencia letrada, en las referidas sentencias se desestima el óbice procesal al tener la posibilidad el órgano judicial de conocer la queja del recurrente en amparo y pronunciarse sobre ella. No obstante, en la misma sentencia se matiza que la flexibilización del requisito no equivale a relevar al demandante de su cumplimiento, y por ello se aprecia el óbice opuesto por el Ministerio Fiscal por falta de invocación del derecho a la intimidad familiar, al no deducirse en modo alguno que en la vía ordinaria se incluyera dicha queja en el ámbito impugnatorio planteado por el recurrente.

### 3.2

#### El agotamiento de la vía previa

La necesidad de agotamiento de la vía judicial previa está orientada a garantizar el principio de subsidiariedad que rige el sistema de protección mediante el amparo constitucional, y se integra por una doble exigencia: i) es necesario el agotamiento de los recursos previstos procesalmente contra la concreta resolución en sí misma considerada; y ii) es necesario que la resolución en cuestión pueda considerarse como última y definitiva, es decir, que de la visión en su conjunto del proceso judicial previo se aprecie que el mismo está finalizado sin que quepa nuevamente el planteamiento de la cuestión<sup>27</sup>.

Esta exigencia está establecida en el art. 50.1.a) de la LOTC, que se remite a la regulación de los artículos 41 a 46 y 49, por lo que la falta de agotamiento de la vía previa es causa de inadmisión del amparo, ya sea por no interponer todos los concretos recursos previstos contra la resolución, ya sea por “anticipar” la interposición del recurso de amparo cuando la controversia no está zanjada definitivamente en el seno del proceso previo.

A la necesidad de agotar la vía previa se refieren tanto el art. 42, en los amparos contra resoluciones de los órganos parlamentarios, como los arts. 43.1 y 44.1.a) de la LOTC, en ambos casos para los amparos que son consecutivos a un proceso jurisdiccional previo.

---

27. AATC 76/2009, de 23 de marzo, y 4/2010, de 17 de marzo.

En cuanto al fundamento del requisito procesal, la STC 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, expresa que la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, “evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo, pues son ellos quienes tienen encomendada en nuestro sistema constitucional la tutela general de los derechos y libertades. Por consiguiente, el agotamiento de la vía judicial ordinaria se malogra cuando no se hace uso de los recursos que son razonablemente exigibles a la parte, y también cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental; en efecto, en uno y otro caso se infringe el principio de subsidiariedad (SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; 110/2001, de 7 de marzo, FJ 1; y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

En el ámbito del agotamiento de la vía previa, presenta especial interés el análisis del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, especialmente tras la reforma de la LOTC operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, la cual establece una nueva relación entre el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LOPJ y el recurso de amparo.

### 3.2.1

#### El agotamiento de los recursos

La interposición del amparo constitucional requiere que se agoten los recursos que pueden interponerse contra la resolución impugnada en la vía jurisdiccional ordinaria. En este punto, la interposición errónea o indebida de recursos puede tener proyección en sede de proceso de amparo, determinando la inadmisión del amparo por extemporaneidad en tanto que no interrumpe el plazo de interposición del recurso contra la resolución que materialmente tiene carácter definitivo. Excepcionalmente, el Tribunal Constitucional ha admitido la interrupción del plazo en los casos en que el demandante ha acudido al medio de impugnación improcedente como consecuencia de una errónea indicación del órgano judicial en la instrucción de recursos a que se refiere el art. 248.4 de la LOPJ.

Tratándose de recursos extraordinarios sujetos a requisitos específicos de interposición, como es el caso de la casación para unificación de doctrina en el ámbito laboral o contencioso-administrativo, no siempre es necesaria la interposición del recurso extraordinario para tener por agotada la vía jurisdic-

cional previa. Así lo ha indicado reiteradamente el Tribunal Constitucional en relación con el recurso de casación para la unificación de la doctrina en el orden social, afirmando que, dada su especial naturaleza que condiciona legalmente su admisión al cumplimiento de rígidos requisitos, su interposición no resulta siempre preceptiva para dar por agotada la vía judicial, siendo únicamente exigible en los casos en que no quepa duda respecto de su procedencia, si bien quien pretende hacer valer la no interposición como motivo de inadmisibilidad de la demanda de amparo tiene la carga de acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto<sup>28</sup>.

Por su parte, la falta de agotamiento de la vía previa también se produce en los casos de recursos manifiestamente improcedentes, pudiendo distinguirse, siguiendo la exposición que se realiza en el ATC 198/2010, de 21 de diciembre, los siguientes supuestos: a) cuando el recurso judicial intentado no procede en forma manifiesta, ya sea porque existe un precepto legal que expresamente lo impide, como es el caso por ejemplo del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que advierte que no cabe recurso alguno (SSTC 115/2005, de 9 de mayo, y 325/2006, de 20 de noviembre); b) cuando el recurso intentado ni siquiera está previsto legalmente, como es el caso contemplado en la STC 41/2009, de 9 de febrero, que censura por ese motivo la interposición de un recurso de casación por infracción procesal no previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor; c) cuando, conforme a la regulación legal, no cabe igualmente en forma manifiesta por no reunir objetiva, clara e inequívocamente el caso considerado, y, con entera independencia de la concreta conducta procesal observada por el recurrente a la hora de formalizarlo, los correspondientes requisitos de procedibilidad; aplicando este criterio el Tribunal ha concluido, por ejemplo, que es manifiestamente improcedente, y por lo tanto revela un comportamiento dilatorio, la interposición de un recurso de casación en un asunto cuya *summa gravaminis* no alcanza indiscutidamente la cuantía mínima exigible legalmente para acceder al recurso (SSTC 160/2005, de 20 de junio, FJ 4; y 114/2009, de 14 de mayo, FJ 1), o cuando se interpone un recurso no previsto por razón de la materia del proceso (STC 10/2006, de 16 de enero, FJ 3), o en contra del régimen legal de recursos (STC 103/2006, de 3 de abril, FJ 2). O también, en fin, acudir al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LOPJ para reparar una lesión constitucional que pudo y, de hecho, debió denunciarse en un momento procesal anterior (ATC 238/2009, de 21 de septiembre, FJ 3), o que ya lo había sido previamente (ATC 42/2010,

28. SSTC 153/2004, de 20 de septiembre (RTC 2004, 153); 227/2006, de 17 de julio (RTC 2006, 227), y 289/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 289).

de 12 de abril); d) cuando se utiliza indebidamente el cauce impugnatorio, de forma manifiestamente incompatible con la función institucional del correspondiente remedio procesal: por ejemplo, se utiliza el recurso de aclaración previsto en el art. 267 de la LOPJ no para aclarar algún concepto oscuro o corregir algún error material, sino, lisa y llanamente, “para volver a analizar el objeto del recurso o para pretender alterar la fundamentación jurídica de la resolución o el sentido del fallo de volver sobre las cuestiones ya decididas por la resolución recurrida e intentar por esa vía que el órgano judicial varíe los presupuestos de su decisión (AATC 418/1997, de 17 de diciembre, FJ 2, y 51/2004, de 17 de febrero, FJ 2; y STC 94/2006, de 27 de marzo, FJ 3), o en aquellos supuestos en los que se interpone el recurso extraordinario para la unificación de doctrina sin que *ex ante* existan “sentencias de contraste susceptibles de fundamentar su interposición”, y, por tanto, prescindiendo por completo “de la finalidad de procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico” (ATC 64/2007, de 26 de febrero, FJ 2; y SSTC 60/2004, de 19 de abril, FJ 3, y 56/2008, de 14 de abril, FJ 2).

### 3.2.2

#### El incidente excepcional de nulidad de actuaciones y recurso de amparo

La reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 ha supuesto una restricción del ámbito objetivo del recurso de amparo, que tiene como finalidad última una distribución del papel de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales, en el sentido de reforzar el papel atribuido a los tribunales ordinarios y reconducir la función hasta ahora desempeñada por el Tribunal Constitucional, limitándolo a los supuestos que justifiquen su intervención por la especial trascendencia constitucional del recurso.

Es en esta línea de la reforma donde se enmarca la nueva regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, introduciéndose requisitos procesales de mayor rigidez para el acceso al amparo constitucional, entre los cuales se encuentra ahora la interposición previa del incidente excepcional de nulidad de actuaciones contra la sentencia o resolución definitiva.

Así se infiere de lo dispuesto en el art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece, como requisito para la interposición del amparo en las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, el de “que se hayan agotado todos los medios de

impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”, entre los cuales se incluye la solicitud de nulidad de actuaciones por vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Precisamente el carácter preceptivo del incidente de nulidad para el acceso al amparo, es el que refuerza el papel de los tribunales ordinarios en orden a la protección de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En este punto, como indica la STC 155/2009<sup>29</sup>, el recurso de amparo, si bien en todo caso sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, el legislador lo ha configurado como subsidiario en el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los jueces y tribunales, como guardianes naturales y primeros de dichos derechos, a los que confiere un mayor protagonismo en su protección con la ampliación del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LOPJ, y que resulta culminado por el Tribunal Constitucional, que, además de garante último de la Constitución, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 de la CE y 1.1 de la LOTC).

Por tanto, y a la hora de analizar el incidente de nulidad de actuaciones, debe tenerse en cuenta la nueva dimensión cualitativa que adquiere en la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en cuanto que requisito previo para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Así lo indica el Tribunal Constitucional, entre otros, en auto de 25 de enero de 2010<sup>30</sup>, que indica que han de agotarse todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales frente a la resolución que supuestamente la origina, entre los cuales se encuentra el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la LOPJ, establecido como instrumento ciertamente excepcional para que los tribunales desempeñen con plenitud su función ordinaria de primeros garantes de los derechos fundamentales, según recuerda el preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 se ha planteado una problemática específica en este punto en relación con el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 241 de la LOPJ. Este incidente juega como trámite preceptivo para el agotamiento de la vía judicial en los casos en que procede, pero su interposición también puede producir el efecto negativo de no interrumpir el plazo de interposición del recurso de amparo cuando se plantea de forma improcedente.

---

29. STC 155/2009, de 25 de junio (RTC 2009, 155).

30. ATC 10/2010, de 25 de enero (RTC 2010, 10 AUTO).

La cuestión de la procedencia del incidente del art. 241 de la LOPJ radica esencialmente en si se ha producido la denuncia de la vulneración del derecho fundamental antes de recaer la resolución que pone fin al proceso, de tal manera que si ya se ha denunciado la lesión no es procedente la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el plazo no se interrumpe.

### **A) EL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES: NATURALEZA**

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones aparece regulado en los arts. 241 de la LOPJ y 228 de la LEC, y está previsto para la impugnación de resoluciones que han puesto fin al proceso y que no son susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, el ámbito objetivo del incidente excepcional se ha ampliado, puesto que el art. 241.1 de la LOPJ admite su planteamiento por vulneración de derechos y libertades fundamentales señalados en el art. 53.2 de la CE, precepto este que es de aplicación al proceso civil aunque no se haya reformado el art. 228 de la LEC.

Este incidente fue introducido por las leyes orgánicas 5/1997, de 4 de diciembre, y 13/1999, de 14 de mayo, y respondía a la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada, entre otras, en la STC 185/1990<sup>31</sup>, que había indicado que era necesario arbitrar algún medio o procedimiento en sede de jurisdicción ordinaria para hacer valer la nulidad de los actos procesales, después de haber alcanzado firmeza la resolución que puso fin a los mismos, sin tener que acudir al recurso de amparo, atendida la subsidiariedad de este y ante el considerable volumen de recursos que se venían acumulando.

En esta línea se produjo la citada reforma de la Ley Orgánica 6/2007, que, a su vez, restringe significativamente el ámbito objetivo del recurso de amparo constitucional, de forma que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones es una etapa previa al recurso de amparo en los casos en que el mismo resulte admisible, siendo en los demás casos en que el amparo no es admisible el remedio último para reparar la vulneración de un derecho o libertad fundamental, ocasionada en el curso de un proceso.

Como se ha indicado, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el ámbito objetivo por el cual puede solicitarse la nulidad de la sentencia o resolución definitiva dictada en un proceso se ha ampliado, de forma que la nulidad puede fundarse en cualquier vulneración de un derecho

---

31. STC 185/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 185).

fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución. Así lo establece el art. 241.1 de la LOPJ, que indica: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

Por tanto, la nulidad de actuaciones puede fundarse en la vulneración de cualquiera de los derechos indicados en el art. 53.2 de la Constitución, que son concretamente los derechos y libertades reconocidos en el art. 14 de la Constitución y la sección primera del capítulo segundo (arts. 15 a 29), así como el derecho de objeción de conciencia reconocido en el art. 30 de la Constitución.

En la práctica, es obvio que la mayor parte de estos incidentes excepcionales siguen planteándose por vulneración del art. 24 de la Constitución, y más concretamente por la alegación de infracción procesal que ha ocasionado indefensión no reparable, por no ser posible interponer recurso ordinario ni extraordinario contra la resolución cuya nulidad se pretende.

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones tiene carácter subsidiario, de tal manera que no es posible su planteamiento cuando la sentencia o resolución definitiva sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario. Lógicamente, de ser susceptible de recurso, deberá interponerse el mismo conforme a las normas procesales correspondientes, de modo que si, en lugar de deducirse el oportuno recurso, se plantea el incidente de nulidad, se incurrirá en una causa de inadmisión que desde luego podrá ser decretada por el tribunal.

El carácter excepcional del incidente se explica por el hecho de que se dirige contra una sentencia o resolución firme, con el consiguiente quebranto que ello puede suponer en la cosa juzgada, por lo que los motivos son rigurosamente tasados.

Ello explica, por una parte, que en la regulación legal se prescriba la inadmisión *in limine* en el caso de que se inste cualquier incidente en el que se pretendan suscitar otras cuestiones que no sean la de reparar la vulneración de un derecho fundamental que no pudo denunciarse en el proceso (*cf.* arts. 241.1 de la LOPJ y 228.1 de la LEC). Por otra parte, los motivos son rigurosamente tasados, de forma que han de cumplirse los requisitos subjetivos, objetivos y formales establecidos en los arts. 241 de la LOPJ y 228 de la LEC. Por último, la Ley procura evitar que el incidente pueda convertirse en instrumento para eludir la eficacia de la sentencia o resolución firme, y de ahí que se establezca

que su admisión a trámite no determinará que se suspenda la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad (*cf.* arts. 241.2 de la LOPJ y 228.2 de la LEC); asimismo, por este mismo motivo se prescribe la inadmisibilidad de recurso alguno contra la decisión por la que se acuerde no haber lugar a la admisión a trámite del referido incidente, no siendo recurrible ni tan siquiera en vía de recurso de reposición.

### **B) PLANTEAMIENTO DEL INCIDENTE**

La nueva configuración del incidente de nulidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 plantea conflictos aplicativos, tanto en orden a su adecuada utilización para el correcto agotamiento de la vía judicial como respecto de su funcionalidad como mecanismo reparador de la lesión constitucional.

En este apartado haremos referencia a la jurisprudencia que se remite al incidente como requisito procesal *ex* art. 44.1.a) de la LOTC, así como a la patología de su utilización indebida, que puede dar lugar a la extemporaneidad del recurso *ex* art. 44.2 de la LOTC.

En el primero de los aspectos relativo al debido agotamiento de la vía judicial *ex* art. 44.1.a) de la LOTC, en las anteriormente citadas SSTC 41/2014, de 24 de marzo, y 57/2014, de 5 de mayo, se examinan sendos supuestos de falta de agotamiento por no interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

El óbice procesal surge por la denuncia de incongruencia omisiva formulada por los recurrentes en amparo, al entender que la sentencia impugnada de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no había dado respuesta a la auténtica cuestión planteada en el proceso *a quo*, y había identificado defectuosamente el objeto procesal.

El Tribunal aprecia el óbice de falta de agotamiento por cuanto los demandantes de amparo, considerando que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo incurría en los déficits descritos, debieron acudir al cauce procesal del incidente, el cual podría haber dado lugar a la reparación de la lesión de incongruencia que denunciaban en el proceso, y con ella, por quedar íntimamente conectada, de la pretendida vulneración que invocaban en cuanto a la resolución del fondo del asunto.

La equivalencia entre las alegaciones de incongruencia y/o falta de motivación-preceptividad del incidente para el debido agotamiento resulta matizada en la STC 46/2014, de 7 de abril, lo que pone de manifiesto que el agotamiento de la vía judicial debe examinarse caso por caso.

En la citada STC 46/2014 se descarta que la alegación incongruencia-falta de motivación contra la última de las sentencias recurridas implique

necesariamente la falta de agotamiento. En el FJ 2.b) se desestima el óbice opuesto por el abogado del Estado con fundamento en la función del incidente, que no es otra que brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional, concluyendo que no es preciso el incidente de nulidad de actuaciones contra la última sentencia, dictada en apelación, para reparar una lesión que ya ha sido previamente denunciada, puesto que fue el objeto del debate procesal<sup>32</sup>.

La STC 117/2014, de 8 de julio, examina el ámbito del incidente y su conexión con los derechos invocados en el proceso, rechazando que el incidente pueda servir para introducir *ex novo* la vulneración de derechos fundamentales que no habían sido alegados previamente en el proceso.

Esta sentencia inadmite parcialmente el recurso en cuanto a determinados derechos fundamentales no invocados en el curso ordinario del proceso, pero que fueron invocados en el escrito promoviendo la nulidad de actuaciones frente a esa sentencia, con base en dos argumentos: i) la falta de invocación previa supone una inicial pasividad de la parte, no subsanable en el incidente; y ii) el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solamente permite denunciar por vía del incidente excepcional vulneraciones que no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso.

En la STC 169/2013, de 7 de octubre, se aborda la cuestión relativa a los incidentes contra sentencias de suplicación una vez inadmitido el recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social. El Tribunal viene exigiendo reiteradamente que se interponga el incidente tras la inadmisión de la casación unificadora por falta de contradicción cuando se impute la lesión a la sentencia de suplicación<sup>33</sup>.

---

32. En la sentencia comentada se razona que no es preciso el incidente de nulidad de actuaciones contra la última sentencia, dictada en apelación, pues no puede considerarse que el acceso a la jurisdicción constitucional se haya producido *per saltum*, es decir, “sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional” (SSTC 141/2011, de 26 de septiembre de 2011, FJ 2, y 1/2013, de 14 de febrero, FJ 2). Es más, dado que lo que se pide al Tribunal de apelación es precisamente que se pronuncie sobre las citadas alegaciones sustanciales, alegándose además que de lo contrario se le produce indefensión, el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones en este caso habría podido suponer un alargamiento de la vía (por razones similares a las que llevaron a esta conclusión en la STC 17/2012, de 13 de febrero, FFJJ 3 y 4), pues no procede acudir al incidente de nulidad de actuaciones para reparar una lesión que ya ha sido previamente denunciada (ATC 42/2010, de 12 de abril, FJ 2).

33. En la sentencia comentada se cita la doctrina de las SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 140/2006, de 8 de mayo, FJ 2, y 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 6.

En el caso se analiza un supuesto singular de interposición de un segundo incidente de nulidad contra la misma sentencia de suplicación dictada por el órgano judicial laboral. El recurrente había simultaneado un primer incidente con el recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y posteriormente, una vez inadmitido el recurso de casación unificadora, interpuso un segundo incidente denunciando incongruencia omisiva de la sentencia de suplicación. En la sentencia se desestima el óbice opuesto por el Ministerio Fiscal, por dos razones principales: i) de un lado, que el planteamiento simultáneo del primer incidente del art. 241 de la LOPJ y el recurso de casación no tuvo incidencia temporal en el curso de este, pues no paralizó ni afectó en medida alguna a su tramitación, por lo que careció de efecto de prolongación indebida del proceso; expresando acaso, todo lo más, una actuación procesal insegura o vacilante; y ii) en el orden social, antes de impetrar el amparo constitucional, tras la inadmisión por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del recurso de casación para la unificación de doctrina, es necesario interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial de suplicación al que se imputa la lesión.

Finalmente, las SSTC 118/2014, de 8 de julio, y 128/2014, de 21 de julio, analizan la preceptividad del incidente en los casos de amparos contra sentencias desestimatorias de la impugnación del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, donde se estima que, en principio, no es preceptivo el incidente por tratarse de un amparo del art. 43 de la LOTC, al tratarse de una impugnación de una resolución de naturaleza administrativa –la dictada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita–.

En este punto parece que no hay duda de que los amparos del art. 43 de la LOTC no exigen en ningún caso la interposición del incidente, puesto que no se ha producido lesión adicional en el previo proceso judicial.

#### 4

### **Requisitos de la demanda: la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso**

El requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso puede contemplarse desde la perspectiva de parte, como requisito de la demanda *ex* art. 49.1 de la LOTC (*v. gr.* justificación), o desde la perspectiva del Tribunal, como requisito imprescindible para la admisión del recurso *ex* art. 50.1.b) de la LOTC (*v. gr.* existencia).

## 4.1

### La especial trascendencia como requisito procesal

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, el Tribunal Constitucional viene exigiendo rígidamente que en la demanda de amparo se justifique que la lesión denunciada posee especial trascendencia constitucional, lo cual requiere de un esfuerzo argumental por parte del demandante como condición de admisibilidad del recurso.

En este sentido, el Tribunal Constitucional interpreta que es necesario un razonamiento específico, el cual es exigido por el art. 49.1 de la LOTC, de manera que no basta la simple y abstracta mención de que el recurso reviste especial trascendencia constitucional<sup>34</sup>; según expresa el ATC 184/2010, de 29 de noviembre, la mención o anuncio de la especial trascendencia constitucional del recurso no satisface la carga de justificación establecida por el art. 49.1 de la LOTC, si no va seguida de una argumentación específica.

También ha precisado que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso es algo distinto a razonar la existencia de vulneración de un derecho fundamental<sup>35</sup>. En definitiva, se trata de que en la demanda se deben expresar las razones que permitan hacer apreciar que el recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental invocado en la demanda, criterios estos establecidos en el art. 50.1.b) de la LOTC.

Es preciso que dicha carga se cumpla necesariamente en la demanda de amparo (SSTC 155/2009, de 25 de junio, y 176/2012, de 15 de octubre), tratándose de un requisito que se configura no solo como una carga procesal de la parte, sino también como un “instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda” (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). La ausencia de justificación en la demanda es insubsanable, toda vez que “la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo” (ATC 188/2008, de 21 de julio).

---

34. AATC 188/2008, de 21 de julio, y 187/2010, de 29 de noviembre.

35. AATC 289/2008, de 22 de septiembre, y 284/2009, de 17 de diciembre.

En lo que es el contenido de la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (en adelante, ETC), el Tribunal Constitucional exige que venga referida a los criterios predeterminados por el Tribunal Constitucional en la STC 155/2009, de 25 de junio<sup>36</sup>.

La STC 47/2014, de 7 de abril, recuerda la doctrina consolidada que precisa que el demandante debe argumentar explícitamente que el amparo solicitado tiene una proyección objetiva, y colaborar con este Tribunal en la tarea de identificarla, conectando materialmente las vulneraciones denunciadas con los criterios establecidos en el art. 50.1 b) de la LOTC y desarrollados en el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, que dotarían de trascendencia al recurso<sup>37</sup>. Distingue la sentencia comentada lo que es carga de la parte, justificar la especial trascendencia (art. 49.1, *in fine*, de la LOTC), de lo que es función del Tribunal, apreciar la propia existencia de la ETC [art. 50.1 b) de la LOTC]<sup>38</sup>. En el caso, el Tribunal residencia la ETC en pronunciarse sobre la “eficacia frente a las partes procesales de las resoluciones gubernativas emitidas por los órganos judiciales”.

En la práctica del Tribunal observamos que el análisis de la ETC, tanto en el plano de la justificación –requisito procesal de la demanda– como en el de la existencia –decisión del órgano de admisión–, generalmente se exterioriza en la sentencia cuando alguna de las partes opone el óbice de justificación insuficiente o de falta de ETC del recurso.

Así, en relación con el óbice de falta de justificación, en la STC 212/2013, de 16 de diciembre, tras reiterar que los presupuestos para la viabilidad del recurso pueden volverse a abordar o reconsiderar en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos, criterio que también rige cuando se trata de la carga de justificación de la especial trascendencia constitucional que corresponde al recurrente, matiza dicha afirmación cuando se refiere a la prudencia con que debe conducirse este Tribunal para apreciar la falta de ese requisito en el trámite de sentencia (FJ 2).

36. Los criterios predefinidos en el FJ 2 de la STC 155/2009 son: a) nueva doctrina sobre un problema o faceta de un derecho fundamental (STC 47/2014, de 7 de abril); b) aclaración o cambio de doctrina (STC 46/2014, de 7 de abril); c) vulneración ley o disposición gral. (STC 122/2013, de 20 de mayo); d) interpretación jurisprudencial lesiva (STC 167/2013, de 7 de octubre); e) incumplimiento generalizado doctrina Tribunal Constitucional o resoluciones contradictorias; f) negativa acatamiento (STC 11/2014, de 27 de enero); y g) cuestión relevante y general repercusión social, económica o política.

37. Se cita la doctrina de las SSTC 170/2011, de 3 de noviembre, FJ 3, y 176/2012, de 15 de octubre, FJ 4.

38. En este punto, en la sentencia comentada se cita la STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 2, que expresa que “corresponde únicamente a este Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa ‘especial trascendencia constitucional’”.

Pese a que los defectos en la justificación de la ETC en la demanda de amparo dan lugar a la inadmisión de un gran número de recursos, lo cierto es que el Tribunal es muy flexible en cuanto al cumplimiento de dicho requisito procesal. Así, la flexibilización del rigor formal de requisito procesal resulta expresada en la STC 126/2014, de 21 de julio, al afirmar que la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, sino que debe explicitar la proyección objetiva del amparo solicitado, traduciendo en el plano formal (art. 49.1 de la LOTC) la exigencia material de la especial trascendencia constitucional del asunto exigida en el art. 50.1 b) de la LOTC, si bien, siempre, evitando un excesivo formalismo y aplicando criterios de flexibilidad<sup>39</sup>. En la misma línea, las SSTC 118/2014, de 8 de julio, y 128/2014, de 21 de julio, flexibilizan el requisito procesal, al desestimar el óbice en el caso de una demanda de amparo que no incluye un apartado dedicado a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, pero que recoge en su argumentación un razonamiento suficiente en relación con uno de los motivos de especial trascendencia constitucional conforme a lo establecido en la STC 155/2009, de 25 de junio.

En definitiva, como indica la STC 77/2015, de 27 de abril, ese deber de justificar de modo suficiente la especial trascendencia constitucional del recurso “tiene un alcance instrumental, en cuanto se dirige a proporcionar al Tribunal elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de la demanda”, si bien el recurrente debe realizar un mínimo esfuerzo argumental en el cual disocie adecuadamente los argumentos dirigidos a evidenciar la existencia de la lesión del derecho fundamental y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional (SSTC 1/2015, de 19 de enero, FJ 2, y 23/2015, de 16 de febrero, FJ 2), cumpliendo así con el requisito derivado del art. 49.1 de la LOTC.

## 4.2

### La apreciación de la especial trascendencia constitucional

En cualquier caso, y como se ha indicado, debe distinguirse el requisito formal (justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso en la demanda *ex* art. 49.1 de la LOTC) del requisito sustantivo o de contenido (*v. gr.* efectiva trascendencia constitucional del recurso), el cual se valora en

---

39. En la sentencia comentada se citan los precedentes de la STC 17/2011, de 28 de febrero, y los AATC 264/2009, de 16 de noviembre, y 28/2013, de 11 de febrero.

sede de admisión constatado el cumplimiento del requisito formal, pudiendo resultar inadmitido el recurso de amparo por la carencia de cualquiera de los dos requisitos<sup>40</sup>.

El requisito de especial trascendencia constitucional del recurso viene desarrollado en el art. 50.1.b) de la LOTC, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, disponiendo que “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación y contenido de los derechos fundamentales”. La doctrina ha entendido que ello supone una objetivación del amparo constitucional, que lo aproxima al *certiorari* norteamericano<sup>41</sup>, desprovisto de elementos subjetivos, si bien tal afirmación resulta matizada por los criterios predefinidos en la STC 155/2009.

Por impulso de la STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón c. España, el Tribunal en la actualidad viene expresando el motivo de ETC en el cual encaja su decisión por cuanto ello constituye una exigencia de certeza, haciendo así reconocibles los criterios de aplicación empleados al respecto por el Tribunal Constitucional a la hora de admitir el recurso.

Desde la perspectiva de la decisión sobre la apreciación de la ETC, exclusiva del Tribunal, la STC 46/2014, de 7 de abril, reitera que la ETC se predica del recurso, y no de cada uno de los motivos en concreto, afirmando, con cita de la STC 2/2013, de 14 de febrero, FJ 3, que una vez admitido el recurso, por apreciarse la especial trascendencia constitucional, no es posible seleccionar los motivos que deben ser objeto de enjuiciamiento en el proceso, pues la especial trascendencia constitucional se exige del recurso y no de cada uno de los motivos en concreto.

En el juicio decisorio de la ETC, y desde que se dictara la STC 155/2009, el Tribunal se ha vinculado a los criterios expresados en los diferentes apartados de la citada sentencia, los cuales va perfilando en sede aplicativa cuando exterioriza el razonamiento sobre la ETC en sus resoluciones.

Así, con fundamento en el apartado a) del FJ 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, el Tribunal ha apreciado la especial trascendencia en diferentes recursos donde se aplicaba el nuevo marco normativo de los actos de comunicación tras las reformas procesales civiles de 2009, concretamente las operadas por las leyes 13/2009, de 3 de noviembre, y 19/2009, de 23 de noviembre.

---

40. AATC 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre.

41. Por todos, ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pág. 19.

En el ATC 164/2013, de 9 de septiembre, se funda la ETC en el nuevo marco normativo del procedimiento de desahucio derivado de las reformas legislativas de 2009, lo que permite ofrecer una interpretación *secundum constitutionem* de la normativa rectora de los actos de comunicación procesal a partir de la normativa aplicable específicamente a los desahucios derivados del impago de rentas de alquiler.

En el mismo sentido, la STC 126/2014, de 21 de julio, también concreta la ETC en la necesidad de que el Tribunal se pronuncie sobre el nuevo marco normativo derivado de la reforma de la LEC operada por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, y por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de una nueva oficina judicial, que otorgan una nueva redacción a los arts. 155 y 156 de la LEC, pues tales preceptos habían servido de fundamento al órgano judicial para entender que era conforme a la legislación vigente el intento de notificación de la celebración de la subasta en el domicilio que constaba en el título ejecutivo, y, no hallándose a la ejecutada en dicho domicilio, acudir a la vía edictal, por lo que la interpretación otorgada a la reforma por el órgano jurisdiccional presentaba un riesgo de conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, según la doctrina constitucional en materia de actos de comunicación y acceso al proceso.

En relación con el apartado b) del FJ 2 de la STC 155/2009, la STC 173/2013, de 10 de octubre, apreció la ETC en un supuesto de despido de trabajadora embarazada en el que no consta que la empresa conociera el estado de gestación, que el art. 55.5 b) de la LET sanciona con declaración de nulidad, y que se pretendía que se aplicara también al supuesto de la extinción del contrato en el período de prueba, con el argumento de que el enjuiciamiento del caso permite al Tribunal aclarar o precisar [supuesto de la letra b) de la STC 155/2009, de 25 de junio, supuesto b)] la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas en los que el empresario ignorase el estado de gestación de la trabajadora, determinando si el contenido y alcance de esa doctrina puede ser extendido a otros supuestos de extinción contractual distintos del despido y, más concretamente, al supuesto del desistimiento empresarial durante el período de prueba, que es el aspecto novedoso que presentaba este recurso de amparo.

En relación con el apartado c), podemos citar la STC 101/2015, de 25 de mayo, que analizaba una cuestión relativa a las decisiones de inadmisión a

trámite del incidente excepcional de nulidad de actuaciones. La citada sentencia afirma que, según la doctrina del Tribunal, los órganos judiciales, a la vista de la ordenación del recurso de amparo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, deben realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, motivando suficientemente su decisión, puesto que la reforma ha acentuado la función de los tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria.

El incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que el Tribunal puede observar es grave, carece de justificación y dota de especial trascendencia constitucional a este recurso, y así, en relación con esta misma cuestión, entre otras, se ha pronunciado recientemente en las SSTC 153/2012, de 16 de julio, 9/2014, de 27 de enero, y 204/2014, de 15 de diciembre.

De ese modo, concurre el motivo de especial trascendencia constitucional recogido en el apartado e) del FJ 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, esto es, que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo reiterado por la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, en relación con el apartado f) del FJ 2 de la STC 155/2009, el voto particular concurrente de la STC 11/2014, de 27 de enero, formulado por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, al que se adhirieron los magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Andrés Ollero Tassara, plantea la necesidad de un desarrollo más depurado del motivo de ETC consistente en el desconocimiento manifiesto del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional por parte del órgano de la jurisdicción ordinaria recogido en el citado apartado f), del fundamento jurídico 2, de la citada STC 155/2009. En el caso se había planteado una solución del órgano judicial distinta en un asunto sustancialmente idéntico a los decididos por el Tribunal en las SSTC 103/2005 y 67/2009. En la resolución recurrida no se recogía una negativa expresa a aplicar dicha doctrina, pero la parte había puesto de manifiesto esta doctrina constitucional en el proceso *a quo* sin que hubiera sido aplicada. En el voto concurrente, tras hacer referencia a los antecedentes de las SSTC 1/2013, de 14 de enero, FJ 2, y 32/2013, de 11 de febrero, y de los AATC 26/2012, de 31 de enero, y 141/2012, de 9 de julio, plantea la necesidad de clarificar el supuesto de negativa manifiesta a que se refiere el apartado f) a fin de determinar si esta negativa ha de ser necesariamente expresada o explícita, o si por el contrario también puede darse de forma implícita.

En definitiva, corresponde únicamente al Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al art. 50.1 b) de la LOTC, a “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (entre otras, STC 95/2010, de 15 de noviembre, y STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 2).



QDL39

**Ponencias,  
crónicas  
y notas**

# La evaluación integral, la transparencia y la comunicación en la promoción de servicios públicos

IGNACIO ARACIL ÁVILA  
*Socio Director ARGON Consultores*

MARÍA MONTERO CAMPOS  
*Planificación e Inversión Responsable ARUP*

1. **Introducción**
2. **Los impactos generados por los contratos públicos**
  - 2.1. Impactos económicos y financieros
  - 2.2. Impactos presupuestarios
  - 2.3. Impactos sociales
  - 2.4. Impactos medioambientales
3. **El análisis y la medición de los impactos**
4. **La sostenibilidad como objetivo ineludible**
5. **La transparencia en el proceso y la comunicación**

## Resumen

Los proyectos de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos generan numerosos impactos (sociales, medioambientales, culturales) a tener en cuenta en el proceso de evaluación y de toma de decisiones. Esta visión hacia la sostenibilidad y el desarrollo en el largo plazo, tanto pre-

---

*Artículo recibido el 10/07/2015; aceptado el 08/09/2015.*

supuestaria y financiera como de desarrollo económico y social, solo será posible con una correcta evaluación y seguimiento de los contratos públicos.

La medición de los impactos que producen estos contratos debe realizarse de forma correcta, con el fin de que los resultados generados faciliten una interpretación razonable y su correspondiente toma de decisiones.

El desarrollo y prestación de los servicios públicos, con o sin infraestructura vinculada, requiere así de un análisis global de los citados aspectos, fomentando la consideración no solo de la rentabilidad financiera, sino también de los restantes impactos internos y externos, con el fin de generar un valor añadido y una mayor afección de los ciudadanos por el uso de sus recursos.

Palabras clave: *infraestructuras, equipamiento y servicios públicos; evaluación de proyectos públicos; sostenibilidad integral; sostenibilidad presupuestaria; análisis de impactos; medición de impactos; desarrollo económico; transparencia; Value for Money.*

### ***The comprehensive impact assessment, transparency and the communication in the context of public services***

#### **Abstract**

*The projects on infrastructures, public equipment and services generate many impacts (social, environmental, cultural, etc.) which should be considered in the assessment and the policymaking processes. This new view towards a long term sustainability and development, understood from the budgetary, financial, social and economic development perspectives, it will be only possible through an accurate assessment and a strict control of public contracts.*

*The evaluation of the impacts generated by these contracts should be done correctly with the aim of carrying out a reasonable analysis which subsequently will allow to take the corresponding decision.*

*The promotion and development of public services, either with or without a related infrastructure, require a global analysis of the above mentioned impacts to emphasize both the financial profitability and the other*

*internal and external impacts. The main goal of this procedure is to generate added value and a stronger involvement of citizens in the use of public funds.*

*Keywords: infrastructures, public equipment and services; public projects assessment; global sustainability; budgetary sustainability; impact assessment; impact evaluation; economic development; transparency; Value for Money.*

## 1

### Introducción

*Demasiado y durante demasiado tiempo, parecía que habíamos cambiado la excelencia personal y los valores de la comunidad por la mera acumulación de cosas materiales. Nuestro producto nacional bruto [...] cuenta la contaminación del aire y la publicidad de los cigarrillos, y las ambulancias que borran la carnicería de nuestras carreteras. Cuenta las cerraduras especiales para nuestras puertas y las cárceles para las personas que las rompen. Cuenta [...] la pérdida de nuestras maravillas naturales resultado de un caótico crecimiento. Cuenta el napalm y cuenta las ojivas nucleares [...]. A pesar de ello, el producto nacional bruto no permite medir la salud de nuestros hijos o la calidad de su educación. No incluye la belleza de nuestra poesía [...] o la integridad de nuestros funcionarios públicos. Tampoco mide ni nuestra inteligencia ni nuestro valor, ni nuestra sabiduría ni nuestro aprendizaje, ni nuestra compasión ni nuestra devoción a nuestro país; en definitiva mide todo, salvo lo que hace que la vida valga la pena.*

Estas palabras, extracto del discurso de Robert Kennedy en la Universidad de Kansas en 1968, semanas antes de ser asesinado, pretenden destacar la necesidad de ampliar los criterios a tener en cuenta en el desarrollo de nuestra sociedad, no solo contemplando los retornos económicos y financieros, sino también aspectos sociales, medioambientales, culturales. Sin embargo, esta visión hacia la sostenibilidad y el desarrollo en el largo plazo, tanto presupuestaria y financiera como de desarrollo económico y social, solo será posible con una correcta evaluación y seguimiento de los contratos públicos, y que estos se rijan por criterios exclusivamente técnicos, económicos y financieros,

La escasez de recursos financieros, el propósito de desarrollo social y la obligada transparencia de la Administración, sugieren la necesidad de realizar

unos procesos de planificación y evaluación rigurosos, analizando los diferentes impactos a generar y aplicando únicamente criterios técnicos y económicos con visión de largo plazo.

Los aspectos fundamentales que se desarrollan en este artículo son los siguientes:

- i) Los proyectos de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos generan numerosos impactos a tener en cuenta en el proceso de evaluación y de toma de decisiones: impactos económico-financieros, presupuestarios, sociales, medioambientales, etc. Por ello, tales iniciativas deben organizarse adecuadamente en función de sus prioridades y evaluarse en función de la finalidad a la que están destinadas.
- ii) La medición de los impactos que producen estos contratos, y su evaluación, deben realizarse con una correcta selección de los criterios, de sus ponderaciones y de los indicadores de medición, de forma que los resultados generados faciliten una interpretación razonable y su correspondiente toma de decisiones.
- iii) Tanto la citada evaluación como el posterior seguimiento de los contratos deben tener en cuenta la limitación de la disponibilidad de los recursos de todo tipo, lo que exige una buena planificación para conseguir la sostenibilidad –presupuestaria, económica, ambiental, social– como objetivo fundamental de toda Administración.
- iv) Finalmente, y como gestoras de los recursos públicos de los contribuyentes, las Administraciones Públicas deben esforzarse en la comunicación con los ciudadanos, en un marco de transparencia de la gestión y del uso de tales recursos, aportando una información clara, sencilla y rigurosa.

Habitualmente, los procesos de evaluación y estudios previos de los futuros contratos se realizan de manera independiente en sus diferentes ámbitos, y en algunos casos no se realizan de manera rigurosa –o, simplemente, no se realizan– algunos de los necesarios análisis. Toda inversión razonable en estos estudios supondrá la mitigación posterior de sobrecostes o de situaciones adversas, e incluso de contratos fallidos.

Pero no solo deben realizarse todos los estudios que la fase previa aconseje, sino que es conveniente realizar un análisis combinado de los diferentes componentes analizados, con sus correspondientes ponderaciones caso por caso, con el fin de disponer de una visión integral de la conveniencia o no de promover el proyecto, todo ello en aras de la sostenibilidad en su conjunto.

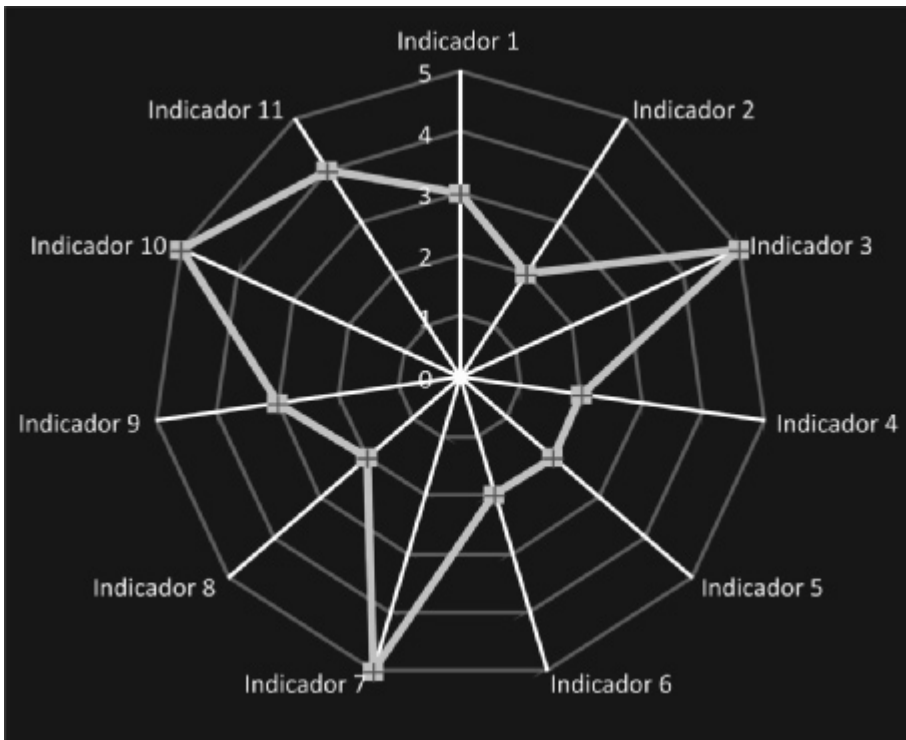
Los cuatro epígrafes siguientes exponen de manera más profusa los aspectos descritos.

## 2

### Los impactos generados por los contratos públicos

La razón de ser de los proyectos de infraestructuras, equipamiento y servicios públicos es la mejora del entorno y de la vida de los ciudadanos, la vertebración del territorio, así como el desarrollo, el aumento de la competitividad, etc.

Todos estos beneficios y ventajas suponen la necesidad de intervención en diferentes ámbitos, lo que provoca alteraciones e impactos diversos (sociales, medioambientales, presupuestarios...) y de diferente signo (positivos y negativos), por lo que debe analizarse no solo qué tipo de impactos se generan, sino en qué cuantía y qué signo, de forma que puedan posteriormente evaluarse, analizando si los impactos negativos son asumibles y se compensan con los positivos o no.



*(Muestra de la metodología de evaluación global E3 Tool desarrollada por ARUP y ARGON Consultores)*

El desarrollo de las infraestructuras y servicios públicos supone la generación de impactos derivados de la intervención en distintos ámbitos, tanto financiero y presupuestario como social, cultural o medioambiental. Por ello, deben tenerse en cuenta todos ellos, en mayor o menor medida, a la hora de iniciar su promoción y estudio.

El objetivo general de las Administraciones Públicas se puede resumir como la gestión de los recursos de los contribuyentes y su uso eficiente en la provisión de los servicios, para hacer del municipio, región o país un lugar con mejores condiciones y calidad de vida para sus ciudadanos. Esa gestión de los servicios debe diferenciar a esa Administración para hacer que sea un destino atractivo para los ciudadanos y los diferentes agentes económicos y sociales. De manera más detallada, los objetivos serían:

- la provisión de los servicios (con sus equipamientos e infraestructuras) requeridos y necesarios;
- la minimización de los impuestos y tasas (presión fiscal) a sus contribuyentes;
- la maximización de la eficiencia y del retorno de los recursos utilizados.

La consecución de estos objetivos en un entorno de dificultad financiera y control del déficit público, requiere destacar un nuevo modo de desarrollar la función pública y la prestación de servicios, proporcionando unos servicios de calidad y mejorando el retorno de los recursos. En conclusión, “hacer más con menos”.

A continuación, se describen los diferentes impactos agrupados por tipología, y que deben ser tenidos en cuenta en los procesos de desarrollo de estos contratos públicos.

## 2.1

### Impactos económicos y financieros

Los principales impactos económicos que se generan por el desarrollo de los contratos públicos son la creación de empleo y de valor añadido bruto e ingresos fiscales, por un lado, y los ahorros de tiempo, de siniestralidad, de contaminación, etc., todos ellos contemplados desde el punto de vista del conjunto de la sociedad, la región, el municipio o el área de influencia del proyecto.

Pero tales impactos positivos deben medirse junto con los costes generados por tales actuaciones, de forma que permitan discernir entre su idoneidad o no.

Por su parte, los impactos financieros fundamentales se contemplan, por un lado, desde la perspectiva del proyecto en sí mismo y de la potencial ren-

tabilidad a generar, tanto desde el punto de vista del proyecto como de los inversores y financiadores del mismo.

Por otro lado, otro impacto financiero crucial está vinculado a los términos y condiciones de las fuentes de financiación, y se centra en la capacidad de atraer tales recursos, por lo que debe realizarse un esfuerzo para hacer atractivo el proyecto a los potenciales proveedores de la financiación. Y este aspecto está vinculado a la distribución y asignación de los riesgos del contrato entre las dos principales partes del mismo: la Administración y el socio privado.

Los impactos económicos y financieros implican la necesidad de analizar convenientemente la demanda futura de usuarios, y de realizar una adecuada estructuración de la financiación y de la distribución de riesgos entre las partes.

Teniendo en cuenta los citados impactos, cabe destacar dos procesos fundamentales a llevar a cabo durante la fase de análisis en el ámbito económico-financiero: (i) las estimaciones de demanda y pronóstico de utilización de la infraestructura o el servicio proyectados, y (ii) la estructuración de la financiación necesaria para su desarrollo.

Así, los estudios de demanda sobre los futuros usuarios/beneficiarios son relevantes no solo en las infraestructuras y servicios cuya remuneración se basa en una tarifa unitaria aplicada sobre una pronóstico de demanda, sino también en los contratos basados en la disponibilidad-calidad del servicio, ya sean las modalidades de contrato realizadas con estructuras de asociación público-privada (“APP”) o con financiación presupuestaria. Variaciones sustanciales en la demanda real respecto de la demanda prevista pueden provocar la insolvencia del operador o el concesionario, o, por el contrario, el encarecimiento innecesario del proyecto para los usuarios o la Administración.

En cuanto al segundo aspecto, una adecuada estructuración financiera supondrá un menor importe a dedicar al coste financiero (y, con ello, un coste total del proyecto más reducido), lo que se traducirá en menores tarifas al usuario o menor coste al contribuyente.

## 2.2

### Impactos presupuestarios

Pero unos impactos económicos y financieros con resultados favorables no son razón suficiente para recomendar la puesta en marcha de una nueva infraestructura, o la contratación de un servicio público con un dimensiona-

miento determinado. Como hemos mencionado, todo ello implica potenciales ingresos fiscales, pero también unos costes y unos riesgos, y, en consecuencia, tiene una repercusión directa en los presupuestos de las Administraciones implicadas.

Con la premisa de que los recursos –de usuarios o contribuyentes– son limitados y de que las Administraciones deben contar con la eficiencia entre sus objetivos, es importante analizar con rigor los efectos potenciales de estas iniciativas públicas en los presupuestos de las Administraciones involucradas.

El desarrollo de infraestructuras y servicios públicos tiene como principal impacto el incremento de los costes, bien como gasto corriente (en el capítulo 2) o bien como inversiones reales (en el capítulo 6) en función del tipo de contrato planteado. A su vez, y en función de la potencial consolidación de dicho contrato con sus presupuestos, también tendrá su efecto en la deuda o pasivos financieros (capítulo 9). Por otro lado, el contrato podría implicar ingresos fiscales para la Administración en función de las figuras impositivas y tasas que sean de su competencia.

En conjunto, debe analizarse el impacto neto de unos y otros efectos presupuestarios y su implicación en los valores y ratios de ahorro bruto, equilibrio corriente, estabilidad presupuestaria... Y dicho análisis debe tomarse en consideración como una parte del análisis global de los diferentes grupos de impactos que generan estas iniciativas.

## 2.3 Impactos sociales

La competitividad de un territorio se circunscribe a diversos factores, entre los que destaca la necesidad de disponer de unas buenas infraestructuras que permitan la comunicación del mismo con otras áreas y la movilidad dentro de ese territorio, y de unas buenas dotaciones y servicios públicos que permitan a su población disfrutar de un estado de bienestar que suponga un marco idóneo para desarrollarse económica, social y culturalmente.

Una sociedad con infraestructuras y servicios de alta calidad ofrece una mayor probabilidad de generar riqueza, formación, innovación y mejora continua, y todo ello redundará en una mayor productividad y calidad de vida, y, con una adecuada gestión, en una mejor distribución.

El retorno de la inversión en infraestructuras y servicios trasciende el impacto económico y presupuestario; una sociedad innova y aporta valor cuando dispone de todas sus necesidades básicas con un alto nivel de calidad.

Por otro lado es preciso asegurar que aspectos como la seguridad y salud, las consecuencias de las expropiaciones, la diversidad, etc. cumplen los estándares de una sociedad justa y avanzada.

## 2.4 Impactos medioambientales

Cualquier nuevo proyecto de inversión requiere un análisis medioambiental que permita asegurar que aspectos como la calidad del aire, biodiversidad, adaptación climática, eficiencia energética y demás indicadores son tenidos en cuenta como hipótesis de partida y otorgándoles la prioridad que el mundo de hoy les concede.

La planificación a largo plazo de infraestructuras y servicios, por parte de cualquier Administración, requiere considerar como claves los impactos medioambientales y la mitigación de los mismos, máxime cuando en los últimos tiempos resulta cada vez más palpable que una inversión responsable va en paralelo con una mayor rentabilidad.

Todas las grandes instituciones de crédito internacionales, así como organizaciones multilaterales, otorgan hoy en día una importancia máxima al respeto al medio, y las políticas sociales y medioambientales forman parte de la agenda de cualquier nueva iniciativa.

Y todo ello está relacionado con los criterios de sostenibilidad, teniendo gran relevancia las políticas con visión de largo plazo que favorezcan una gestión más eficiente y razonable de los recursos.

## 3 El análisis y la medición de los impactos

Si bien para realizar el análisis y medición de los impactos descritos existen diversos procedimientos aplicables de manera independiente (evaluación económica, análisis de viabilidad financiera, análisis de sostenibilidad presupuestaria, análisis de retorno e impacto social, análisis de impacto ambiental...), no es habitual realizar un análisis integral sobre la medición de todos estos impactos.

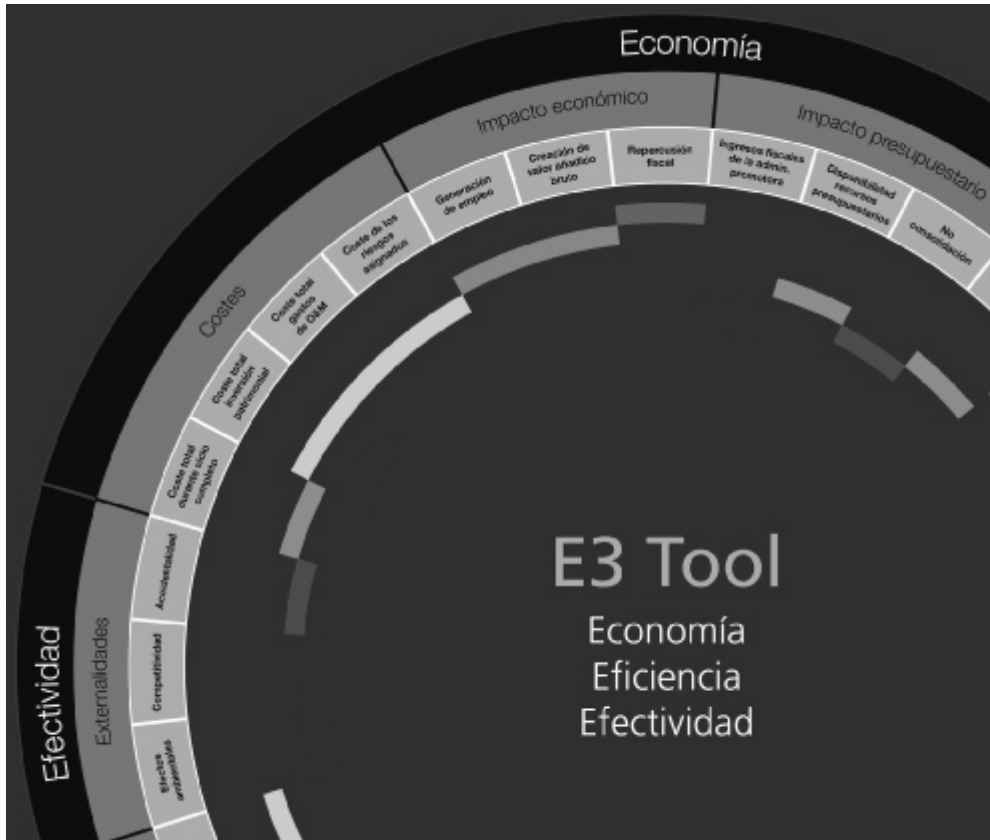
La utilización de las diferentes metodologías debe ser coherente, rigurosa, y basarse en criterios exclusivamente técnicos, económicos y financieros, con visión global de largo plazo que fomente la sostenibilidad, tanto presupuestaria y financiera como de desarrollo económico y social.

La importancia de dicho análisis global integrando los retornos generados por los diferentes impactos, tal como se ha ido explicando en el epígrafe anterior, radica en que aporta una visión de gran interés y utilidad en la toma de decisiones. De este modo, un análisis global sobre la conveniencia de llevar a cabo un proyecto público, no solo debería contemplar la evaluación del retorno económico y financiero, sino incluir también un análisis de impacto interno y un análisis de impacto externo:

- Análisis de impacto interno: incluye aquellos impactos que tienen relación con los aspectos propios de la Administración promotora. Entre ellos, podemos destacar el impacto fiscal en la Administración, los riesgos de consolidación de la deuda del proyecto, la disponibilidad de recursos, el coste de los riesgos retenidos por la Administración, la repercusión contractual, etc. Este grupo de impactos deben evaluarse conjuntamente con el retorno financiero para aportar una visión más completa de la conveniencia o no de llevar a cabo el desarrollo del proyecto.
- Análisis de impacto externo: incluye aquellos impactos que tienen relación con el entorno y ámbito de influencia de la Administración promotora. Entre ellos, podemos citar la razonabilidad de la actuación, la percepción y satisfacción de los usuarios, los efectos medioambientales, el impacto social en movilidad, creación de empleo, etc. Al igual que en el caso anterior, este grupo de impactos deben evaluarse conjuntamente con el retorno financiero y el impacto interno, con el fin de aportar una visión global de la conveniencia o no de llevar a cabo el desarrollo del proyecto.

El proceso de evaluación global debe pretender la mejora continua y la sostenibilidad en el largo plazo, mediante el equilibrio adecuado entre los tres objetivos a lograr por las Administraciones:

- Economía: consiste en la prestación de servicios al coste óptimo, minimizando el coste de los recursos y, por tanto, de las aportaciones de los contribuyentes y de los usuarios.
- Eficiencia: consiste en la prestación de servicios con productividad y rendimiento, diseñando los contratos de la manera más adecuada para una maximización de los retornos a partir de los recursos empleados.
- Efectividad: consiste en la prestación de servicios con la obtención de resultados que generen impactos cualitativos y cuantitativos.



(Muestra de la metodología de evaluación global E3 Tool desarrollada por ARUP y ARGON Consultores)

En resumen, el proceso de evaluación integral debe pretender la mejora continua, la sostenibilidad, la responsabilidad y la transparencia, mediante el equilibrio adecuado entre los tres objetivos a lograr: economía, eficiencia y efectividad; es decir, gastar menos, gastar bien y gastar inteligentemente.

Una vez realizado un análisis preliminar sobre la conveniencia o no de iniciar los estudios previos, en el ámbito del análisis de impactos económicos y financieros conviene distinguir entre la financiación de las infraestructuras y servicios y el pago de los mismos para evitar errores frecuentes. La financiación (presupuestaria o extrapresupuestaria) es el adelanto de los recursos financieros para realizar las inversiones, mientras que el pago supone decidir quién hace frente a sus costes durante la explotación (los usuarios o los contribuyentes).

A este respecto, destaca uno de los procesos de análisis fundamentales, que es el que permite comparar cuál de las vías de financiación, tanto con

modelos tradicionales presupuestarios como con estructuras extrapresupuestarias (APP), es más conveniente. Para ello, no solo deben tenerse en cuenta los potenciales costes estimados durante la vida del contrato, sino también el coste de los riesgos retenidos por la Administración en cada uno de esos modelos. Una de las metodologías habituales es la conocida como “*Value for Money*”, aunque existen metodologías similares –seguramente más intuitivas y aplicables a las particularidades de nuestras Administraciones– que deberían aplicarse.

En España, la metodología de comparación de “Valor por dinero” ha tenido escasa aplicación hasta la fecha, porque imperaban generalmente otros criterios (no consolidación, disponibilidad de recursos extrapresupuestarios...). No obstante, una decisión tan relevante como el tipo de financiación a aplicar y la comparativa de los costes totales previstos requiere inexcusablemente la utilización de alguna de estas metodologías en esta fase del proceso de decisión.

En cuanto al criterio de quién debe pagar estas infraestructuras y servicios públicos, bien los usuarios o bien los contribuyentes, debe huirse de criterios sin fundamento o que pretendan obtener ventajas políticas, debido a las distorsiones y problemas que generan durante su desarrollo. Por el contrario, los criterios deben ser técnicos, económicos y sociales, fomentando la idea del pago por el usuario, lo que mitiga los efectos perversos de las subvenciones cruzadas y de las disfunciones de las curvas de oferta y demanda.

El análisis financiero permitirá conocer si el proyecto es susceptible de ser financiado de manera independiente, sobre la base de que generará flujos financieros positivos durante la vida del mismo que permitan recuperar los recursos invertidos en condiciones de mercado y con una asignación adecuada de los riesgos. Además, nos dará información sobre la potencial necesidad de recursos públicos, tanto en la fase de inversión como en la de explotación. Y es precisamente en estos casos en los que se requiere una evaluación más completa y rigurosa del proyecto que permita justificar, o no, la utilización de tales recursos públicos.

El análisis de sostenibilidad presupuestaria facilita la previsión sobre la evolución estimada de las cuentas públicas de las Administraciones involucradas, proporcionando información sobre las previsiones de estabilidad, el déficit, etc. Todo ello es fundamental a la hora de decidir no solo si acometer o no el proyecto, sino también cuáles son el momento y la estructura de contrato más convenientes.

El análisis social y medioambiental permitirá asegurar el cumplimiento de estándares internacionales que llevan en paralelo un mayor retorno social y económico a largo plazo. Es preciso tener en cuenta la gestión de los grupos

de interés, la participación ciudadana, la eficiencia en el uso de los recursos, la evaluación del riesgo del medio natural, la eficiencia energética. Todos estos factores deben contemplarse no como indicadores a cumplir, sino como aspectos clave en el proceso de planificación de las nuevas inversiones.

Con una visión de este tipo, pero utilizando criterios objetivos y razonables, los proyectos pueden tener un retorno global muy diferente al de un alcance más restrictivo. Esto permitiría la valoración de dichos proyectos por grupos de financiación más novedosos y que están mostrando un fuerte crecimiento en países de nuestro entorno.

## 4

### La sostenibilidad como objetivo ineludible

Tal como se ha puesto de manifiesto en los epígrafes anteriores, no solo es importante el análisis habitual de los diferentes impactos a generar por los contratos públicos, sino que también se consideran relevantes tres evaluaciones adicionales por su escasa aplicación en general:

- La evaluación del impacto social, que tendrá un mayor sentido en determinadas infraestructuras, equipamientos o servicios públicos.
- La evaluación comparativa de la tipología del contrato y la financiación (presupuestaria vs APP) con el fin de seleccionar el modelo más conveniente.
- La imprescindible evaluación integral del conjunto de impactos (financieros, internos y externos) como vía para promover un potencial mayor grado de acierto en la toma de decisiones.

Las infraestructuras y servicios públicos deben contribuir a un desarrollo sostenible, no solo financiero y presupuestario, sino también de la sociedad y el entorno. La evaluación de los proyectos debe, por tanto, incluir el análisis integral de retornos con una perspectiva más ambiciosa.

Teniendo en cuenta los citados objetivos de las Administraciones, se debe fomentar la utilización con visión económica, eficiente y efectiva de los recursos, tanto para que pueda tener repercusión en un mayor número de personas como para que tal repercusión y la capacidad de las Administraciones tengan el mayor grado de sostenibilidad en el largo plazo.

La escasez de recursos públicos, la necesidad de repartir el peso del esfuerzo inversor entre diferentes generaciones, y las eficiencias y sinergias que pueden darse en la colaboración entre los sectores público y privado, han fomentado la profusión de estructuras de APP en los modelos de contratación de las Administraciones.

Un proceso ordenado de desarrollo supondrá ventajas en los territorios, beneficiando a sus habitantes y ciudadanos, y, como retorno de ello, redundando en una mejor consideración de las ciudades y las Administraciones que las gobiernan.

A este respecto, desde hace ya varios años, distintas entidades financieras presentan estadísticas que avalan que aquellos proyectos que se financian teniendo en cuenta aspectos claves de la sostenibilidad son al menos tan eficientes, desde un punto de vista de rentabilidad-riesgo, como la inversión tradicional, si no más. Así, es importante disociar la idea errónea de que mayor sostenibilidad implica menor rentabilidad financiera. Aplicando enfoques de evaluación integral y tomando en consideración dichos criterios de sostenibilidad e impacto social, los procesos de inversión tendrán incluso una mayor aceptación por parte de los ciudadanos.

## 5

### La transparencia en el proceso y la comunicación

Las ideas expuestas muestran la importancia de llevar a cabo un proceso de análisis completo, como elemento clave tanto para mitigar los riesgos de fracaso de los contratos públicos como para favorecer la sostenibilidad.

Pero el rigor y la evaluación integral no deben estar reñidos con la sencillez en la manera de realizar los trabajos de evaluación y en la manera de presentar los resultados y comunicarlos a los ciudadanos, logrando de este modo un nivel de transparencia deseable en las Administraciones y una mayor aceptación social.

Para ello, se cuenta con herramientas de análisis y evaluación integral que presentan las siguientes ventajas: facilitan la toma de decisiones, ayudan a priorizar proyectos y modelos de financiación, aportan mayor rigor y transparencia, permiten identificar proyectos financieramente sostenibles y con mayor valor e impacto global, y facilitan la posterior entrada de recursos de financiación más diversos.

El hecho de que una Administración lleve a cabo las actuaciones de manera económica, eficiente y efectiva permitirá hacer un uso adecuado de los recursos, y, con ello, presentar unos resultados presupuestarios favorables. Así, la obligación de las Administraciones es aprovechar los recursos disponibles y esperados de una manera responsable, rindiendo cuentas de manera transparente.

Es preciso que las distintas Administraciones interioricen el hecho de que procesos como la participación ciudadana y la involucración y gestión de

grupos de interés aportan un valor añadido al proyecto, además de convertir la transparencia en algo intrínseco al mismo. Todo esto permitirá una mayor afección de los ciudadanos, que podrán apreciar el verdadero papel de las Administraciones como servidores públicos.

En conclusión, el desarrollo y prestación de los servicios públicos, con o sin infraestructura vinculada, requiere de un análisis global de todos los aspectos concernientes (técnicos, presupuestarios, económicos, ambientales, sociales...), favoreciendo la evaluación global de los mismos y de sus impactos. De este modo, se deberán tener en cuenta no solo la rentabilidad financiera, sino también los impactos internos y externos descritos, y favorecer una mayor involucración de los grupos de interés y sociales con el fin de generar un valor añadido y una mayor afección de los ciudadanos.

# Cuestiones relativas al derecho de información en la gestión administrativa local<sup>1</sup>

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES

*Magistrado especialista en lo Contencioso-Administrativo  
y fiscal, en excedencia. Abogado*

1. Introducción
2. La transparencia
3. Protección de datos
4. El derecho al olvido en Internet

## Resumen

En este trabajo se van a analizar diversas cuestiones de plena actualidad en la gestión administrativa –con especial afectación al ámbito local– relacionadas con el derecho a la información. En concreto se trata de la transparencia administrativa regulada en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo ámbito subjetivo referido a las entidades locales es objeto de especial atención, de la protección de datos con relación a la publicación en Internet de determinados ficheros, y del “derecho al olvido” en Internet a la luz de las directivas europeas y de la jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y posteriormente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

---

*Artículo recibido el 02/06/2015; aceptado el 09/09/2015.*

1. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2015, organizado por la Diputación de Barcelona, el 29 de mayo de 2015.

Palabras clave: *derecho de información; información local; transparencia administrativa; protección de datos; ficheros de facturas; derecho al olvido; Internet y derecho al olvido; gestión local transparente.*

## **Questions regarding the right to information in the management of administrative local affairs**

### **Abstract**

*This article analyzes several particularly tropical questions regarding the management of administrative affairs –emphasizing in particular the local government– and the right to information. The article focuses on administrative transparency as it is framed by the Law on transparency, access to public information and good governance, paying particular attention to the provisions related to local government; data protection in relation to the publication of specific files on Internet; and the “right to forget” on internet in light of the European Directives and the case-law of the Court of Justice of the European Union and the Spanish Audiencia Nacional.*

*Keywords: right to information; local information; administrative transparency; data protection; invoice files; right to forget; Internet and the right to forget; transparent local government.*

### **1**

## **Introducción**

TRANSPARENCIA y DERECHO AL OLVIDO en Internet son dos manifestaciones relacionadas del acceso a la INFORMACIÓN. Mientras la transparencia se refiere a la supresión de trabas que impidan tener conocimiento o estar informado de los datos relativos a la gestión administrativa, el derecho al olvido supone justo lo contrario: suprimir los canales de acceso a determinada información que pudiera afectar a la intimidad de las personas que no han consentido en la cesión de sus datos personales, y/o que se trate de información carente de interés público.

Vamos a exponer en este trabajo ambas manifestaciones relacionadas con el derecho a la información.

## 2

**La transparencia**

Tras las últimas elecciones municipales y autonómicas, los ciudadanos están diciendo a gritos a los partidos políticos en general que una fase de nuestra vida democrática, en la que se extendían “cheques en blanco” para la actuación administrativa, ha llegado a su fin, acabando con la hasta ahora confianza ciega en los gestores políticos. Ahora son tiempos en que los ciudadanos quieren tener un control mucho más estrecho de lo que los políticos hacen, en que quieren transparencia total de la gestión de lo público, en que quieren que sea realmente el interés general el que guíe sus actuaciones. Existe, en fin, un hartazgo de la corrupción de unos cuantos políticos desaprensivos –en absoluto se puede generalizar– y del uso ilegítimo de lo público como si fuera de su propiedad.

La aprobación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –Ley 19/2013, de 9 de diciembre (en adelante LT)– hace más de un año y medio, pese a los diferentes plazos de *vacatio legis*, va dando, poco a poco, sus manifestaciones de aplicación. Una de ellas es la Ley que con el mismo título –y, curiosamente, mismo número– se ha promulgado por el Parlamento de Cataluña: la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuya disposición final cuarta recoge un diferente plazo de entrada en vigor –seis meses y un año, todavía no cumplidos– según la parte de la Ley a que se refiere y según se trate de entes que integran la Administración local o cualquier otra Administración o sujeto obligado de la Ley.

La implementación real de la transparencia, de verdad y sin parches o tapujos, será, desde luego, el cambio efectivo y radical en el funcionamiento del sector público que todo el mundo desea, además de suponer cumplir con el compromiso de nuestro país con la Alianza por el Gobierno Abierto –*Open Government Partnership*– y el Convenio Europeo de Acceso a los Documentos Oficiales, del Consejo de Europa, el Convenio 205<sup>2</sup>.

Si la Ley de Transparencia se desarrolla adecuadamente, aparte de tener unas Administraciones más modernas y ágiles, se pondrán trabas a la corrupción y prácticas corruptas –las corruptelas son casi peores–, que es uno de los grandes males de la sociedad moderna, se obtendrá un ahorro en beneficio de toda la ciudadanía, y se recuperaría la confianza en las instituciones, en la política y los servidores públicos.

---

2. Convenio 205, firmado en Tromsø el 18 de junio de 2009.

Pese al título y contenido de la Ley 19/2013, transparencia y acceso a la información pública no son conceptos similares, ni siquiera paralelos. El acceso a la información pública es un derecho de los ciudadanos que garantiza la transparencia, previsto en el artículo 105 b) CE, aunque la Ley de Transparencia no se refiere solo al Gobierno y a la Administración del Estado, dados los sujetos obligados a que se refieren los artículos 2 y 3 de la Ley.

Aunque la Ley de Transparencia ha configurado un derecho de acceso a la información pública de naturaleza puramente administrativa (así se desprende de la propia estructura de la Ley), pues surge como consecuencia de la transparencia administrativa, tal y como se indica en el mismo artículo 1 LT –“Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad”–, creo, sin embargo, que este derecho a acceder a la información pública ha de ser considerado, igual que lo ha sido el derecho a la protección de datos personales, un derecho humano, derecho fundamental de última generación, fuera de listas cerradas y estáticas, tal y como viene siendo recogido por el TEDH. Y este derecho de acceso, que tiene su anclaje en el artículo 20 CE, está directamente relacionado con la transparencia y, al final, con la lucha contra la corrupción.

Todo está relacionado; de acuerdo con el apartado 2 del artículo 2 LT, a los efectos previstos en el Título I, relativo a la transparencia de la actividad pública, se entiende por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado 1. Vamos a referirnos, por estar en un seminario de actualización jurídica local, precisamente a los apartados a) y d), que dicen así:

a) *La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración local.*

Este apartado se corresponde básicamente con el artículo 2.1 LRJPAC –en el mismo sentido, el artículo 3.1 a) de la Ley de Transparencia catalana: entes que integran la Administración local en Cataluña–. Por entidades que integran la Administración local habrá que estar a la noción básica contenida en el artículo 3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

d) *Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.*

No se hace referencia a categoría formal alguna, lo que permite (i) abarcar cualquier tipo de entidad institucional, con independencia de su grado de autonomía (instrumental o independiente), de su sujeción a una forma típica o atípica, o de su ámbito estatal, autonómico o local, e (ii) incluir a los con-

sorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren la LRJPAC –art. 6– y la legislación de régimen local. En el mismo sentido se refiere el artículo 3.1 b) de la Ley catalana 19/2014.

Aparte de las anteriores –entidades consideradas Administraciones Públicas–, la LT se refiere en la letra g) del citado artículo 2.1 a las entidades jurídico-privadas integrantes del sector público –no se trata de Administraciones Públicas (por lo que están excluidas de la LRJPAC)–. Así:

- g) *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.*

Pese al tenor del porcentaje (> 50 %) –la Ley catalana de transparencia se refiere a “sociedades con participación mayoritaria o vinculadas”–, alguna jurisprudencia había entendido que el derecho de acceso alcanza a las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local, en relación a las cuales el abanico de potestades con que cuenta la corporación local en orden al control contable, económico y financiero “hace difícil creer que la demandada no pueda disponer del documento solicitado”. Es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 29 de marzo de 2004, en el que el Ayuntamiento había alegado que el documento solicitado (una escritura pública de un contrato de compra-venta) estaba en poder de una sociedad mercantil creada por la corporación, pero con personalidad jurídica propia. El Tribunal concluyó que las facultades de control y fiscalización que a la entidad local corresponden “hace altamente improbable la realidad de dicha información de ahí que la Sala entiende que el documento solicitado no se encuentra fuera de la disponibilidad de la corporación”. Para llegar a esta afirmación la sentencia alude al art. 203 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, según el cual los funcionarios municipales que tengan a su cargo la función interventora, así como los que se designen para llevar a efecto los controles financieros y de eficacia, cuyo control corresponde al Pleno, podrán recabar de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes cuantos antecedentes consideren necesarios, efectuar exámenes y comprobación de libros, cuentas y documentos que consideren precisos. De modo similar se pronunció la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de Cataluña en el Dictamen 6/2009 relativo a la Sociedad Urbanística Metropolitana de Rehabilitación y Gestión SA, dependiente del Consejo Comarcal Barcelonés.

Se trataba, en todo caso, de un acceso mediato o indirecto. En cambio, como es lógico, se había rechazado la pretensión dirigida a un ayuntamiento

de acceder a documentación de una sociedad privada con participación minoritaria de capital público.

Por su parte, la LT da el paso de incluir estas entidades jurídico-privadas integrantes del sector público como sujetos directamente obligados por la Ley, sujeción que no es exigida por el Convenio 205. Asimismo, debe observarse que la LT va más lejos de la noción de “poder adjudicador” del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –art. 3.3–.

A este respecto, debe recordarse que ya el artículo 49 de la Ley de Patrimonio Histórico del Estado dispuso que forman parte del patrimonio documental los documentos conservados o reunidos en el ejercicio de su función no solo por cualquier organismo o entidad de carácter público, sino también por las personas jurídicas en cuyo capital participen mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas, criterio que sería seguido por la legislación autonómica. Y esta integración en el patrimonio documental de titularidad pública supone la sujeción de tal documentación a las reglas de consulta pública establecidas en la misma LPHE –art. 57–.

*h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.*

También previstas las “fundaciones del sector público” en el artículo 3.1 b) de la Ley 19/2014 catalana, igual que ocurre con las entidades del apartado anterior, debe señalarse que la sujeción de fundaciones del sector público no es exigida por el Convenio 205. La remisión a la legislación en materia de fundaciones para determinar cuáles son fundaciones del sector público, obliga acudir a la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, así como a la legislación propia de cada comunidad autónoma, ya que la primera solo se refiere a las fundaciones estatales.

*i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. [...]*

Este sería el caso de las asociaciones creadas por entidades locales. Así, de acuerdo con la LBRL –disposición adicional 5.<sup>a</sup>–, las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en ella, la legislación del Estado en materia de asociaciones.

En este sentido, al artículo 3.3 de la Ley catalana prevé que los municipios pueden cumplir sus obligaciones de transparencia y las que derivan del derecho de acceso a la información pública, de forma asociada o mediante fórmulas de cooperación establecidas con los entes locales supramunicipales o con la Administración de la Generalidad, si por razones de capacidad o eficacia no pueden cumplirlas directamente.

En definitiva, a diferencia de la LRJPAC, que limitaba su aplicación a las Administraciones Públicas en sentido estricto (territoriales o generales e institucionales o especializadas), la LT extiende expresamente su ámbito subjetivo a casi todos los órganos constitucionales y estatutarios, a las corporaciones de derecho público y, sobre todo, a las entidades jurídico-privadas que integran el sector público.

### 3

#### Protección de datos

La Agencia Española de Protección de Datos ha hecho público de forma destacada, en su web, un informe jurídico fechado el 23 de marzo y numerado como 119/2012, emitido a resultas de consulta planteada por un ayuntamiento. Ese informe analiza la publicación en las webs municipales de datos de contratistas relativos a deudas con ayuntamientos, que se han generalizado a resultas del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales de aquellas deudas líquidas vencidas, exigibles y derivadas de contratos de obras, servicios o suministros, cuyas facturas o solicitudes de pago hubieran tenido entrada en el registro del ayuntamiento antes del 1 de enero de 2012.

El artículo 3 del citado Real Decreto-ley, en su apartado 1.º, establece que:

1. *Las entidades locales deberán remitir, por vía telemática y con firma electrónica, al órgano competente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha límite el día 15 de marzo de 2012, una relación certificada de todas las obligaciones pendientes de pago que reúnan los requisitos establecidos en el artículo anterior y comprensiva de la siguiente información:*
  - a) *Identificación del contratista que incluirá el código o número de identificación fiscal, denominación social y su domicilio social.*
  - b) *Importe del principal de la obligación pendiente de pago, impuesto sobre el valor añadido o impuesto general indirecto canario incluido en su caso, sin inclusión de intereses, costas judiciales o cualesquiera otros gastos accesorios.*
  - c) *Fecha de entrada en el registro administrativo de la factura, factura rectificativa en su caso, o solicitud de pago equivalente anterior al 1 de enero de 2012.*

d) *Expresión de si se ha instado por el contratista la exigibilidad ante los tribunales de justicia antes de 1 de enero de 2012.*

En relación con ese elenco o lista, el Real Decreto-ley prevé en el artículo siguiente, el 4, la posibilidad de que los proveedores puedan verificar si han sido incluidos en la misma mediante la consulta y un mecanismo, a base de certificaciones individuales, corrector de las omisiones o inexactitudes de dicha relación. En concreto, y sobre la posibilidad de consulta, el texto dice así:

*1. Las entidades locales permitirán a los contratistas consultar su inclusión, en la relación certificada remitida de acuerdo con el artículo 3 y en caso de estar incluidos podrán conocer la información que les afecte con respeto a la normativa de protección de datos de carácter personal.*

Pues bien, muchos ayuntamientos han colgado el listado remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en abierto cien por cien en sus respectivas páginas web, lo que supone: (i) el proveedor no solo tiene acceso a la información referente a él, que es lo que dice el precepto, sino también a toda aquella referente al resto de proveedores incluidos en el listado; (ii) cualquier persona puede acceder al contenido del listado, posibilitando que algún acreedor pudiera conocer que su deudor está incluido en la lista y que puede tener expectativa de cobro.

La Agencia Española de Protección de Datos concluye que: “se considera que la publicación en Internet de los datos contenidos en el denominado por la consultante ‘fichero de facturas’ referidos a quienes no tengan la condición de persona jurídica o se refieran a comerciantes, industriales o navieros el ámbito exclusivo de su actividad empresarial, de forma que la información sea libremente accesible por cualquier persona implica una cesión de datos que no encuentra amparo, sin el consentimiento del interesado, ni en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 ni en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE. De este modo, la inclusión de estos datos en Internet únicamente sería posible si el acceso quedase limitado al propio interesado mediante la inclusión previa de varios datos que solo él pudiera, en principio, conocer”.

## 4

### El derecho al olvido en Internet

La progresiva universalización de Internet, que combina una enorme capacidad de almacenaje con motores de búsqueda que permiten localizar cualquier dato en cuestión de segundos, y con extrema facilidad, puede significar el fin del ol-

vido. La perennidad de la información implica nuevos desafíos para el derecho, básicamente determinar si una persona puede lograr borrar su pasado.

El derecho al olvido en Internet es el término universalmente aceptado, pese a que, ciertamente, el olvido no es un derecho en sí mismo, sino un proceso mental que no puede ser objeto de reclamación. La aceptación del término “derecho al olvido” nos vincula a un derecho relacionado con el *Habeas Data* y la protección de datos personales: el derecho de cancelación y oposición de datos personales para evitar su difusión universal y permanente en Internet. Así, se podría definir el derecho al olvido como aquel que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales. Como es fácilmente apreciable, este derecho puede en ocasiones colisionar con la libertad de expresión. Según la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), el “derecho al olvido” hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet, cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa.

Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 13 de mayo de 2014, consagra el conocido derecho al olvido en Internet y ha abierto un debate tan interesante como necesario acerca de los límites que pueden imponerse a las informaciones y contenidos expuestos en la red, esa jungla sin ley que facilita lesiones a los derechos individuales al amparo de la libertad de expresión sin ningún tipo de cortapisas.

En Internet las maledicencias quedan por escrito, puede localizarse su procedencia y perduran en el tiempo, de tal manera que cualquiera que pulse ese nombre en un buscador podrá tener acceso a todas las verdades y también a todos los infundios que sobre esa persona se hayan vertido en la red. La implantación del derecho al olvido –con todas las dificultades que conlleva– supone, no me cabe la menor duda, un pequeño pero importante paso en la defensa de nuestros derechos individuales.

La demanda, interpuesta por un español, pedía algo muy sencillo: que cuando alguien tecleara en un buscador su nombre, dejara de aparecer su antigua condición de moroso, situación superada años atrás, pero que seguía pesando como una losa sobre su imagen, reputación y perspectivas de futuro. Pese a que intentó eliminar esa referencia nunca lo consiguió, razón que le llevó a acudir a los tribunales. Y lo consiguió con la sentencia de 13 de mayo de 2014 del TJUE<sup>3</sup> que ponía en liza dos derechos fundamentales (acceso a

---

3. Asunto C-131/12.

la información y protección de datos personales), resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional<sup>4</sup> respecto a la interpretación de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, todo ello en el marco de un litigio entre Google Spain, S.L. y Google Inc., por un lado, la AEPD y el Sr. Costeja González, por otro, en relación con una resolución de la AEPD por la que se estimó la reclamación del Sr. Costeja contra Google. Dicha resolución ordenaba a Google a adoptar las medidas necesarias para eliminar u ocultar los datos personales del Sr. Costeja de su resultado de búsqueda, dejando de vincularlos a los enlaces al sitio web de un periódico español en el que se publicaron dos noticias en las que se informaba de la subasta de sus inmuebles, en su día embargados debido a deudas entonces existentes con la Seguridad Social. La misma resolución desestimó la reclamación contra el referido periódico, al considerar que la publicación de las noticias en las que se mencionaba el nombre del Sr. Costeja estaba legalmente justificada.

De las diversas respuestas de la Gran Sala a las cuestiones planteadas, cabe destacar que, en relación con la interpretación de determinados preceptos de la Directiva 95/46, el TJUE explicó que deben interpretarse en el sentido de que, “por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de ‘tratamiento de datos personales’, en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse ‘responsable’ de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d)”.

Sigue diciendo el TJUE respecto a la interpretación de ciertos artículos de la Directiva 95/46 que “para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellas, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas

---

4. Auto de 27 de febrero de 2012, de la Sección 1.ª.

web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita”.

Por último, en lo que ahora interesa para este trabajo, sobre el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Directiva 95/46, el TJUE aclaró que “se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que este puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate”.

Tras la resolución del TJUE, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que planteó la cuestión prejudicial ha resuelto múltiples recursos contencioso-administrativos, dictando sentencias conforme a lo resuelto en Luxemburgo, siendo así las primeras sentencias de un tribunal español en las que se aplica la doctrina europea sobre el llamado “derecho al olvido”, y, por tanto, desestimando los recursos de Google y reconociendo el derecho de los particulares.

La primera sentencia, que dio origen a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE con sede en Luxemburgo y que sirve de pauta a las demás sobre la misma cuestión litigiosa, reconoce el derecho del Sr. Costeja a retirar los enlaces a unos anuncios aparecidos en la web del periódico La Vanguardia sobre unos embargos por deudas a la Seguridad Social ejecutados hace 16 años. La Sala, en aplicación de la doctrina establecida en Luxemburgo, da la razón a este particular, al considerar que no tenía relevancia en la vida pública que justificara la prevalencia del interés del público general frente a los derechos de la protección de datos de carácter personal, pues se trata de un tratamiento de datos inicialmente lícito, de datos exactos por parte de Google, pero que, dado el tiempo transcurrido, no son necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron.

En líneas generales, la sentencia de la Audiencia Nacional establece: (i) que el tratamiento de datos previo a la indexación que realizan los motores de búsqueda les hace responsables del tratamiento de datos personales, según el artículo 2 de la Directiva; (ii) que la normativa española le es de aplicación por tener Google una filial establecida en España (Google Spain) y estar la actividad de esta íntimamente ligada a la de la matriz en Estados Unidos; (iii) que la libertad de información se ve garantizada por la subsistencia de la información en la fuente, es decir, en el sitio web donde se publica la información; (iv) que se entiende que Google no ve vulnerado su derecho a la libertad de empresa; y, por último, (v) que el “derecho al olvido” se aplicará cuando los resultados generados por una búsqueda no tengan interés público y teniendo en cuenta la fecha de publicación de la información, entre otros factores.

Es decir, a juicio del Tribunal, en el caso enjuiciado, la libertad de información se encuentra satisfecha porque la información subsiste en la fuente, el sitio web donde se publicó por el editor, pudiéndose llegar a estos datos aun eliminando los vínculos a las páginas web objeto de reclamación. En consecuencia, el particular tiene derecho a que la información sobre una subasta de inmuebles relacionada con un embargo, derivado de deudas a la Seguridad Social, “ya no esté vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de sus datos personales”.

Esta primera sentencia fija los criterios que deben seguir a partir de ahora los particulares, el responsable del tratamiento y la Agencia de Protección de datos, que tendrán que llevar a cabo el juicio de ponderación esgrimido por la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014. Esos criterios se resumen en lo siguiente: “quien ejercite el derecho de oposición ha de indicar ante el responsable del tratamiento o ante la Agencia Española de Protección de Datos que la búsqueda se ha realizado a partir de su nombre, como persona física; indicar los resultados o enlaces obtenidos a través del buscador, así como el contenido de esa información que le afecta y que constituye un tratamiento de sus datos personales a la que se accede a través de dichos enlaces”. A partir de ahí, la tutela del derecho de oposición de los particulares exigirá una adecuada ponderación de los derechos en conflicto para establecer si el derecho a la protección de datos debe prevalecer sobre otros derechos e intereses legítimos, en atención a “la concreta situación personal y particular de su titular”.

La cancelación de datos, según la Audiencia Nacional, estará justificada cuando las circunstancias de cada caso concreto así lo determinen, siendo necesario realizar un juicio de ponderación para determinar qué derecho ha de prevalecer. De esta manera, señala que “la oposición [a que los datos sean

indexados por motores de búsqueda] se encontrará justificada cuando las circunstancias que configuran la situación personal concreta del interesado así lo determinen, ya sea por la naturaleza de la información y su carácter sensible para la vida privada del afectado, por la no necesidad de los datos en relación con los fines para los que se recogieron o por el tiempo transcurrido, entre otras razones”.

Asimismo, de la sentencia pueden extraerse los pasos prácticos que ha de seguir un afectado cuando quiera ejercitar su “derecho al olvido”: (i) contactar con el responsable del tratamiento, buscador o sitio web, o bien a la Agencia Española de Protección de Datos, identificándose e indicando el nombre cuya búsqueda arroja como resultado los enlaces a contenido perjudicial; (ii) indicar los resultados o enlaces que desea eliminar de los resultados de búsqueda; y (iii) justificar por qué la indexación del contenido de esos resultados le afecta, y los motivos de su solicitud.

No creo que se esté realizando una labor de censura ni de limitar de por sí el derecho de información, ya que estamos ante el tradicional conflicto de derechos entre la intimidad (en su vertiente de protección de datos) y otros derechos, que se resuelve buscando el “equilibrio” entre el de recibir información veraz por cualquier medio de difusión [artículo 20.1 d) CE] y el de limitar el uso de la informática para garantizar el honor y el derecho a la intimidad personal (artículo 18.4 CE), aunque sea poco real, porque lo que se pone supuestamente en conflicto no lo está realmente, ya que recibir información veraz es un derecho, y el honor y el derecho a la intimidad personal no se salvaguardan atacando a una herramienta de búsqueda, sino yendo al origen del problema, a la fuente que publicó la información, que supuestamente atenta contra el honor y la intimidad personal.

Como señala la AEPD, el derecho al olvido incluye limitar la difusión de información de datos personales, incluso cuando la publicación original sea legítima, ya que “la difusión universal e ilimitada de información que ya no tiene relevancia ni interés público a través de los buscadores causa una lesión a los derechos de las personas”.



QDL39

**Jurisprudencia**

# Novedades jurisprudenciales (2014-2015) sobre la Administración local, con especial referencia al contexto de la Unión Europea\*

DIMITRY BERBEROFF AYUDA

*Magistrado jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

## 1. Contratación pública

- 1.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13), ECLI:EU:C:2014:2440
- 1.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13), ECLI:EU:C:2014:2435
- 1.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, Data Medical Service (C-568/13), ECLI:EU:C:2014:2466
- 1.4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13), ECLI:EU:C:2014:2469
- 1.5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2015, Stanley International Betting y Stanleybet Malta (C-463/13), ECLI:EU:C:2015:25
- 1.6. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13), ECLI:EU:C:2015:166
- 1.7. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2015, Ambisig (C-601/13), ECLI:EU:C:2015:204

---

*Artículo recibido el 25/06/2015; aceptado el 01/09/2015.*

\* El presente texto incorpora un extracto de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, documento que sirvió de guion para la ponencia presentada el 26 de junio de 2015 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2015, organizado por la Diputación de Barcelona.

- 1.8. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de abril de 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14), ECLI:EU:C:2015:228
- 1.9. STS, Secc. 7.ª, 5/11/2014, RC 3733/2013. Contrato para la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo de vehículos. Ayuntamiento de El Puig. Transmisión de los derechos y deberes de la concesión por la entidad adjudicataria inicial. Desviación procesal existente
- 1.10. STS, Secc. 7.ª, 24/9/2013, RC 5836/2011. Ordenanza tasa por abastecimiento de agua. Ayuntamiento de Olivenza. La fijación de la tarifa fijada no respeta el parámetro de consumo de agua fijado en el pliego del concurso para la concesión de la gestión de dicho servicio municipal

## 2. Urbanismo y medio ambiente

- 2.1. STS, Secc. 5.ª, de 13 de junio de 2011 (recurso de casación 4045/2009): principio de no regresión en materia de zonas verdes y suelos protegidos
- 2.2. STS, Secc. 5.ª, de 8 de abril de 2015 (recurso de casación 3068/2012). Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Valdemoro. Falta de motivación del cambio de clasificación de varios ámbitos de suelo no urbanizable de especial protección. Principio de no regresión
- 2.3. STS, Secc. 5.ª, de 14 de octubre de 2014 (recurso de casación 2173/2012). Plan General de Ordenación Urbana. Recalificación del suelo cedido gratuitamente para equipamientos y espacios libres a suelo destinado a la construcción de viviendas de protección oficial. Falta de justificación de la discrecionalidad de la Administración urbanística y desconocimiento del principio de no regresión
- 2.4. STS, Secc. 5.ª, de 31 de marzo de 2014 (recurso de casación 2948/2012). Competencias municipales en materia de licencias de construcción en el espacio portuario. Otorgamiento de licencias municipales de construcción de obras que se efectúen en el entorno portuario. Construcción de dos pabellones en el muelle para almacén de materiales ligeros: obra pública de interés general al tratarse de actividad comercial a desarrollar en zona de servicio portuaria, y que constituye actividad complementaria de la principal con independencia de que su uso corresponda al concesionario y no a la autoridad portuaria. Exención de licencia municipal: criterio que no se opone a la doctrina legal fijada en la materia por el Tribunal Supremo
- 2.5. STS, Secc. 5.ª, de 26 de febrero de 2014 (recurso de casación 3745/2011). Control por la Administración autonómica de los elementos discrecionales del Plan con ocasión de la aprobación definitiva. La genérica invocación de los principios de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente y la salud no legitiman la denegación de la aprobación definitiva por parte de la Administración autonómica. Control de oportunidad. Alcance
- 2.6. STS, Secc. 5.ª, de 30 de diciembre de 2014 (recurso de casación 1429/2012). Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado o la comunidad autónoma. Actos que infrinjan el ordenamiento jurídico. Requerimiento para anulación de acuerdo. Requerimiento de anulación de acuerdo por infringir el ordenamiento jurídico efectuado por la comunidad autónoma. Suficiencia de la motivación

*in alliumde*. Operatividad del plazo de 15 días previsto en la legislación específica de régimen local; el requerimiento de anulación afecta no solo a los actos administrativos sino también a las disposiciones generales y entre ellas a los acuerdos aprobatorios de los planes de urbanismo. Posibilidad de su anulación en virtud del requerimiento efectuado

### 3. Derecho tributario

- 3.1. STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 2014 (recurso de casación 3619/2012). Compensación de los créditos a favor de Telefónica de España, por los servicios de telecomunicaciones que posee respecto de las corporaciones locales, con los créditos tributarios que estas tienen a su favor por los tributos locales bajo el régimen de la Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España
- 3.2. STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 23 de marzo de 2015 (recurso de casación 956/2013). Resolución de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales ordenando retener al Ayuntamiento de Granada, con cargo a su participación en los tributos del Estado, las sumas que adeuda a la Diputación Provincial en concepto de recargo en el impuesto sobre actividades económicas. Interposición directa de recurso contencioso-administrativo sin acudir a la vía económico-administrativa es preceptiva, en virtud del artículo 44.1 de la Ley 29/1988
- 3.3. STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2014 (recurso de casación 553/2014). Cuestión de ilegalidad sobre Orden Ministerial que aclara Orden de 2009 sobre alcance de la exención en el ICIO de bienes pertenecientes a órdenes religiosas
- 3.4. STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2015 (recurso de casación en interés de ley 696/2014). Impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO). Liquidación definitiva por los órganos de gestión. Actuaciones inspectoras posteriores

## Resumen

Con el fin de analizar las últimas novedades jurisprudenciales en materia de contratación pública, urbanismo y tributos desde la perspectiva de la incidencia de estas materias sobre el ámbito local, el presente documento reseña hasta 20 sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo –la mayoría de ellas dictadas en los últimos 12 meses–, que permiten vislumbrar la líneas de evolución de la jurisprudencia en aspectos tan esenciales como la delimitación de la aplicación de la normativa europea sobre contratación pública (de gran interés ante el nuevo paquete de directivas de 2014 cuyo plazo de transposición expira en abril de 2016), el ejercicio de potestades urbanísticas de los municipios o la clarificación del concepto de actuaciones tributarias inspectoras.

Palabras clave: *derecho de la Unión Europea; competencias de los municipios; contratación pública; urbanismo; medio ambiente; tributos.*

## **New developments in the case-law (2014-2105) relating to local governments, specially regarding the context of the European Union**

### **Abstract**

*This article pursues to analyze the new developments in the case-law regarding to public procurement, town planning and tax law from the perspective of local governments. The article studies 20 judgments of the Court of Justice of the European Union and the Spanish Supreme Court –most of them issued in the last 12 months– which show the evolution of the case-law on essential points such as the application and boundaries of European legislation on public procurement (this is an important aspect of the new package of directives of 2014 whose deadline for transposition expires in 2016); the exercise of town planning competences by local governments and the clarification of the concept of tax inspection acts.*

*Keywords: European Union law; competences of local governments; public procurement; town planning; environment; taxes.*

## **1**

### **Contratación pública**

#### **1.1**

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13), ECLI:EU:C:2014:2440**

Los servicios de transporte sanitario de urgencia pueden confiarse con carácter prioritario, mediante adjudicación directa y sin ningún tipo de publicidad, a las organizaciones de voluntariado, siempre que ese sistema contribuya efectivamente a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria.

Se trata de determinar si el derecho de la Unión en materia de contratación pública y las normas de competencia del Tratado se oponen a que las

autoridades locales confíen el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, los cuales únicamente perciben, para el suministro de esos servicios, el reembolso de los gastos efectivamente soportados a tal fin y de una fracción de los costes fijos y permanentes.

*50 Hecha esta salvedad, procede considerar, por lo tanto, que los principios generales del transparencia y de igualdad de trato que resultan de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE pueden, en principio, ser aplicables a un acuerdo marco como el acuerdo marco regional y a convenios como los que derivan de dicho acuerdo marco.*

*51 Pues bien, el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, en lo que atañe más concretamente a los contratos públicos de servicios, tiene por objetivo garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros (véase la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, EU:C:2007:786, apartado 39 y jurisprudencia citada).*

*52 Por consiguiente, procede declarar que un sistema de prestaciones a través de convenios como el establecido por el artículo 75 ter de la LR n.º 41/2006 conduce a un resultado contrario a esos objetivos. En efecto, al prever que las autoridades públicas competentes recurran, mediante adjudicación directa, con carácter prioritario a las organizaciones de voluntariado con las que hayan celebrado convenios para cubrir las necesidades en ese ámbito, esa normativa excluye a las entidades que no persiguen una finalidad de voluntariado de una parte esencial del contrato de que se trata. Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de estas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Irlanda, EU:C:2007:676, apartados 30 y 31; Comisión/Italia, EU:C:2007:729, apartado 64, y Comisión/Italia, EU:C:2008:102, apartado 66).*

53 Sin embargo, procede señalar que, a tenor del artículo 75 ter, apartados 1 y 2, letra a), de la LR n.º 41/2006, el modo de organización del servicio de transporte sanitario controvertido en el litigio principal está inspirado en los principios de universalidad, de solidaridad, de eficiencia económica y de adecuación, ya que el recurso prioritario a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio persigue especialmente garantizar que ese servicio se preste en condiciones de equilibrio económico en el plano presupuestario. En la medida en que prevé la participación de las organizaciones de voluntariado en un servicio de interés general y se refiere al principio de solidaridad, el citado artículo 75 ter se emparenta con las disposiciones constitucionales y legales relativas a la participación de los ciudadanos a través del voluntariado mencionadas en los apartados 9 a 11 de la presente sentencia.

54 Pues bien, tales objetivos son tenidos en cuenta por el Derecho de la Unión.

55 A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que el Derecho de la Unión no menoscaba la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad social (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias Sodemare y otros, C-70/95, EU:C:1997:301, apartado 27 y jurisprudencia citada, y Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300, apartado 43 y jurisprudencia citada).

[...]

62 En virtud del principio general del Derecho de la Unión de prohibición de abuso de Derecho (véase, por analogía, la sentencia 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, apartado 33), la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las organizaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las organizaciones de voluntariado solo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe velarse para que no se persiga, amparándose en una actividad de voluntariado, ánimo de lucro alguno, ni siquiera indirecto, y para que el voluntario pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias organizaciones.

63 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente realizar todas las apreciaciones necesarias para verificar si el sistema de organización del servicio de transporte sanitario de urgencia controvertido en el litigio

*principal, tal como es regulado por la normativa aplicable y puesto en práctica por el acuerdo marco regional y los convenios particulares que derivan de este, contribuye efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa ese sistema.*

*[...]*

*Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.*

## 1.2

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13), ECLI:EU:C:2014:2435**

Aun cuando no se cumplan los requisitos de aplicación de una causa de exclusión de un licitador, previstos en el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, el poder adjudicador puede adoptar la decisión de renunciar a adjudicar un contrato público licitado y no llevar a cabo la adjudicación definitiva de dicho contrato al único licitador que quedaba en liza, y que había sido declarado adjudicatario con carácter provisional.

A los efectos de la Directiva 89/665/CEE (Directiva recursos), el control sobre la adjudicación constituye un control de legalidad de las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las normas pertinentes del derecho de la Unión o de las disposiciones nacionales que transponen las referidas normas, sin que dicho control pueda limitarse al mero examen del carácter arbitrario de las decisiones del poder adjudicador. No obstante, lo anterior no excluye la facultad del legislador nacional de conceder a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes la facultad de ejercer un control de oportunidad.

El artículo 45 de la Directiva 2004/18, que lleva por título «Situación personal del candidato o del licitador», dispone:

*1. Quedará excluido de la participación en un contrato público cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme, de la que tiene conocimiento el poder adjudicador, por uno o varios de los motivos que a continuación se enumeran:*

*a) participación en una organización delictiva, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 2 de la Acción Común 98/773/JAI del Consejo [(DO 1998, L 351, p. 1)];*

*b) corrupción, tal y como se define, respectivamente, en el artículo 3 del acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 [(DO C 195, p. 1)] y en el apartado 1 del artículo 3 de la Acción Común 98/742/JAI del Consejo [(DO 1998, L 358, p. 2)];*

*c) fraude, según el artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas [(DO 1995, C 316, p. 48)];*

*d) blanqueo de capitales, tal y como se define en el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales [(DO L 166, p. 77), en su versión modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 (DO L 344, p. 76)].*

*Los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado.*

*[...]*

*2. Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico:*

*[...]*

*c) que haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional;*

*d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar;*

*[...]*

*g) que se le considere gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en aplicación de la presente Sección o que no haya proporcionado dicha información.*

*Los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado.*

[...]

Debe determinarse si el artículo 45, cuando no se cumplen los requisitos para la aplicación de las causas de exclusión previstas en ese artículo, se opone a que un poder adjudicador adopte una decisión por la que renuncie a adjudicar un contrato público licitado y no proceda a adjudicar definitivamente el citado contrato al único licitador que había quedado en liza y había sido declarado adjudicatario provisional.

*33 No obstante, el Tribunal de Justicia no ha dejado de señalar que la exigencia de comunicar los motivos que subyacen al acuerdo por el que se cancela la licitación obedece precisamente al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplican las normas de Derecho de la Unión y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato, que constituye la base de dichas normas (véase, en este sentido, la sentencia HI, EU:C:2002:379, apartados 45 y 46 y jurisprudencia citada).*

*34 El Tribunal de Justicia también determinó que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el acuerdo del poder adjudicador por el que se revoca la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o las normas nacionales que transponen el referido Derecho. Además, el Tribunal de Justicia consideró que, incluso en el caso de que las entidades adjudicadoras ostenten, en virtud de las normas nacionales aplicables, una amplia facultad discrecional en cuanto a la revocación de la licitación, con arreglo a la Directiva 89/665 los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder comprobar la compatibilidad de un acuerdo por el que se cancela una licitación con las normas pertinentes del Derecho de la Unión (véase la sentencia HI, EU:C:2002:379, apartados 55 y 62).*

*35 De ese modo, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros establezcan, en su normativa, la posibilidad de adoptar una decisión de revocar una licitación. Los motivos de dicha decisión de revocación pueden basarse así en razones, relacionadas en particular con la apreciación de la oportunidad, desde el punto de vista del interés público, de llevar a término un procedimiento de licitación, habida cuenta, entre otras cosas, de la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de*

*la entidad adjudicadora de que se trata. Una decisión de ese tipo puede también motivarse por el nivel insuficiente de competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato.*

*36 En consecuencia, sin perjuicio del cumplimiento de los principios de transparencia y de igualdad de trato, un poder adjudicador no puede estar obligado a llevar a término un procedimiento de adjudicación iniciado y a adjudicar el contrato de que se trata, incluso con el único licitador que queda en liza.*

*[...]*

*38 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si, de conformidad con el Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional competente puede ejercer un control jurisdiccional pleno sobre la decisión de un poder adjudicador, a saber, un control que le permita tener en cuenta la fiabilidad y la conformidad de las ofertas de los licitadores y sustituir con su propia apreciación la evaluación de la entidad adjudicadora relativa a la oportunidad de proceder a revocar la licitación.*

*39 Procede señalar que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el acuerdo por el que se revoca una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores», con respecto a las cuales, en virtud del artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a prever, en su Derecho nacional, procedimientos de recurso con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas materiales del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las disposiciones nacionales que transponen las referidas normas (véanse, en este sentido, las sentencias HI, EU:C:2002:379, apartados 53 a 55, y Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, apartado 29).*

*40 Dado que la Directiva 89/665 se limita a coordinar los mecanismos que existen en los Estados miembros para garantizar que las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos se apliquen plena y efectivamente, dicha Directiva no concreta expresamente el alcance de los recursos que los Estados miembros deben prever a tal fin. Por consiguiente, la cuestión del alcance del control jurisdiccional ejercido en el marco de los recursos a que se refiere la Directiva 89/665 debe examinarse a la luz de la finalidad de esta y procurando no menoscabar su eficacia (sentencia HI, EU:C:2002:379, apartados 58 y 59).*

41 *Procede recordar, a este respecto, que la función del sistema de recursos está regulada en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, con arreglo al cual, en lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.*

42 *De ello se desprende que los procedimientos de recurso previstos por dicha disposición sirven para garantizar el cumplimiento de las normas pertinentes del Derecho de la Unión, en particular, las de la Directiva 2004/18, o de las disposiciones nacionales que transponen tales normas.*

43 *Cabe señalar que dicho control de legalidad no puede limitarse al carácter arbitrario de las decisiones de la entidad adjudicadora (véase, en ese sentido, la sentencia HI, EU:C:2002:379, apartado 63).*

44 *Por tanto, esos recursos tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad.*

45 *A falta de normativa de la Unión específica en la materia, el control jurisdiccional debe regularse por las normas de procedimiento nacionales, sin perjuicio del cumplimiento de los principios de equivalencia y de efectividad (véase, en este sentido, la sentencia HI, EU:C:2002:379, apartado 68). De ese modo, el legislador nacional puede conceder a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes facultades más amplias para ejercer un control de oportunidad.*

46 *En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos y, en particular, el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, deben interpretarse en el sentido de que el control previsto en la citada disposición constituye un control de legalidad de las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las normas pertinentes del Derecho de la Unión o de las disposiciones nacionales que transponen las referidas normas, sin que dicho control pueda limitarse al mero examen del carácter arbitrario de las decisiones del poder adjudicador. No obstante, lo anterior no excluye la facultad del legislador nacional de conceder a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes la facultad de ejercer un control de oportunidad.*

## 1.3

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
de 18 de diciembre de 2014, Data Medical Service (C-568/13),  
ECLI:EU:C:2014:2466**

La Directiva 92/50/CEE (coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios) se opone a una normativa nacional que excluye a un hospital público de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, debido a su condición de entidad pública empresarial, en la medida en que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios.

La Directiva 92/50 y los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad, no se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente. No obstante, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro.

La primera cuestión a dilucidar es la relativa a si resulta conforme con el derecho de la Unión Europea la normativa nacional, interpretada en el sentido de que establece una prohibición general que impide a todos los centros públicos que tienen la condición de entidad pública empresarial, incluidos, en consecuencia, los hospitales universitarios públicos, participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

*35 Así pues, el Tribunal de Justicia ha concluido que tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si solo interviene con carácter ocasional (véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa, EU:C:2009:807, apartado 42).  
[...]*

*37 Como indicó el representante del Gobierno italiano en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, los hospitales universitarios públicos, como el demandante en el litigio principal, en su condición de «entidades públicas empresariales» según su calificación a nivel nacional, están autorizados a operar en el mercado a título oneroso, en sectores compatibles con su misión institucional y estatutaria. En el litigio prin-*

*cipal, parece, además, que las prestaciones que son objeto del contrato público controvertido no son incompatibles con los objetivos institucionales y estatutarios de la Azienda. En estas circunstancias, corresponde al tribunal remitente comprobar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en el apartado 36 de la presente sentencia, que no se pueda impedir a la Azienda participar en esa licitación.*

*38 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50 se opone a una normativa nacional que excluye a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos debido a su condición de entidad pública empresarial, en la medida en que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios.*

En cuanto a la segunda cuestión objeto de análisis, la decisión versaba sobre si las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público participar en una licitación y presentar una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente gracias a la financiación pública que recibe, sin que se hayan previsto medidas correctoras para prevenir las eventuales distorsiones de competencia que de ello resulten.

*41 A este respecto, aun cuando el tribunal remitente considere deseable buscar mecanismos correctores destinados a reequilibrar las condiciones iniciales entre operadores económicos heterogéneos que deban ir más allá de los procedimientos de comprobación de la eventual anormalidad de las ofertas, debe señalarse que el legislador de la Unión, pese a ser consciente de la distinta naturaleza de los competidores que participan en un contrato público, no estableció más mecanismos que el de la comprobación y eventual rechazo de las ofertas anormalmente bajas.*

*42 Además, ha de recordarse que los poderes adjudicadores deberán dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia.*

*43 No obstante, las disposiciones de la Directiva 92/50 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permiten excluir, a priori y sin más examen, de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a un licitador únicamente porque, gracias a las subvenciones públicas que recibe, puede realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de licitadores no subvencionados (véanse,*

*en este sentido, las sentencias ARGE, EU:C:2000:677, apartados 25 a 27, y CoNISMa, EU:C:2009:807, apartados 34 y 40).*

*44 Sin embargo, en determinadas circunstancias particulares, la entidad adjudicadora tiene la obligación o, al menos, la posibilidad, de tomar en consideración la existencia de subvenciones, y en particular de ayudas no conformes con el Tratado, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban (véanse, en este sentido, las sentencias ARGE, EU:C:2000:677, apartado 29, y CoNISMa, EU:C:2009:807, apartado 33).*

*45 A este respecto, como indicó la Comisión en la vista ante el Tribunal de Justicia, el hecho de que el centro público de que se trata disponga de una contabilidad separada entre sus actividades realizadas en el mercado y sus otras actividades puede permitir comprobar si una oferta es anormalmente baja por el efecto de una ayuda de Estado. No obstante, del hecho de que no exista tal separación contable la entidad adjudicadora no puede deducir que la obtención de una subvención o de una ayuda de Estado no conforme con el Tratado haya posibilitado tal oferta.*

*46 Procede poner también de relieve que del tenor literal del artículo 37, apartados 1 y 3, de la Directiva 92/50 se desprende que la posibilidad de rechazar una oferta anormalmente baja no se limita únicamente al supuesto de que la modicidad del precio propuesto en esa oferta esté justificada por la obtención de una ayuda de Estado ilegal o incompatible con el mercado interior. En efecto, esta posibilidad reviste un carácter más genérico.*

*47 Por una parte, del tenor de esa disposición resulta que el poder adjudicador está obligado, al examinar el carácter anormalmente bajo de una oferta, a solicitar al candidato que aporte las justificaciones necesarias para demostrar que su oferta es seria (véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 28).*

*[...]*

*51 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente. No obstante, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en*

*virtud del artículo 37 de dicha Directiva, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro.*

#### 1.4

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13), ECLI:EU:C:2014:2469**

Los artículos 49 TFUE (libertad de establecimiento) y 56 TFUE (libre prestación de servicios) no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que excluye de la participación en un procedimiento de licitación a un operador económico que ha cometido una infracción contra la normativa sobre competencia, infracción que ha sido declarada mediante sentencia judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y por la que se le ha impuesto una multa.

*30 Con respecto a las disposiciones del Tratado FUE citadas en las cuestiones, de la resolución de remisión se desprende que el contrato en cuestión tiene por objeto la prestación de servicios de seguro. Por lo tanto, el artículo 34 TFUE, relativo a la libre circulación de mercancías, no resulta aplicable. En cambio, procede considerar que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, que tratan respectivamente de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, son pertinentes a efectos del asunto principal.*

[...]

*34 En lo relativo a la exclusión de operadores económicos de un contrato público en el contexto de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios previstas en los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, debe señalarse que el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18 permite excluir a todo operador «que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar».*

*35 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «falta en materia profesional», en el sentido de este último precepto, abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no solo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece dicho operador (véase, en este sentido, la sentencia Forposta y ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, apartado*

27). *Dadas las circunstancias, procede considerar que la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, constituye una causa de exclusión comprendida en el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18.*

36 *Pues bien, si es posible establecer tal causa de exclusión en aplicación de la Directiva 2004/18, deberá considerarse justificada a fortiori con respecto a los contratos públicos que no alcancen el umbral pertinente definido en el artículo 7 de dicha Directiva y que, por consiguiente, no están sujetos a los procedimientos particulares y rigurosos previstos por esta (véase, en este sentido, la sentencia *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, EU:C:2014:2063, apartado 37).*

37 *Por otro lado, el considerando 101 de la Directiva 2014/24, adoptada con posterioridad a las fechas en que se produjeron los hechos del litigio principal, al señalar que los poderes adjudicadores han de tener la posibilidad de excluir a los operadores económicos, en particular por faltas profesionales graves, como infracciones de las normas sobre competencia, teniendo en cuenta que tales faltas pueden poner en tela de juicio la integridad de un operador económico, muestra que la causa de exclusión mencionada en el apartado 35 de la presente sentencia se considera justificada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Además, el artículo 57, apartado 4, letra d), de dicha Directiva establece de forma clara y precisa dicha causa de exclusión.*

38 *Debe añadirse que Generali, tal y como ella misma puntualizó en la vista, no se opone a que los Estados miembros puedan establecer, en su normativa nacional, una causa de exclusión de un contrato público basada en la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia por parte del operador económico de que se trate. A lo que se opone es al alcance del artículo 61, apartado 1, letra a), de la Kbt, el cual, en su opinión, constituye una causa de exclusión de rango general que supera ampliamente el marco de las causas de exclusión que figuran en el artículo 45 de la Directiva 2004/18. Ahora bien, tal y como se ha recordado en el apartado 19 de la presente sentencia, el asunto principal trata de la exclusión de Generali de la participación en el contrato público en cuestión por haber cometido una infracción contra las normas sobre competencia, a raíz de la cual se le ha impuesto una multa. Por consiguiente, a efectos de la resolución del litigio principal no resulta pertinente proceder a un análisis de la conformidad con el Derecho de la Unión de otras causas de exclusión amparadas eventualmente por la citada disposición de la normativa húngara.*

*39 A la vista de cuanto antecede, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que excluye de la participación en un procedimiento de licitación a un operador económico que ha cometido una infracción contra la normativa sobre competencia, infracción que ha sido declarada mediante sentencia judicial que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y por la que se le ha impuesto una multa.*

## 1.5

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2015, Stanley International Betting y Stanleybet Malta (C-463/13), ECLI:EU:C:2015:25**

El derecho de la Unión no se opone a que Italia convoque una nueva licitación para adjudicar concesiones en materia de juegos de azar de una duración inferior a las anteriores.

*30 En sus cuestiones primera y segunda, que conviene examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y los principios de igualdad de trato y de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional en el ámbito de los juegos de azar que ordena convocar una nueva licitación para la adjudicación de concesiones de menor duración que las adjudicadas anteriormente, a causa de una reorganización del sistema mediante la equiparación de las fechas de vencimiento de las concesiones.*

[...]

*45 Según reiterada jurisprudencia, deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban el ejercicio de las libertades garantizadas por los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, lo obstaculicen o le resten interés (véase, entre otras, la sentencia *Duomo Gpa* y otros, C-357/10 a C-359/10, EU:C:2012:283, apartados 35 y 36 y jurisprudencia citada).*

*46 Por lo tanto, una normativa de un Estado miembro que, como la controvertida en el litigio principal, supedita el ejercicio de una actividad económica a la obtención de una concesión y establece distintos supuestos de caducidad de la concesión constituye un obstáculo a las libertades así garantizadas por los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véase la sentencia *Costa y Cifone*, EU:C:2012:80, apartado 70).*

47 No obstante, es preciso analizar si cabe admitir tal restricción al amparo de las excepciones –por razones de orden público, seguridad y salud públicas– expresamente establecidas en los artículos 51 TFUE y 52 TFUE, igualmente aplicables en materia de libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE, o si cabe considerarla justificada por razones imperiosas de interés general, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia *Digibet y Albers*, C-156/13, EU:C:2014:1756, apartado 22 y jurisprudencia citada).

48 Así, según reiterada jurisprudencia, la restricción de las actividades relacionadas con los juegos de azar puede justificarse por razones imperiosas de interés general, tales como la protección de los consumidores y la prevención del fraude y de la incitación a los ciudadanos a unos gastos de juego excesivos (sentencia *Digibet y Albers*, EU:C:2014:1756, apartado 23 y jurisprudencia citada).

[...]

50 En el presente asunto, por lo que se refiere a la posibilidad de calificar de «razón imperiosa de interés general» el motivo invocado por las autoridades nacionales para justificar la reducción de la duración de las nuevas concesiones, a saber, la reorganización del sistema de concesiones mediante la equiparación de las fechas de vencimiento, es cierto que, según reiterada jurisprudencia, consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho de la Unión. Este principio resulta especialmente aplicable cuando la excepción de que se trate equivalga a excluir o restringir el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales del Derecho de la Unión (véase la sentencia *Arblade y otros*, C-369/96 y C-376/96, EU:C:1999:575, apartado 37 y jurisprudencia citada).

51 No obstante, procede recordar el particular carácter de la normativa sobre juegos de azar, que forma parte de los ámbitos en que existen considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros. A falta de una armonización en la materia a nivel de la Unión Europea, corresponde a cada Estado miembro apreciar en estos ámbitos, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que conlleva la protección de los intereses afectados, siendo competencia del órgano jurisdiccional remitente, en el marco de un asunto sometido al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE, identificar los objetivos que efectivamente persigue la normativa nacional (sentencia *Digibet y Albers*, EU:C:2014:1756, apartado 24 y jurisprudencia citada).

*52 Por esta razón, en este ámbito específico, las autoridades nacionales gozan de una amplia facultad de apreciación para determinar las exigencias que conlleva la protección de los consumidores y del orden social y, siempre que se respeten por otra parte los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a cada Estado miembro apreciar si, en el marco de los objetivos legítimos que persigue, es preciso prohibir total o parcialmente las actividades relativas al juego y a las apuestas o bien únicamente limitarlas y establecer al efecto mecanismos de control más o menos estrictos (véase la sentencia Digibet y Albers, EU:C:2014:1756, apartado 32 y jurisprudencia citada).*

*53 De ello se deduce que, en este contexto particular, la reorganización del sistema de concesiones mediante la equiparación de las fechas de vencimiento, al establecer nuevas concesiones de menor duración que las otorgadas anteriormente, puede contribuir a una búsqueda coherente de los legítimos objetivos de reducir las ocasiones para jugar o de combatir la criminalidad ligada a los juegos de azar, y puede satisfacer además los requisitos de proporcionalidad exigidos.*

## 1.6

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, eVigilo (C-538/13), ECLI:EU:C:2015:166**

La Directiva 89/665/CEE (Directiva recursos) y la Directiva 2004/18/CE (coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) no se oponen a que se declare la ilegalidad de la evaluación de las ofertas de los licitadores por el mero hecho de que el adjudicatario del contrato haya tenido vínculos significativos con los expertos nombrados por el poder adjudicador que hayan evaluado las ofertas.

El poder adjudicador está obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si –y en qué medida– las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido o no incidencia en la decisión de adjudicación del contrato.

38 *Procede señalar que ni la Directiva 89/665 ni la Directiva 2004/18 contienen disposiciones específicas a este respecto.*

39 *Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase la sentencia Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, EU:C:2010:247, apartado 74 y jurisprudencia citada).*

40 *En particular, la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665 [véase la sentencia Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, apartado 27 y jurisprudencia citada].*

41 *Los mencionados principios no se oponen, por regla general, a que en los Estados miembros pueda declararse la parcialidad de un experto sobre la única base de una situación objetiva con el fin de prevenir cualquier riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato de que se trata que puedan, por ese mero hecho, dar preferencia a un licitador concreto.*

[...]

44 *De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba.*

45 *Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato, en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma*

*universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad, si se acredita debidamente, constituyen elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales.*

El derecho de recurso contra la licitación (es decir, contra su procedencia en términos globales, y no solo contra el acto individual de la adjudicación) ha de resultar accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal derecho de recurso podrá ejercitarse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato.

*53 Procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18.*

*57 Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.*

## 1.7

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2015, Ambisig (C-601/13), ECLI:EU:C:2015:204**

El artículo 53 de la Directiva 2004/18 prevé:

*1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:*

*a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de*

*funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;*

*b) o bien solamente el precio más bajo.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo tercero, en el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1, el poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa.*

*Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada.*

*Cuando, en opinión del poder adjudicador, la ponderación no sea posible por razones demostrables, este indicará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, el orden decreciente de importancia de los criterios.*

La petición de decisión prejudicial versaba, en esencia, sobre la cuestión de si el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 se opone a que la entidad adjudicadora, para la contratación de servicios de carácter intelectual, establezca un criterio de adjudicación que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.

El TJUE delimita su jurisprudencia sobre los criterios de adjudicación, destinados a identificar la oferta económicamente más ventajosa (sentencia Lianakis y otros) y a su vinculación con el objeto del contrato (sentencia Comisión/Países Bajos), admitiendo que para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, el poder adjudicador puede establecer un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.

*23 El órgano jurisdiccional remitente consideró necesario plantear esta cuestión debido a la contradicción que, a su juicio, existe entre, por un lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de verificación de la aptitud de los operadores económicos para ejecutar un contrato y en materia de criterios de adjudicación de los contratos, como resulta de la sentencia Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40) y, por otro lado, la propuesta de la Comisión, que tiene por objeto reformar la normativa de los procedimientos de contratación pública, y el*

*hecho de que la calidad sea uno de los criterios de adjudicación previstos en el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18, criterio que puede estar vinculado a la constitución del equipo, la experiencia y el currículum de sus miembros a los que se encarga la ejecución del contrato.*

*24 Con carácter preliminar, es preciso señalar que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18 (DO L 94, p. 65), que entró en vigor con posterioridad a la fecha de los hechos del litigio principal, no es aplicable al presente asunto.*

*25 Por otro lado, es necesario indicar que la jurisprudencia establecida en la sentencia Lianakis y otros (C-532/06, EU:C:2008:40) se refiere a la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), que fue derogada por la Directiva 2004/18, y que dicha sentencia no excluye que un poder adjudicador pueda, si se cumplen determinadas condiciones, establecer y aplicar un criterio como el que figura en la cuestión prejudicial en la fase de adjudicación del contrato.*

*26 En efecto, la citada sentencia se refiere de hecho a los efectivos y la experiencia de los licitadores en general y no, como en el presente litigio, a los efectivos y la experiencia de las personas que constituyen un equipo particular que, de manera concreta, debe ejecutar el contrato.*

*27 En cuanto a la interpretación, sobre la que versa la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18, procede señalar que dicha Directiva introdujo nuevos elementos en la legislación de la Unión en materia de contratación pública con respecto a la Directiva 92/50.*

*28 En primer lugar, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 establece que «la oferta económicamente más ventajosa» debe ser identificada «desde el punto de vista del poder adjudicador» y, por lo tanto, confiere a dicho poder adjudicador un margen de apreciación mayor.*

*29 En segundo lugar, el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18 precisa que, cuando el contrato deba ser adjudicado al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, procede determinar la oferta que «presenta la mejor relación calidad/precio», lo que puede reforzar el peso de la calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos.*

30 Asimismo, es preciso añadir que los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 53, apartado 1, de la Directiva 2004/18. Así pues, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección solo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, la sentencia Lianakis y otros, C-532/06, EU:C:2008:40, apartados 28 y 29, y jurisprudencia citada). A tal efecto, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 impone expresamente que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato (véase la sentencia Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 86).

31 La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.

32 Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.

33 Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.

34 Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate.

35 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial que, para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y currículum de sus miembros.

## 1.8

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
de 16 de abril de 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14),  
ECLI:EU:C:2015:228**

En el marco de un contrato público que presenta un interés transfronterizo cierto, las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, y en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como la obligación de transparencia, impiden que el poder adjudicador rechace una oferta que reúne los requisitos de la convocatoria de la licitación basándose en motivos no previstos en dicha convocatoria

*8 El 20 de noviembre de 2013, el Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia convocó una licitación telemáticamente al objeto de adjudicar un contrato de suministro de sistemas y de material informático. El valor estimado de dicho contrato ascendía a 259 750 lei rumanos (RON) excluido el IVA. Dicho importe equivale aproximadamente a 58 600 euros.*

*9 Por lo que respecta a la unidad central del sistema informático, la documentación del contrato precisaba que el procesador debía corresponder, como mínimo, a un procesador «Intel Core i5 3,2 GHz o equivalente».*

*10 La oferta presentada por EFS incluía un procesador de la marca AMD y de tipo Quad Core A8-5600k, dotado de seis núcleos, con frecuencia standard de 3,6 GHz y frecuencia «turbo» de 3,9 GHz.*

*11 Dicha oferta fue rechazada basándose que no respetaba las especificaciones técnicas del contrato. El poder adjudicador llegó a tal conclusión tras haber comprobado, en una consulta del sitio de Internet de Intel, que los procesadores de tipo Intel Core i5 con frecuencia de 3,2 GHz de primera y de segunda generación (Core i5-650) ya no se fabricaban ni recibían soporte técnico por parte de Intel, aunque siguieran comercializándose, y que el procesador que Intel seguía fabricando del mismo tipo y con una frecuencia de al menos 3,2 GHz era el procesador de tercera generación. Al comparar el procesador propuesto por EFS con dicho procesador de tercera generación, cuyas prestaciones son superiores, el primero fue declarado no conforme con las especificaciones técnicas del contrato.*

*[...]*

*23 En consecuencia, en el marco de un contrato no sujeto a la Directiva 2004/18 pero que presenta un interés transfronterizo cierto, procede entender que la cuestión prejudicial versa sobre las implicaciones de las normas fundamentales y de los principios generales del Tratado, en*

*particular, los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva.*

*24 Cabe señalar además que, en el litigio principal, el cese de la fabricación manteniéndose la disponibilidad en el mercado no afecta al producto presentado por un licitador, sino al producto al que se refiere la especificación técnica controvertida. Por tanto, la cuestión pertinente no es dilucidar si el poder adjudicador puede, al margen de toda precisión al respecto en la documentación del contrato de que se trata en el litigio principal, exigir que el producto propuesto por un licitador se siga fabricando, sino si un poder adjudicador que ha definido una especificación técnica por referencia a un producto de una determinada marca puede, en caso de que cese la fabricación de este último, modificar dicha especificación refiriéndose al producto comparable de la misma marca que se sigue fabricando y cuyas características son diferentes.*

*25 Por lo que respecta a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como a la obligación de transparencia, debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público (véase la sentencia Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 31 y 32).*

*26 La obligación de transparencia tiene por objeto, en particular, garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (véase, por lo que respecta al artículo 2 de la Directiva 2004/18, la sentencia SAG EL V Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 25 y la jurisprudencia citada).*

*27 Ahora bien, dicho objetivo no se alcanzaría si el poder adjudicador pudiera incumplir los requisitos que él mismo ha fijado. De este modo, el poder adjudicador tiene prohibido modificar los criterios de adjudicación durante la licitación. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación así como la obligación de transparencia tienen, a este respecto, el mismo efecto en lo que atañe a las especificaciones técnicas.*

*28 Por tanto, el principio de igualdad de trato y obligación de transparencia prohíben al poder adjudicador descartar una oferta que reúna los requisitos del anuncio de licitación fundándose en motivos no previstos en el citado anuncio (sentencia Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, apartado 54).*

*29 En consecuencia, el poder adjudicador no puede, tras publicarse una convocatoria de licitación, proceder a una modificación de las especi-*

*caciones técnicas relativas a un elemento de un contrato, violando los principios de igualdad de trato y de no discriminación así como la obligación de transparencia. Es indiferente, a este respecto, que el elemento al que se refieren dichas especificaciones siga o no fabricándose o disponible en el mercado.*

## 1.9

### **STS, Secc. 7.<sup>a</sup>, 5/11/2014, RC 3733/2013. Contrato para la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo de vehículos. Ayuntamiento de El Puig. Transmisión de los derechos y deberes de la concesión por la entidad adjudicataria inicial. Desviación procesal existente**

La sentencia recuerda que, en lo que se refiere a la contratación pública, deben diferenciarse tres cuestiones: (i) la nulidad del contrato; (ii) su incumplimiento; y (iii) el rescate.

*La nulidad, expuesta aquí en lo esencial, es la invalidez que afecta al contrato bien porque lo sean sus actos de preparación y adjudicación, o bien porque cualquiera de sus elementos estructurales incurra en infracciones normativas que lleven aparejada como consecuencia la falta de validez jurídica del vínculo contractual. Mientras que el incumplimiento y el rescate no solo no comportan la invalidez del vínculo contractual sino que presuponen su eficacia y exigibilidad jurídica, y lo que encarnan son hechos sobrevenidos a lo largo de la dinámica del contrato que permiten instar la ruptura del vínculo o unas consecuencias sobreañadidas a sus naturales efectos o ambas cosas; así, el incumplimiento es la negativa o resistencia de uno de los contratantes a llevar a cabo las prestaciones que le corresponden, y el rescate es, en el contrato de gestión de servicios públicos, la decisión unilateral y discrecional de la Administración, por razones de interés público, de poner fin a la concesión antes de que llegue el plazo de su vencimiento para asumir ella la gestión directa del servicio.*

El Tribunal Supremo confirma la desviación procesal apreciada por la sentencia recurrida para rechazar la nulidad del Decreto de la Alcaldía de El Puig (Valencia) de fecha 13 de noviembre de 1996, que fue pedida con fundamento en la nulidad del contrato de concesión. Lo solicitado fue la «regularización» del contrato o el «rescate» de la concesión, y una y otra cosa equivalen a admitir y mantener la validez del contrato.

*Dicho de otro modo, ese escrito de 24 de julio de 1996 no solo no incluyó la nulidad del contrato en las peticiones alternativas formuladas en la “suplica” de su parte final, sino que cualquiera de esas peticiones alternativas equivalía a aceptar la validez del vínculo contractual y era contradictoria con la petición de su nulidad.*

*Por tanto, es acertado el principal argumento que la sentencia aquí recurrida invoca para justificar esa desviación procesal que declara para la nulidad contractual preconizada en la demanda del proceso de instancia: que se trata de una pretensión distinta de las que fueron articuladas en la vía administrativa.*

### 1.10

#### **STS, Secc. 7.ª, 24/9/2013, RC 5836/2011. Ordenanza tasa por abastecimiento de agua. Ayuntamiento de Olivenza. La fijación de la tarifa fijada no respeta el parámetro de consumo de agua fijado en el pliego del concurso para la concesión de la gestión de dicho servicio municipal**

La sentencia confirma el pronunciamiento de instancia que decidió estimar parcialmente el recurso promovido por una adjudicataria del concurso para la concesión de la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable del municipio, contra un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Olivenza por el que se aprobaba la modificación de la Ordenanza reguladora de la tasa por abastecimiento de agua, y la anula al no haber fijado los costes del servicio (tarifa) tomando en consideración el parámetro de consumo de agua que figuraba en el pliego que regía el concurso.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo subraya que el contrato y la Ordenanza, aunque actuaciones jurídicas distintas, están estrechamente relacionadas, pues la tasa impuesta por la Ordenanza, en la medida en que tiene por finalidad retribuir los derechos de la concesionaria, requiere considerar los términos del contrato.

Descarta la incongruencia y la vulneración de los preceptos del Código Civil sobre interpretación de los contratos, pues la Sala de instancia no tiene dudas sobre la intención de los contratantes.

Tampoco hay vulneración del principio de riesgo y ventura, pues la sentencia no reconoce a la concesionaria una compensación para restaurar el equilibrio financiero alterado, y considera que si el Ayuntamiento quiere dejar sin efecto el contrato deberá iniciar actuaciones a tal fin sin que, hasta tanto, pueda dejar de cumplir sus obligaciones. Descarta, en fin, que la sentencia

imponga un contenido normativo a la Ordenanza, pues solo señala cómo han de calcularse los costes.

Señala la sentencia que:

*[...] para acreditar la ecuación importe conjunto de la tasa/coste de servicio dispuesta por el artículo 24.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, el informe técnico-económico sobre la cobertura del coste en que debe apoyarse el establecimiento de la tasa (artículo 26 del mismo texto legal) deberá considerar o incluir, para determinar ese coste, una retribución de la concesionaria que haya sido determinada con la ponderación de esa facturación anual que antes se ha mencionado.*

Y añade que:

*[...] mientras que el contrato comporta una relación entre el Ayuntamiento y Aqualia, la Ordenanza lo que regula es la relación tributaria existente entre el Ayuntamiento (como titular y responsable del servicio municipal de que se viene hablando) y el usuario del servicio municipal que viene obligado a pagar como sujeto pasivo la tasa generada por dicho servicio.*

*Pero, pese a ser diferentes, ambas actuaciones están íntimamente relacionadas en lo que ha sido objeto de controversia en el proceso de instancia por lo siguiente: la tasa regulada por la Ordenanza Fiscal, en la medida en que tiene como finalidad retribuir a AQUALIA sus derechos como concesionaria que ha asumido la gestión indirecta del servicio municipal de abastecimiento de agua, requiere considerar los términos del contrato, porque solo así puede determinarse si el importe de dicha tasa cumple con la exigencia legal de que, valorada en su conjunto, se ajuste al coste real o previsible del servicio (artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 5 de marzo de 2004).*

*A lo anterior ha de añadirse lo siguiente: (a) el límite del coste del servicio que el artículo 24.2 antes mencionado dispone lo es respecto del gravamen máximo que por la tasa ha de soportar el contribuyente y como una garantía de este; y (b) consiguientemente, ese precepto no impide tasas cuya carga resultante para el contribuyente esté por debajo de ese límite.*

La sentencia va acompañada de un voto particular de D. José Díaz Delgado (al que se adhiere D. Vicente Conde Martín de Hijas), que concluye que:

*[...] la Ordenanza, aun cuando no alcanzara el valor real del coste efectivo, sería legal, y se trata de una disposición general, al margen del contrato de gestión del servicio público, que podrá anularse, resolverse, o sufrir cualquier otra contingencia. En otras palabras, es un regla-*

*mento que puede, mientras no sea derogado, superar la vida contractual cuyo contenido se pretende traer a la misma.*

## 2

### Urbanismo y medio ambiente

#### 2.1

#### **STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 13 de junio de 2011 (recurso de casación 4045/2009): principio de no regresión en materia de zonas verdes y suelos protegidos**

El principio de no regresión planificadora constituye un límite a la discrecionalidad en relación con las innovaciones de planeamiento que afecten a la calificación de zonas verdes.

Según la STS de 13 de junio de 2011:

*[...] una vez establecida una zona verde esta constituye un mínimo sin retorno una suerte de cláusula “stand still” propia del derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen n.º 3297/2002.*

El principio alcanza su formulación acabada mediante su anclaje tanto en el derecho positivo interno (concretamente en el marco constitucional – artículos 45 a 47 de la Constitución– y en el principio de desarrollo sostenible positivizado por el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) como en el derecho de la Unión europea (artículos 4, 11, y 191 a 193 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea), hasta el punto de que se habla de la acuñación de un nuevo principio jurídico para la protección del medio ambiente urbano –el principio de *standstill* o de no regresión– como principio que impone una «irreversibilidad relativa» a la calificación de las zonas verdes.

Desde la estricta perspectiva del análisis del plus de motivación de las innovaciones de planeamiento que inciden sobre zonas verdes o suelos protegidos, interesa destacar que lo que se deriva del principio de no regresión planificadora de la protección medioambiental es la necesidad de que cualquier alteración de la calificación o clasificación del suelo, ambientalmente relevante, venga expresamente motivada por la concurrencia de un interés público prevalente.

Como dice la sentencia de 29 de marzo de 2012 (recurso de casación 3425/2009):

*[...] con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos –como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos–, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que –por supuesto– se encuentra investido el planificador.*

## 2.2

### **STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 8 de abril de 2015 (recurso de casación 3068/2012). Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Valdemoro. Falta de motivación del cambio de clasificación de varios ámbitos de suelo no urbanizable de especial protección. Principio de no regresión**

*Por otra parte no cabe tampoco desconocer que tratándose de la clasificación como suelo urbanizable no sectorizado de cuatro ámbitos que el anterior planeamiento clasificaba como suelo no urbanizable de especial protección, nos movemos en el ámbito de aplicación del principio de no regresión planificadora para la protección medioambiental [cfr. STS de 30 de septiembre de 2011 (Casación 1294/2008); de 29 de marzo de 2012 (Casación 3425/2009); de 10 de julio de 2012 (Casación 2483/2009); de 29 de noviembre de 2012 (Casación 6440/2010), y de 14 de octubre de 2014 (Casación 2488/2012)] que, por lo que aquí interesa, comporta la exigencia de una especial motivación de las innovaciones de planeamiento que incidan sobre la clasificación de las zonas verdes o la clasificación de los suelos especialmente protegidos porque, como dijimos en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2011. (Casación 1294/2008) El citado principio de no regresión “nos sitúa en el ámbito, propio del derecho medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de –o, de no poder alterar– una clasificación o calificación urbanística –como podría ser la de las zonas verdes– directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso. En el fundamento jurídico anterior ya lo hemos mencionado, como principio standstill, y que, en otros países, ha sido entendido como “efecto trinquete”, como*

*“intangibilidad de derechos fundamentales” o “de derechos adquiridos legislativos”, o, incluso como principio de “carácter irreversible de derechos humanos”. También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una “cláusula de statu quo” o “de no regresión”, con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental.(...)En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos –como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos–, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que –por supuesto– se encuentra investido el planificador (FJ 6).*

### 2.3

**STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2014 (recurso de casación 2173/2012). Plan General de Ordenación Urbana. Recalificación del suelo cedido gratuitamente para equipamientos y espacios libres a suelo destinado a la construcción de viviendas de protección oficial. Falta de justificación de la discrecionalidad de la Administración urbanística y desconocimiento del principio de no regresión**

*SEXTO. También debemos desautorizar la tesis de la comunidad de propietarios recurrente tendente a perpetuar el destino del suelo cedido para equipamientos o espacios libres aún cuando se revise el planeamiento general o se apruebe un nuevo plan general de ordenación urbana, sin necesidad, para ello, de que repitamos ahora la copiosa doctrina jurisprudencial relativa al ius variandi de la Administración urbanística.*

*Es, por consiguiente, posible y admisible jurídicamente que la Administración, al aprobar un nuevo planeamiento general, altere o cambie, en uso de su discrecionalidad, el destino de los suelos que, conforme al planeamiento anterior, fueron cedidos gratuitamente, en cumplimiento de sus deberes urbanísticos, por los propietarios para equipamiento o*

*espacios libres, siempre que se haga dentro de los límites legalmente establecidos y se justifique debidamente, teniendo en cuenta también lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado principio de no regresión planificadora en materia de zonas verdes y suelos protegidos.*

*En consecuencia, todos los motivos y argumentos esgrimidos por la representación procesal de la recurrente, tendentes a impedir que la Administración urbanística cambie o altere el destino del suelo cedido para equipamientos y espacios libres, no pueden tampoco prosperar.*

## 2.4

**STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2014 (recurso de casación 2948/2012). Competencias municipales en materia de licencias de construcción en el espacio portuario. Otorgamiento de licencias municipales de construcción de obras que se efectúen en el entorno portuario. Construcción de dos pabellones en el muelle para almacén de materiales ligeros: obra pública de interés general al tratarse de actividad comercial a desarrollar en zona de servicio portuaria, y que constituye actividad complementaria de la principal con independencia de que su uso corresponda al concesionario y no a la autoridad portuaria. Exención de licencia municipal: criterio que no se opone a la doctrina legal fijada en la materia por el Tribunal Supremo**

*QUINTO. Pues bien, la viabilidad del recurso va a depender de que consideremos, o no, las obras que se pretenden realizar en el Muelle de la Herrera del Puerto de Pasajes como “obras públicas de interés general”, que es el concepto determinante de la exclusión del control municipal de las mismas a través de la licencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 19.3 de la LPEMM (hoy 60 del TRLPEMM). El Juzgado de instancia de San Sebastián consideró que no concurría tal condición de “obras públicas de interés general”, por cuanto, según expresa la sentencia, “en el supuesto litigioso, las características de la obra proyectada “construcción de dos pabellones en el Muelle de la Herrera” evidencian que se tratan de obras de naturaleza esencialmente urbanísticas, por lo cual, procede la aplicación de la ordenación urbanística para los usos del suelo y su edificación siendo exigible la correspondiente licencia municipal”, teniendo, además, en cuenta que las edificaciones van a ser del uso del concesionario y no de la Autoridad Portuaria, pues, según obra en el Proyecto, el uso característico seña-*

*lado del edificio es de “almacén de materiales ligeros, de poca entidad, peso y carga al fuego. El tipo de materiales a almacenar dependerá de la empresa concesionaria”, añadiendo que “aún encontrándose en el espacio físico del puerto se trata de espacios no destinados a las actividades estrictamente portuarias”.*

*Por su parte, la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia llega a la conclusión contraria, y, tras reproducir el artículo 212 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco y 19 de la LPEMM y dejar constancia de la doctrina contenida en la STC 40/1998, de 19 de febrero y STS de 1.º de abril de 2012 SIC, señala que en el supuesto de autos “se trata de la construcción de dos pabellones, en la zona de servicio del Puerto, para almacén de materiales ligeros, de poca entidad, peso y carga al fuego”, añadiendo que “se trata, por tanto, de una actividad comercial a desarrollar en zona de servicio portuaria”, sin que pueda incluirse en el artículo 3.6 de la LPEMM, ni, desde otra perspectiva –tratándose de un puerto comercial– la construcción de dos pabellones del almacenamiento de mercancías, sea “ajena al uso portuario”, considerándose por el artículo 94.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre como usos portuarios, las “actividades lógicas y de almacenajes”. En el supuesto de autos –insiste la sentencia de instancia– “se trata de construir pabellones para almacenar mercancías, lo que no es una actividad ajena a la propia de la actividad comercial portuaria, aunque sea auxiliar o complementaria, como instalaciones propias del uso portuario, y relacionadas con la actividad comercial portuaria”.*

## 2.5

**STS, Secc. 5.ª, de 26 de febrero de 2014 (recurso de casación 3745/2011). Control por la Administración autonómica de los elementos discrecionales del Plan con ocasión de la aprobación definitiva. La genérica invocación de los principios de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente y la salud no legitiman la denegación de la aprobación definitiva por parte de la Administración autonómica. Control de oportunidad. Alcance**

*Porque, en efecto, la Comunidad Autónoma está legitimada a actuar en tales términos si mira con ello a la satisfacción de intereses supralocales. Y la concurrencia de tales intereses es lo que efectivamente trata de acreditar acudiendo a la invocación del principio de desarrollo sosteni-*

*ble y a los derechos constitucionales a la protección del medio ambiente y de la salud.*

*Sin embargo, no cabe aceptar que la invocación de estos principios y derechos pueda servir para trastocar el ámbito de las competencias respectivas que en materia urbanística corresponden a la Administración autonómica y a la Administración municipal.*

*Mediante el simple expediente del recurso a la fórmula indicada podría así legitimarse con suma sencillez un amplísimo trasvase de competencias a favor del primer grupo de estas Administraciones, en la medida en que en la ordenación urbanística está siempre comprometida la efectividad del principio de desarrollo sostenible y de los derechos constitucionales antes indicados.*

*Por tanto, ha de concluirse que apelando solamente a ellos no puede esgrimirse la presencia de intereses supralocales y la necesidad de preservar la satisfacción de intereses de dicha índole.*

## 2.6

**STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 2014 (recurso de casación 1429/2012). Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado o la comunidad autónoma.**

**Actos que infrinjan el ordenamiento jurídico. Requerimiento para anulación de acuerdo. Requerimiento de anulación de acuerdo por infringir el ordenamiento jurídico efectuado por la comunidad autónoma. Suficiencia de la motivación *in allunde*. Operatividad del plazo de 15 días previsto en la legislación específica de régimen local; el requerimiento de anulación afecta no solo a los actos administrativos sino también a las disposiciones generales y entre ellas a los acuerdos aprobatorios de los planes de urbanismo. Posibilidad de su anulación en virtud del requerimiento efectuado**

*TERCERO. Despejada la incógnita sobre el denunciado vicio in procedendo, cabe examinar el primer motivo articulado a través del art. 88.1.d) de la LJCA, que considera inadecuada la vía del artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local –LBRL–, en tanto, a su juicio, este procedimiento impugnatorio quedaría reservado para la anulación de los actos administrativos, no así para las disposiciones de carácter general, categoría de la que indubitadamente participan los planes urbanísticos y, dentro de estos, los estudios de detalle.*

*Acude para sustentar su tesis a varios argumentos:*

a) *la interpretación literal del precepto, que a su vez reproduce el artículo 215 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales –ROF–, en que se habla de actos y acuerdos, no así de reglamentos o disposiciones.*

b) *el hecho de que la jurisprudencia de este Tribunal, en varias sentencias que cita y reproduce en lo pertinente, asimila esta figura impugnatoria con el recurso potestativo de reposición –que cataloga como especial– pero de cuyo ejercicio están objetivamente excluidas las disposiciones de carácter general.*

*El motivo debe ser desestimado.*

*El artículo 65 LBRL dispone lo siguiente:*

*“1. Cuando la Administración del Estado o de las comunidades autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.*

*2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.*

*3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello.*

*4. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción”.*

*La interpretación literal o gramatical de un precepto no es sino un punto de partida en la indagación de su verdadero alcance o finalidad. En este caso, es de considerar que la referencia a actos y acuerdos a que alude el precepto –y reproduce en términos sustancialmente coincidentes el art. 215 ROF– debe incluir no solo los actos administrativos, sino también las disposiciones de carácter general, por varias razones:*

a) *En la aprobación de los reglamentos y, en especial, de los instrumentos de planeamiento urbanístico, es dable distinguir entre el acto de aprobación y el contenido normativo en él aprobado. Tal es la tesis que luce en la sentencia (punto 1.1.º del fundamento segundo), considerando como acuerdo el adoptado aquí por un órgano colegiado válidamente constituido en el ejercicio de su competencia. Así, tal como cita la sentencia de instancia, el artículo 123.1.i) de la LBRL asigna al pleno municipal “la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística”, remisión concordante con la contenida en el artículo 50.20 ROF, que también debe entenderse hecha al artículo 89.2 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.*

*Así, la posibilidad de impugnar el acuerdo plenario de aprobación de un plan, que permite expressis verbis el repetido artículo 65 LBRL, trae consigo de suyo la posibilidad de dirigir el requerimiento y eventual impugnación a la norma reglamentaria aprobada.*

b) *La jurisprudencia de este Tribunal Supremo citada por la sociedad recurrente no niega frontalmente la impugnabilidad de disposiciones generales a través de la vía establecida en el artículo 65 LBRL, previo requerimiento a la entidad local por la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, sino que se trata de una consecuencia que la recurrente infiere de la naturaleza jurídica que al indicado mecanismo le atribuye dicha doctrina como recurso de reposición especial. Sin embargo, esa calificación ha sido objeto de significativa matización en sentencias más recientes, entre ellas la de 20 de junio de 2013 (recurso de casación n.º 2815/2011):*

*“En alguna sentencia de esta Sala (STS de 2 de julio de 1999, Rec. Cas. n.º 2603/95, con invocación de otra anterior, de 12 de marzo de 1990), incluso, pudo apuntarse en la dirección antes indicada, al considerar que la vía que instrumenta el artículo 65 LBRL parece que hay que entenderla como un recurso de reposición especial potestativo previo al contencioso-administrativo.*

*Sin embargo, la jurisprudencia más reciente no lo entiende así y considera que se trata de mecanismos distintos. Así, en la STS de 4 de abril del 2007 (Rec. Cas. n.º 1527/2002) se hace notar que el requerimiento previsto en el artículo 65 de la LBRL, cuya finalidad es ofrecer a la entidad local la posibilidad de revisar su inicial acto sin necesidad de seguirse para ello un proceso jurisdiccional, es configurado por el artículo 65 como un mecanismo distinto al recurso administrativo.*

*En su respaldo, la LRJCA de 1998, posterior a la LRBRL, en su artículo 44 configura los requerimientos interadministrativos como figuras diferentes a los recursos administrativos y, de hecho, los plazos para acudir a la jurisdicción son distintos cuando se ha interpuesto un recurso administrativo y cuando se ha practicado el requerimiento potestativo.*

*Para el caso de que al recurso contencioso haya precedido el requerimiento potestativo previsto en el artículo 65 LRBRL, el Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986), establece en los apartados 4 y 5 de su artículo 215 los plazos para acudir a la jurisdicción.*

*Dicho de otro modo, de haberse optado por el requerimiento, puede impugnarse el acto o disposición de la que se trate en los dos meses siguientes al día en que venza el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento.*

*Por lo demás, el número 5 citado permite, desde luego, “impugnar el acto o acuerdo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa directamente, sin necesidad de formular requerimiento, en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo”. En las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1997 (Rec. Cas. n.º 1441/1997 [sic]) y 4 de julio de 2002 (Rec. Cas. n.º 6133/1997) se ha insistido en la necesidad de que sea respetado el plazo de quince días establecido en el artículo 65 de la LRBRL para que se pueda reconocer eficacia al requerimiento previo que en dicho precepto se regula.*

*Las diferencias apuntadas obstaculizan, así, pues, la aplicación de la jurisprudencia citada por la Administración autonómica, que se refiere a supuestos en que los administrados actúan contra las desestimaciones de los recursos administrativos interpuestos extemporáneamente en los que la Administración no ha tachado la extemporaneidad.*

*E) Y lo más importante que interesa subrayar a este respecto. Tales diferencias obedecen, además, a una importante razón de fondo. Sucede también, y esto es definitivo, que la interpretación de los preceptos relativos a la impugnación por las Administraciones estatal y autonómica de los acuerdos de las corporaciones locales, entre ellos el artículo 65 de la LRBRL, ha de ser objeto de interpretación restrictiva (en el sentido justamente opuesto a aquella que procede en el ámbito de los recursos administrativos, en que ha de prevalecer la virtualidad del principio pro actione), por las razones que quedan perfectamente consignadas en la sentencia de 14 de junio de 2006 (Rec. Cas. n.º 4748/2000), a la que pertenecen los siguientes pasajes:*

*“Una vez más debe recordarse que la sentencia de esta Sala de 2 de enero de 2002 (Recurso 8098/1996) declara que, según reiterada jurisprudencia, el procedimiento de impugnación de acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado o de las comunidades autónomas debe ser interpretado restrictivamente, en cuanto implica una limitación de la autonomía local en aras de facultades de tutela reconocidas a las Administraciones territoriales de ámbito superior.*

*También subraya, en relación a ese procedimiento de impugnación regulado en el artículo 65 de la LRBRL, que el plazo para presentar el requerimiento es determinante, pues de la Ley se deduce que la Administración tutelante puede optar por la vía de dicho requerimiento previo o por la presentación directa del recurso contencioso-administrativo.*

*Y las sentencias también de esta Sala de 10 de noviembre de 1997 (Recurso 1441/1997) y 4 de julio de 2002 (Recurso 6133/1997) han insistido igualmente en la necesidad de que sea respetado el plazo de quince días establecido en el citado artículo 65 de la LRBRL para que se pueda reconocer eficacia al requerimiento previo que en dicho precepto se regula”.*

*Por tanto, además de distintos y no equiparables los mecanismos de impugnación de los particulares y de las Administraciones estatal y autonómica respecto de la local, hemos de subrayar que es la autonomía local a la postre la que justifica una interpretación estricta del dies a quo en el cómputo de los plazos que se conceden a las comunidades autónomas en este tipo de impugnaciones o controles, y así lo hicimos notar también en la STS de 25 de febrero del 1995 (Rec. Cas. n.º 2335/1992).*

*Las relaciones interadministrativas aparecen presididas por sus propios principios. En lo que directamente interesa ahora resaltar, conforme a la LRBRL, se ha suprimido ciertamente el antiguo sistema de tutela administrativa existente con anterioridad a la Constitución, que venía a constituir uno de los signos característicos de la regulación a la sazón existente del denominado “régimen local”. Queda abierta la vía con la LRBRL, sin embargo, para la impugnación jurisdiccional por el Estado y las comunidades autónomas de los acuerdos de las corporaciones locales por razones de legalidad, esto es, más allá de las exigencias ordinarias de legitimación requeridas para el acceso a la justicia. Ahora bien, no cabe ampararse en interpretaciones expansivas o analógicas sin base legal para reducir el margen de la autonomía local, precisamente, porque la garantía de dicha autonomía ha pasado ahora a ser el principio nuclear en esta nueva etapa del régimen local”.*

*En suma, no cabe mantener en la actualidad esa asignación al requerimiento del artículo 65 LBRL de la naturaleza de recurso potestativo especial de reposición, por las razones expuestas, ni aunque por hipótesis así fuera, tal semejanza significaría la asimilación de todo el régimen legal de los recursos administrativos, con exclusión en ellos de la impugnación de reglamentos, que carece de sentido trasladar aquí.*

*c) La propia sentencia mencionada y transcrita utiliza como canon interpretativo la referencia al artículo 44 de la LJCA. Una interpretación sistemática e integradora de ambos preceptos permite concluir que en el requerimiento del artículo 65 LBRL tiene también cabida la impugnación de reglamentos, pues de entenderse lo contrario, la salvedad que el apartado 4 de aquel contiene en favor de la legislación local tendría un carácter absoluto e incommunicable –no limitado solo a los plazos y al procedimiento–, de suerte que podría llegarse a la conclusión absurda de que una Administración local podría impugnar previo requerimiento un reglamento estatal o autonómico –por permitirlo el artículo 44.1 LJCA– y en cambio los reglamentos locales quedarían inmunes a la posibilidad preventiva que el requerimiento comporta –por prohibirlo el artículo 65 LBRL, interpretado con plena desconexión del artículo 44 LJCA–.*

*d) Además, una interpretación teleológica o finalista del precepto corrobora la tesis, pues el diseño del artículo 65 LBRL es arbitrar un mecanismo de control de la actividad local por parte de las Administraciones que tienen confiada su tutela, en el marco de las competencias legalmente asignadas a unas y otras; y, al tiempo, evitar los litigios entre Administraciones mediante la concesión de una última oportunidad de acomodo de dicha actividad local al ordenamiento jurídico. Siendo ello así, carecería de sentido que esa posibilidad legal estuviera reservada solo a lo menos –los actos administrativos–, y vedada a lo más –los reglamentos– cuando la afectación del interés público en una disposición general de cuya conformidad a Derecho se duda puede ser, por lo común, mayor que la que pudiera ocasionar un mero acto de aplicación.*

*CUARTO. El segundo de los motivos aducidos pone en tela de juicio, al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA, la interpretación que la sentencia de instancia efectúa sobre el artículo 44 de la LJCA, que por tanto se considera infringido. Tampoco puede ser estimado el motivo, en buena parte por lo razonado en el anterior. No es ocioso recordar que en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (recurso de casación n.º 5202/2006), citada en la sentencia impugnada,*

*se debate exclusivamente sobre el plazo para formular el requerimiento, donde obviamente prevalece la lex specialis en materia local sobre la norma general, válida indistintamente para todas las Administraciones públicas. De hecho, lo que se pretendía en ese asunto, para orillar la extemporaneidad, era invocar el plazo de un mes contenido en el artículo 44.1 LJCA, en lugar del más reducido de quince días que prevé el artículo 65 LBRL.*

*Las otras sentencias invocadas, citadas en la de 19 de julio de 2010, se refieren también al plazo de formulación del requerimiento previo o de interposición del subsiguiente recurso jurisdiccional, donde la prevalencia de la legislación de régimen local es clara y evidente, por la remisión del artículo 44.4 LJCA.*

*La única referencia de la sentencia al art. 44 de la Ley Jurisdiccional lo interpreta correctamente, pues lo invoca para integrar en el objeto del requerimiento del artículo 65 LBRL –actos y acuerdos, según su mero tenor literal– también el conjunto de manifestaciones de la actividad administrativa impugnables que menciona el artículo 25 de la propia Ley Jurisdiccional, fórmula interpretativa a la que este propio Tribunal Supremo ha dado ya acogida, según lo expuesto en el fundamento anterior.*

### 3

## Derecho tributario

### 3.1

#### **STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 2014 (recurso de casación 3619/2012). Compensación de los créditos a favor de Telefónica de España, por los servicios de telecomunicaciones que posee respecto de las corporaciones locales, con los créditos tributarios que estas tienen a su favor por los tributos locales bajo el régimen de la Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España**

La pretensión esgrimida por Telefónica consistía en una solicitud de compensación, por parte de Telefónica Nacional de España S.A., de las deudas tributarias derivadas de la Ley 15/1987, con las corporaciones locales, respecto de los créditos que aquella tenía frente a las mismas.

La sentencia de instancia, tras analizar el contenido del artículo 61 de la Ley General Tributaria 58/2003, de los artículos 3 y 4 de la Ley 15/1987, de

30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España, y del artículo 3 del Real Decreto 1334/1998, por el que se desarrolla la Ley 15/1987, deniega la pretensión actora en base a las siguientes consideraciones:

- 1.<sup>a</sup> No concurre el primer requisito exigido en el artículo 1196 del Código Civil, puesto que los ayuntamientos no son acreedores directos del importe que resulta de las declaraciones-liquidaciones de Telefónica, no obstante ser beneficiarios del mismo, sino que en virtud del régimen especial la exacción de todos los tributos se sustituye por una compensación en metálico, con la excepción del IBI, del que sí son acreedores directos los ayuntamientos, y que por tanto es susceptible de compensación.
- 2.<sup>a</sup> No se ajusta a la realidad, como pretende la recurrente, que la Ley 15/1987 solo configure una forma de pago de los tributos locales que no sustituye la relación jurídico-tributaria, puesto que el artículo 4 de la precitada Ley determina clara y expresamente lo contrario, y en virtud de la sustitución prevista en el referido precepto se fija un porcentaje de facturación ajeno a la efectiva realización de los hechos imposables por el sujeto pasivo y, por tanto, a la válida constitución de la relación tributaria, ya que el acreedor de tales deudas tributarias es el Estado y no las entidades locales, aunque sean sus beneficiarias, siendo, en consecuencia, el Estado y no las entidades locales quien puede exigir el pago de las mismas.

A los efectos de abordar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la relación jurídica entre las corporaciones locales y Telefónica, el Tribunal Supremo profundiza en el régimen fiscal de Telefónica de España en materia de tributos locales:

*El art. 3 de la Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España en su redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, establece que “respecto de los tributos locales, la Compañía Telefónica Nacional de España estará sujeta al Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondientes a los bienes de naturaleza rústica y urbana de su titularidad, con arreglo a la legislación tributaria del Estado y a las normas reguladoras de dicho impuesto”.*

*Por su parte, el art. 4 de dicha ley dispone: “1. Por lo que se refiere a los restantes tributos de carácter local y a los precios públicos de la misma naturaleza, las deudas tributarias o contraprestaciones que por su exacción o exigencia pudieran corresponder a la Compañía Telefónica Nacional de España se sustituyen por una compensación en metálico de periodicidad anual. 2. Dicha compensación será satisfecha tri-*

*mestralmente por la Compañía Telefónica Nacional de España a los ayuntamientos y diputaciones provinciales, en la forma que reglamentariamente se determine, y consistirá en un 1,9 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada término municipal y en un 0,1 por 100 de los que obtenga en cada demarcación provincial, respectivamente”.*

*En desarrollo de la citada ley se dicta el Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, que delimita acabadamente el régimen de dicha compensación, estableciendo el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación, la forma de calcular los mismos y las partidas que los integran, y hasta el procedimiento, importe, plazos y documentación de los correspondientes pagos.*

*Se establece también la minoración de las partidas incobrables o de dudoso cobro, y las partidas correspondientes a importes indebidamente facturados porque han sido anulados o rectificadas.*

[...]

*CUARTO. Sentado lo anterior, y entrando en los motivos invocados, que pueden ser tratados unitariamente por su conexión, la Sala anticipa que procede la desestimación del recurso.*

*La distinción que pretende la recurrente entre el régimen material del recurso que regula la Ley 15/1987 y el procedimiento establecido para su gestión y recaudación no puede mantenerse, a efectos de reconocer la procedencia de que Telefónica acuerde la compensación con las entidades locales de las cantidades a ingresar.*

*No cabe desconocer que Telefónica tiene que ingresar en la Caja de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera el importe integro que resulte de la liquidación en los términos del artículo 4 de la Ley 15/1987, y del artículo 3 del Real Decreto 1334/1988, sin que esté previsto deducir deudas de las entidades locales, aunque existan resoluciones de ayuntamientos de reconocimiento de deuda, por lo que la Sala ha de compartir la conclusión del Tribunal a quo de que no concurre el primer requisito del artículo 1196 del Código Civil para que proceda la compensación, esto es, que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, ya que en relación al recurso controvertido las entidades locales no son en realidad acreedoras principales del importe que resulta de la declaración-liquidación de Telefónica, sino simples beneficiarias, al sustituirse, en virtud del régimen fiscal especial, por una compensación en metálico, la exacción de todos los tributos locales distintos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y todos los precios públicos de la misma naturaleza.*

*Esta compensación en metálico se calcula con independencia de la efectiva realización o no de hechos imposables o de actuaciones sujetas a precios públicos, por una cantidad a tanto alzado que se fija en un porcentaje de los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenida en el término municipal o provincial, y el recurso no se percibe directamente por las entidades locales, pues la Ley difiere al Reglamento el modo de determinar su gestión y recaudación, estableciendo el Real Decreto 1334/1988 que dicha gestión y recaudación se realice en su conjunto por el Estado.*

*En definitiva, la peculiaridad del recurso y de su gestión impide que puedan aplicarse las normas de compensación de deuda, tal como pretende Telefónica, incluso en aquellos supuestos en que así lo acuerden expresamente las corporaciones locales.*

### 3.2

**STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 23 de marzo de 2015 (recurso de casación 956/2013). Resolución de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales ordenando retener al Ayuntamiento de Granada, con cargo a su participación en los tributos del Estado, las sumas que adeuda a la Diputación Provincial en concepto de recargo en el impuesto sobre actividades económicas. Interposición directa de recurso contencioso-administrativo sin acudir a la vía económico-administrativa es preceptiva, en virtud del artículo 44.1 de la Ley 29/1988**

Mediante acuerdo del director general de Coordinación Financiera con las Entidades Locales se ordena retener al Ayuntamiento de Granada, con cargo a su participación en los tributos del Estado, la cantidad de XXXX euros para compensar la deuda firme contraída con la mencionada Diputación, originada por la falta de entrega de la recaudación del recargo provincial del impuesto sobre actividades económicas correspondiente a los ejercicios 1997 a 2004, ambos inclusive, en las cuantías certificadas por el interventor local del Ayuntamiento citado. Dicho acto administrativo denegó la retención de las cantidades por este concepto anteriores a 1997, por considerarlas prescritas, por aplicación del plazo de cinco años señalado en el artículo 46 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

En la notificación de dicho acto administrativo, se hacía saber que contra el mismo cabía recurso contencioso-administrativo.

La Sala de instancia declara «contraria a derecho la indicación de medios de impugnación», ordenando retrotraer «las actuaciones para que por la Administración del Estado demandada se proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto en el fundamento jurídico sexto» de la sentencia, esto es, para que la Diputación Provincial interponga la correspondiente reclamación económico-administrativa que ponga fin a dicha vía y deje expedito el cauce contencioso-administrativo.

Contra la sentencia de instancia la Diputación de Granada presenta recurso de casación argumentando, en esencia:

- 1.º La infracción del artículo 44 de la propia Ley 29/1998, y la indebida aplicación de los artículos 25 de la misma y 222 y 249 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como de la disposición adicional undécima, apartado 1.b), de esta última Ley. Niega el presupuesto del que parte la sentencia recurrida: que actuara, al reclamar la retención de las cantidades adeudadas por el Ayuntamiento, no como una administración pública, sino «como un acreedor que reclama el pago de un derecho de naturaleza económica mediante el uso de la figura de la retención». Sostiene todo lo contrario. Citando los artículos 137, 141.1 y 142 de la Constitución Española, los artículos 2, 4 y 36 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 2 y 134 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, tiene claro que la retención que solicita no es un simple crédito de naturaleza económica, sino un ingreso de derecho público tributario, carácter que no pierde por el hecho de que se satisfaga por vía de retención a cargo de la participación del Ayuntamiento de Granada en los tributos del Estado.
- 2.º El otro argumento del recurso gira en torno a la vulneración del artículo 24 de la Constitución, pues, a su juicio, la decisión de retrotraer las actuaciones para que se siga la vía económico-administrativa, antes de acceder a la jurisdiccional, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva y es contraria a los principios de seguridad jurídica, de economía procesal y de instancia plena de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo que se refiere a la virtualidad del artículo 44 LRJCA, el Tribunal Supremo considera lo siguiente:

*TERCERO. Para dar respuesta al primer motivo de casación, ha de tenerse muy presente el texto del artículo 44 de la Ley 29/1998, cuyo apartado 1, párrafo primero, dispone:*

*«En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirle previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada».*

*Este es el precepto que la Diputación recurrente estima infringido por la Sala de instancia en cuanto considera preceptiva, en su caso, la interposición de reclamación económico-administrativa. El Tribunal Superior de Justicia concluye así teniendo a la vista los artículos 222 y 249 de la Ley General Tributaria de 2003, así como su disposición adicional undécima, apartado 1.b), y rechaza la aplicación de aquel precepto porque, en el caso enjuiciado, la Diputación no actúa ante la Administración del Estado como Administración pública, en ejercicio de una potestad de naturaleza administrativa, sino como un acreedor que reclama el pago de un derecho de naturaleza económica mediante el uso de la figura de la retención.*

*Hemos de dar la razón a la Administración provincial recurrente. Ninguna duda cabe de que actuó en este caso haciendo uso de la potestad que le reconoce el artículo 134.5 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales para dirigirse a la Administración del Estado, reclamándole para que retuviese al Ayuntamiento de Granada, con cargo a su participación en los tributos estatales, la suma que le adeudaba en concepto de Recargo Provincial del Impuesto sobre Actividades Económicas, que constituye un ingreso público de naturaleza tributaria. No resulta, por tanto, certera la afirmación de la sentencia impugnada de que la Diputación de Granada actuó en este caso ante la Administración del Estado, desprovista de toda potestad administrativa, limitándose a hacerlo como un simple acreedor que reclama el pago de un derecho de naturaleza económica mediante el uso de la figura de la retención.*

*En efecto, nos encontramos ante un supuesto especial de deducciones sobre transferencias a realizar contemplado en el apartado 5 del artículo 134 del referido Texto Refundido, en virtud del cual se permite que las deudas de la entidad gestora del Impuesto sobre Actividades Económicas con la Diputación Provincial (o Cabildo insular, Consejo insular o Comunidad Autónoma uniprovincial), derivadas de la falta de entrega a esta de lo recaudado en concepto de recargo provincial del IAE, se compense mediante retención de parte de las cantidades que la entidad deudora deba percibir por su participación en los tributos del Estado,*

*retención que la Administración estatal entregará a la entidad acreedora, con lo que se produce la compensación de aquella deuda y la parte de crédito a favor de la entidad deudora en dicha participación.*

*El precepto concreta las siguientes particularidades:*

*1.º) Presupone que la entidad deudora es el Ayuntamiento, pues la retención está prevista con cargo a la participación de los municipios en los Tributos del Estado.*

*2.º) La deuda existe cuando la recaudación del recargo provincial del IAE no se ha entregado en la forma prevista reglamentariamente. Según la Disposición Adicional 4.ª del Real Decreto 1108/1993 la entrega ha de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la recaudación de las cuotas que se computan de forma diferente, según se trate de recibos, liquidaciones individualizadas y actuaciones realizadas hasta la finalización del período voluntario de la recaudación por recibo, o de lo recaudado en el semestre siguiente.*

*3.º) Ha de tratarse de cantidades liquidas.*

*4.º) La actuación del Estado se inicia a instancia de la Administración Pública acreedora, que deberá aportar certificación acreditativa de la cuantía de la deuda expedida por el Interventor local correspondiente a petición de la parte interesada.*

*5.º) Los importes retenidos han de ser entregados por el Estado a la Administración Pública respectiva dentro del mes siguiente a aquel en que se hubieren verificado las retenciones.*

*6.º) Los importes retenidos no podrán exceder en su conjunto, del porcentaje que cada año se establece en las leyes de Presupuestos Generales del Estado para las compensaciones de las deudas de los municipios. Estamos, pues, ante un procedimiento singular de compensación de deudas de entidades públicas, debiendo recordarse que han sido muchas las disposiciones que, con el objetivo de que las corporaciones locales pagaran sus deudas, se han dictado tradicionalmente.*

*Así, el Real Decreto 264/1979, de 13 de febrero, que autorizaba a las delegaciones de Hacienda a retener, con cargo a las cantidades a satisfacer a la corporación respectiva en concepto de participaciones o recargos en impuestos del Estado o de participaciones en fondos nacionales, el importe de los saldos liquidados a favor de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local en determinadas condiciones. El art. 24 de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre, elevó el rango del Real Decreto citado.*

*También la Disposición Final segunda de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, concedió*

*una autorización al Gobierno para establecer un procedimiento que permitiera compensar el importe de los débitos y créditos recíprocos que existiesen entre la Administración General e Institucional, Seguridad Social, empresas públicas, corporaciones locales y demás entes públicos, con sujeción, en todo caso, al principio de presupuesto bruto, establecido en el art. 58 de la Ley General Presupuestaria, estableciendo que en el supuesto de que el titular de los créditos sea la Administración, el procedimiento que se habilite permita deducir a favor de las mismas las cantidades correspondientes, sobre los importes que la Administración del Estado deba transferir a los entes deudores de aquella.*

*En la misma línea, se encuentra el art. 109 de la Ley de Bases de Régimen Local, y la disposición adicional 4.ª del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.*

*Finalmente, la Ley General Tributaria reconoce en el art. 74.1 la potestad del Estado para compensar los créditos a su favor con las participaciones en ingresos a favor de las entidades locales, regulándose el procedimiento de extinción de estas deudas en el art. 60 del Reglamento General de Recaudación*

*Por otra parte, nuestra jurisprudencia ha excluido la aplicación del artículo 44 de la Ley de esta jurisdicción únicamente cuando la Administración demandante actúa en la relación jurídico-administrativa como un particular y no como un poder público; dicho precepto se aplica cuando, como es el caso, ambas actuaciones públicas están actuando como poder [sentencia de 20 de octubre de 2006 (casación en interés de la ley 55/05, FJ 3.º)].*

*A lo anterior no se opone la disposición adicional undécima, apartado 1.b), de la Ley General Tributaria de 2003, conforme a la que procede la vía económico-administrativa cuando los actos administrativos reclamables traten del reconocimiento o la liquidación por autoridades u organismos de los Ministerios de Hacienda y Economía de obligaciones del Tesoro Público y de las cuestiones relacionadas con las operaciones de pago por dichos órganos con cargo al Tesoro, puesto que, con independencia de si el acto administrativo aquí impugnado puede subsumirse en tales categorías, lo cierto es que, habiéndose concluido en la operatividad del artículo 44 de la Ley de esta jurisdicción, queda excluida toda vía administrativa previa, cualquiera que sea esta.*

*Todo lo anterior conduce a la estimación del primer motivo de este recurso y a la casación de la sentencia impugnada en cuanto declaró que la vía procedente era la económico-administrativa, ordenando retrotraer las actuaciones para que la Diputación recurrente fuese debida-*

*mente instruida y pudiese acudir a la misma, sin que, por ello, resulte menester, examinar el segundo motivo.*

No obstante, en cuanto al fondo, el Tribunal Supremo rechaza la argumentación de la recurrente:

*CUARTO. Procede, por tanto, que resolvamos el litigio en los términos en los que se suscitó [artículo 95.2.d) de la Ley de esta jurisdicción]. La Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales no accedió a retener al Ayuntamiento de Granada la total cantidad interesada por la Diputación por considerar prescrita la acción para reclamar las sumas correspondientes a los ejercicios 1995 y 1996, pues, siendo el plazo de prescripción de cinco años (artículo 46 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado en 1988), cuando accionó en el año 2002 ya había expirado dicho plazo en relación con las dos mencionadas anualidades.*

*Frente a tal modo de decidir, la Diputación Provincial de Granada argumenta en la demanda que el plazo de prescripción debe iniciarse cuando la deuda es firme y se perfecciona el derecho de la Administración acreedora, momento que no es otro, conforme a lo dispuesto en el artículo 134.5 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que aquel en el que el interventor local certifique la cuantía de la deuda, siendo así que en el presente caso la certificación de la cantidad correspondiente a los ejercicios 1995 y 1996 se expidió el 25 de abril de 2002. Habiéndose deducido la petición ante la Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales el 27 de abril de 2006, no había prescrito la acción para reclamar la deuda relativa a dichos dos ejercicios.*

*No podemos compartir la tesis de la Diputación demandante. De entrada, las quejas sobre la falta de precisión en la resolución impugnada de las razones de por qué se sitúa en el año 2002 el acto interruptor de la prescripción en relación con los mencionados ejercicios 1995 y 1996 carecen de relevancia, porque del expediente administrativo fluye, como la propia demandante reconoce, que esa fecha viene determinada por el escrito remitido el 1 de abril de 2002 por la Diputación al Interventor del Ayuntamiento pidiendo el ingreso de las sumas adeudadas o en su caso la emisión de la preceptiva certificación de descubierto. De otro lado, no podemos compartir que el dies a quo del plazo de prescripción se sitúe en la fecha en que es emitida la certificación por el interventor municipal, pues debe recordarse que, con arreglo al ya citado artículo 134.5 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, la certificación es librada a instancia de la Administración acreedora y, desde luego, la*

*firmeza de la deuda, el plazo para el ejercicio de las acciones para su cobro y la determinación del inicio del plazo de prescripción no puede quedar a su albur. Por ello, debe concluirse que, como con tino se señala en la resolución administrativa discutida, dicho plazo arranca el día siguiente a la finalización de los plazos señalados para la entrega del recargo provincial en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1108/1993, de 9 de julio, por el que se dictan normas para la distribución de cuotas del impuesto sobre actividades económicas y se desarrollan parcialmente los artículos 7 y 8 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (BOE de 14 de julio). Esto es, debe entregarse a la Diputación la recaudación dentro de los dos meses siguientes a aquel en el que finalice el período voluntario de recaudación o en el que finalice el semestre natural inmediatamente posterior al mes en que expire el repetido período voluntario.*

*Todo lo anterior conduce a la desestimación de la demanda y la confirmación de los actos administrativos impugnados.*

La sentencia cuenta con un voto particular.

### 3.3

#### **STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2014 (recurso de casación 553/2014). Cuestión de ilegalidad sobre Orden Ministerial que aclara Orden de 2009 sobre alcance de la exención en el ICIO de bienes pertenecientes a órdenes religiosas**

El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, establece:

##### *Artículo IV*

*1. La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las órdenes y congregaciones religiosas y los institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas tendrán derecho a las siguientes exenciones:*

*a) Exención total y permanente de la contribución territorial urbana de los siguientes inmuebles:*

*1) Los templos y capillas destinados al culto, y asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral.*

*2) La residencia de los Obispos, de los canónigos y de los sacerdotes con cura de almas.*

*3) Los locales destinados a oficinas, la curia diocesana y a oficinas parroquiales.*

4) *Los seminarios destinados a la formación del Clero diocesano y religioso y las universidades eclesiásticas en tanto en cuanto imparten enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas.*

5) *Los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las órdenes, congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada.*

b) *Exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio.*

*Esta exención no alcanzará a los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, ni a las ganancias de capital, ni tampoco a los rendimientos sometidos a retención en la fuente por impuestos sobre la renta.*

c) *Exención total de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y transmisiones patrimoniales, siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del Clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad.*

d) *Exención de las contribuciones especiales y de la tasa de equivalencia, en tanto recaigan estos tributos sobre los bienes enumerados en la letra a) de este artículo.*

[...]

#### *Artículo VI*

*La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan.*

Por su parte, la Orden de 5 de junio de 2001 por la que se aclara la inclusión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras en la letra B) del apartado 1 del artículo IV del anterior Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, determina:

*Primero. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en los artículos 101 a 104 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, está incluido entre los impuestos reales o de producto a que hace referencia la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979.*

*Segundo. La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas, disfrutan de exención total y permanente en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.*

La Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre, por la que se modifica la Orden anterior, establece lo siguiente:

*Artículo único. El apartado segundo de la Orden del Ministerio de Hacienda, de 5 de junio de 2001, por la que se aclara la inclusión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, en la letra B) del apartado 1 del artículo IV, del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979, queda redactado en los siguientes términos:*

*«Segundo. La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas, disfrutan de exención total y permanente en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, para todos aquellos inmuebles que estén exentos de la Contribución Territorial Urbana (actualmente, Impuesto sobre Bienes Inmuebles)».*

La sentencia de la Audiencia Nacional (sentencia de instancia) acoge la cuestión de ilegalidad de la Orden de 2009, planteada por el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza, de acuerdo a los siguientes razonamientos:

*F. J. Quinto. La cuestión que se suscita es, pues, si se produce un efecto real de innovación introducido por la Orden cuya pretendida ilegalidad es objeto del presente recurso, EHA/2814/2009, de 15 de octubre, respecto de la Orden anterior de 5 de junio de 2.001 y el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos de 3 de enero de 1.979, al limitar la exención en ellos establecida, y si se infringe además dicho Acuerdo al haberse procedido a interpretar y modificar el mismo de manera unilateral por el Estado Español, en lugar de actuar en su caso de mutuo acuerdo con la Santa Sede.*

*Y así, ha de partirse de que el referido Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, reconocía en la letra B) del apartado 1 de su artículo IV la exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y el patrimonio, y no existiendo en la fecha de este Tratado Internacional el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, ya que fue introducido con posterioridad por los arts. 101 a 104 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001 vino a establecer que la citada exención es aplicable también a este Impuesto, de conformidad con lo que había establecido el Tribunal Supremo en virtud de las sentencias de fechas 17 de mayo de 1999; de 19 y 31 de marzo de 2001, esta última en recurso de casación en interés de ley, y de 3 de*

octubre de 2003, las cuales reconocen el carácter real del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, al tiempo que determinaba que la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas, disfrutaban de exención total y permanente en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

Sin embargo, mediante la Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, se interpretó y modificó unilateralmente la Orden anterior de 5 de junio de 2.001 y el Tratado del que traía causa, en el sentido de establecer que la Santa Sede y demás entidades religiosas, disfrutarían de exención total y permanente en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, pero añadiendo que solo respecto de “todos aquellos inmuebles que estén exentos de la Contribución Territorial Urbana (actualmente, Impuesto sobre Bienes Inmuebles)”, introduciendo así una limitación a la exención tal y como venía anteriormente redactada, de forma que si los inmuebles no estaban exentos del IBI, no lo estarían tampoco del ICIO; o dicho de otra manera, que para disfrutar de la exención del ICIO, es condición indispensable que el inmueble estuviera previamente exento del IBI.

F. J. Sexto. En la exposición de motivos de dicha Orden cuya legalidad se cuestiona, se expone que: “...No obstante, se considera necesaria la equiparación del contenido de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles para los inmuebles de la Iglesia Católica con el contenido de la exención en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras para las construcciones, instalaciones u obras, que se lleven a cabo en dichos inmuebles. Es cierto que no parece lógico que en un inmueble que no esté exento del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, por no tener como destino ninguno de los exigidos en la letra A) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo, las obras que en él se realicen sí gocen de exención en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, exención que se aplica conforme a lo dispuesto en la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo, por mor de la interpretación dada a la misma por la citada Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001...”

Pero, ciertamente, la equiparación que se efectúa de los conceptos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y del Impuesto real (ICIO), es errónea, pues es claro que, como mantiene el Juzgado que plantea la presente cuestión, si bien el IBI es un impuesto real (y por tanto todo inmueble exento del mismo lo está también de los demás tributos reales

*a tenor del apdo. 1. A, del art. IV del Acuerdo), sin embargo no todos los inmuebles exentos del ICIO o de cualquier otro tributo real, están exentos del IBI, y así el citado apartado 1. A), relaciona una serie de inmuebles exentos total y permanentemente de la Contribución Territorial y Urbana, con sus propias condiciones y excepciones, en tanto que el apartado 1. B), C) y D) recoge, respectivamente, la exención total y permanente de los impuestos reales o de producto sobre la renta y sobre el patrimonio; la exención total de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y transmisiones patrimoniales, y por último la exención de las contribuciones especiales y de la tasa de equivalencia, cada uno de ellos con las limitaciones y excepciones que se especifican en cada caso. Con lo que se evidencia la posibilidad de existencia de tales exenciones por separado, entre ellas la del ICIO, siempre que se cumplan las condiciones impuestas para cada una de ellas y con las limitaciones que se señalan, sin que para ello sea requisito necesario la previa exención del IBI.*

*Así lo estableció ya el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2.001, dictada en el Recurso de Casación en Interés de Ley n.º 5899/1988 (seguida con posterioridad por la Sentencia de 3 de octubre de 2.003), en la que se fundamentó entre otras la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001, y en la que se decía literalmente, entre otros extremos, que:*

*“En consecuencia el ICIO, definido en la Ley de Haciendas Locales como indirecto, es, por ende y por su propia naturaleza, un impuesto real y objetivo, que recae sobre “cosas aisladas” (la construcción, la instalación y/o la obra), que se localiza en el territorio en que las mismas están sitas y que se gira con abstracción de las personas a las que tales objetos afectan. (...). A mayor abundamiento, si el resultado de la construcción, la instalación y obra (es decir, el inmueble) se halla exento del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en cuanto el mismo está considerado, expresa e indubitadamente, como un Impuesto Real y comprendido, consecuentemente, en el artículo IV.1.B) del Acuerdo de 3 de enero de 1.979, y esto no lo discute ninguna de las partes, es obvio que lógica y necesariamente debe estar también exento del ICIO, objeto de controversia”. Por tanto, ha de considerarse de forma incuestionable que todos los inmuebles exentos del IBI lo están también del ICIO, mientras que no puede afirmarse del mismo modo lo contrario, esto es, que todo inmueble exento de este lo está también, necesariamente, de aquel. Y consecuentemente, al introducir el Ministerio de Hacienda a través de la Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre, la “interpretación” consistente*

*en que la Santa Sede y demás entidades religiosas, disfrutarán de exención total y permanente en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras “para todos aquellos inmuebles que estén exentos de la Contribución Territorial Urbana (actualmente, Impuesto sobre Bienes Inmuebles)”, es claro, a juicio de la Sala, que incurre en un efecto real de innovación, como se denuncia, al restringir lo estipulado en el artículo IV, 1. B), del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede para Asuntos Económicos de 3 de enero de 1.979, dado que limita la exención en él establecida, así como lo dispuesto en la Orden del propio Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2.001, que aclara dicho Acuerdo.*

*A lo que antecede debe añadirse que se infringe también, por razón de dicha interpretación, el apartado VI del Acuerdo de referencia, según el cual “La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informa”, pues no consta negociación ni contacto alguno, ni menos acuerdo, entre el Estado Español y la Santa Sede a los efectos en debate.*

*F. J. Séptimo. Por todo ello, y en plena coherencia con el criterio que sostienen las precedentes sentencias del Tribunal Supremo, resulta evidente que la repetida Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre, del Ministerio de Hacienda, incurre en su totalidad en “ultra vires”, en cuanto que modifica lo estipulado en el tan repetido artículo IV, 1. B), del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede para Asuntos Económicos de 3 de enero de 1.979, limitando la exención que en él se contempla mediante un añadido especial, configurando un concepto jurídico nuevo. Por lo que la Sala, al amparo de lo previsto en los artículos 27.1, 123 y 126 de la Ley Jurisdiccional, 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y demás preceptos concordantes, es del criterio que procede estimar la presente cuestión de ilegalidad y, subsiguientemente, anular la citada Orden.*

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, confirmando la apreciación de la instancia:

*En primer término porque contra lo afirmado es evidente la innovación del ordenamiento jurídico que la Orden impugnada contiene. No solo por las razones que ofrece la sentencia de instancia, que se aceptan y se dan por reproducidas, sino porque la propia Orden así lo declara abiertamente, aunque de modo tácito, cuando afirma: “No obstante, se considera necesaria la equiparación del contenido de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles para los inmuebles de la Iglesia Ca-*

*tólica con el contenido de la exención en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras para las construcciones, instalaciones u obras, que se lleven a cabo en dichos inmuebles”. Con la mencionada equiparación de IBI o ICIO se produce una reducción del alcance de la exención que no se contenía en la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001.*

*En segundo lugar, si realmente la norma de 5 de junio de 2001 tiene naturaleza interpretativa es manifiesto que no puede ser objeto de interpretaciones sucesivas pues la interpretación se agota en el acto interpretativo, no siendo posibles sucesivas interpretaciones modificativas de la precedente, que es lo que se ha hecho.*

*Finalmente, la Orden impugnada vulnera el mecanismo de resolución de dudas y dificultades que surjan en la interpretación y aplicación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, prevista en su artículo VI.*

### 3.4

#### **STS, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2015 (recurso de casación en interés de ley 696/2014). Impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO). Liquidación definitiva por los órganos de gestión. Actuaciones inspectoras posteriores**

*TERCERO. El debate queda circunscrito a determinar si, practicada por el órgano de gestión tributaria la liquidación definitiva por el Impuesto sobre Construcciones, Obras e Instalaciones, a que se refiere el art. 103 del Texto Refundido de la ley Reguladora de las Haciendas Locales, una vez finalizada la construcción, es posible iniciar un posterior procedimiento de inspección en el que se revisa la base imponible al comprobarse que el coste real y efectivo de las obras realizadas era superior al fijado.*

*Para el Ayuntamiento de Ferrol la liquidación que ha de girar el órgano de gestión una vez finalizada la construcción, instalación u obra, teniendo en cuenta su coste real y efectivo, no puede ser calificada como definitiva pues solo la que se practica tras un procedimiento inspector es la que tiene tal carácter.*

*Este criterio, sin embargo, no puede ser compartido ya que el art. 103 del Texto Refundido de la ley Reguladora de las Haciendas Locales solo contempla la posibilidad de practicar en relación con este Impuesto dos liquidaciones, una que denomina provisional a cuenta en función del*

*presupuesto presentado por los interesados, o en función de los indicios o módulos que establezca la Ordenanza, cuando así lo prevea, y otra una vez finalizada la construcción, instalación u obra, cuando mediante la oportuna comprobación administrativa se determina el coste real y efectivo.*

*En modo alguno el legislador condiciona esta última liquidación, que denomina como definitiva, al resultado de un posterior procedimiento de inspección, ya que aquella solo ha de practicarse si procede la modificación de la base imponible, tras la oportuna comprobación administrativa.*

*Además ha de significarse que el art. 101 de la Ley General Tributaria considera definitivas no solo a las practicadas en el procedimiento inspector previa comprobación de investigación de la totalidad de los elementos de la obligación tributaria, sino también “a las demás a las que la normativa tributaria otorgue tal carácter”.*

*Esta interpretación además concuerda con la actual regulación del procedimiento de comprobación limitada, que contempla los artículos 137 y siguientes de la Ley General Tributaria, cuyo art. 140.1 veda a la Administración, si ha mediado resolución expresa aprobatoria de una liquidación provisional, efectuar una nueva regularización en relación con igual obligación tributaria o elementos de la misma e idéntico ámbito temporal salvo que se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución.*

*Ante la claridad del citado art. 140.1, esta Sala en sentencia de 22 de septiembre de 2014, cas. 4336/2012 declaró la imposibilidad de la Inspección de regularizar elementos tributarios que ya habían sido previamente comprobados por la Administración Tributaria, no dando relevancia al alegato del defensor de la Administración que ponía el acento en el hecho de que la comprobación limitada realizada inicialmente había sido llevada cabo por los órganos de gestión, al no discriminar el art. 140.1, al impedir una posterior regularización, en los órganos de gestión y de inspección, refiriéndose sin más a la Administración Tributaria.*

*En la misma línea, se encuentra la posterior sentencia de 30 de octubre de 2014, cas. para unificación de doctrina 2567/2013, dictada en relación con una liquidación provisional practicada, por el Impuesto sobre Sucesiones, en el procedimiento de gestión, y revisada en un recurso de reposición interpuesto frente a la liquidación inicialmente girada, sentencia que no considera procedente que la única liquidación que pueda*

*considerarse como definitiva sea la practicada en el procedimiento inspector previa comprobación e investigación de todos los elementos de la obligación tributaria, al no ser viable que una liquidación realizada por el órgano de gestión, ejerciendo sus potestades de revisión en vía administrativa y después de haberse comprobado todas las cuestiones de hecho y de derecho que dieron lugar a la estimación, pueda ser alterada mediante un procedimiento de inspección, ante lo que determina el art. 133 del Reglamento de Gestión e Inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, precepto que impide a la Administración Tributaria efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado, salvo que en un procedimiento de comprobación e investigación se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución. En definitiva, hay que entender que la intervención de la Inspección en casos como el litigioso solo es posible antes de la resolución expresa, si se inicia un procedimiento de comprobación de efectos de la práctica de la liquidación definitiva, pero no una vez emitida por el órgano de gestión.*

# Jurisprudència recent en matèria de contractació

EDUARD PARICIO RALLO

*Magistrat de la Secció Cinquena de la Sala Contenciosa  
Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*

- 1. El recurs especial. Eficàcia i mesures cautelars**
- 2. La confidencialitat de la informació proporcionada pels contractistes**
- 3. L'equilibri financer del contracte**
  - 3.1. L'obra extracontractual i l'enriquiment injust
  - 3.2. Risc imprevisible i *factum principis*
  - 3.3. La clàusula *rebus sic stantibus*
  - 3.4. Recapitulació
- 4. El pagament**
  - 4.1. Pagament ajornat i crèdit captiu
  - 4.2. El càlcul dels interessos i els costos de cobrament
  - 4.3. La mesura cautelar de pagament. El *référé-provision*
- 5. Annex de jurisprudència**
  - 5.1. Risc imprevisible
  - 5.2. *Factum principis*
  - 5.3. *Rebus sic stantibus*
  - 5.4. Pagament. Crèdit captiu a favor de l'Administració
  - 5.5. Interessos. Inclusió de l'IVA en la base de càlcul
  - 5.6. Interessos. *Dies a quo* en el contracte d'obres
  - 5.7. Anatocisme
  - 5.8. Mesura cautelar positiva de pagament

## Resum

Aquest article fa referència a les darreres novetats jurisprudencials a Catalunya sobre aspectes essencials en la contractació administrativa, com

---

*Article rebut el 28/05/2015; acceptat el 10/09/2015.*

ara el recurs especial en matèria de contractació, la confidencialitat de la informació proporcionada pels licitadors; els problemes derivats de l'equilibri econòmic del contracte, la tensió d'aquest principi amb el de risc i ventura i els diferents supòsits en que actua el primer, com ara les situacions d'enriquiment injust, el risc imprevisible, les situacions de *factum principis* i la clàusula *rebus sic stantibus*. Unes situacions, essencialment les de risc imprevisible, que qüestionen la regla general que tanmateix continua essent la del risc i ventura de l'empresari segons la llei.

Finalment es fa referència a determinats pronunciaments de la jurisprudència sobre el pagament per part de l'Administració, el règim dels interessos moratoris i la mesura cautelar introduïda per la legislació recent en aquest punt.

Paraules clau: *contractes administratius; equilibri financer; enriquiment injust; risc imprevisible; factum principis; rebus sic stantibus; pagament ajornat; interessos; mesura cautelar de pagament.*

### **Recent case-law on public procurement**

#### **Abstract**

*This article analyzes the recent case-law in Catalonia regarding essential aspects on public procurement such as the existing special appeal in this area; the confidential information provided to the tenderers; the issues derived from the principle of economic equilibrium of the contract; the cases in which the latter is applicable and there is a tension between the same and the principle of responsibility at your own risk; the cases of unjust enrichment; the unpredictable risk; the cases of factum principis and the clause rebus sic stantibus. All of them, specially the unpredictable risk, are cases which jeopardize the general rule according to the law which is up to now the responsibility of the businessman at his/her own risk.*

*Finally, the article refers to specific judgments regarding the payment of the public administration, the legal regime of the default interest and the interim measures introduced recently by the law in this matter.*

*Keywords: public procurement; economic equilibrium; unjust enrichment; unpredictable risk; factum principis; rebus sic stantibus; late payment; interests; interim measures on payment.*

## 1

**El recurs especial. Eficàcia i mesures cautelars**

Sovint els recursos en matèria de contractació no produeixen els efectes que pertocarien, atès que, en el moment que es resol definitivament la qüestió, el temps ha transcorregut i el contracte està executat, de forma que resulta ja impossible donar entrada a un nou contractista.

Certament per evitar aquest efecte estan les mesures cautelars que hom pot demanar en el moment d'interposar el recurs, però no és freqüent que els tribunals acceptin un canvi de contractista per aquesta via provisional. El sistema està pensat per protegir la decisió de l'Administració durant el procés, fins arribar a la sentència.

Normalment s'utilitzen dos criteris per valorar la procedència de les mesures cautelars, però cap dels dos té gaire espai en el camp de la contractació administrativa. El criteri de l'aparença de bon dret té escassa projecció en termes generals, perquè ha quedar relegat als casos en què la nul·litat de la resolució impugnada aparegui amb claredat i contundència ja des d'un bon inici. Pel que fa al criteri de perill en l'espera, en l'àmbit de la contractació els interessos del licitador recurrent són simètrics als del licitador inicialment afavorit en l'adjudicació, de forma que s'equilibren mútuament.

El resultat és que, sense mesures cautelars, el sistema de control jurisdiccional sobre les resolucions adoptades en matèria de contractació és poc eficaç. Les adjudicacions i les decisions administratives en general s'acaben consolidant per la via dels fets consumats.

La Directiva europea 2007/66/CE va afrontar aquest problema imposant la necessitat d'un recurs especial en matèria de contractació, recurs que ha de resoldre un òrgan objectiu i imparcial. Aquesta norma posa especial èmfasi en la necessitat que l'esmentat mecanisme de garantia sigui eficaç per als licitadors i permeti evitar les situacions, relativament freqüents, en què el temps necessari per obtenir la raó en els procediments ordinaris d'impugnació fa que ja no sigui possible reconduir la situació, consolidant-se d'aquesta forma l'eventual adjudicació il·legal; fins i tot provocant un cost addicional per a l'Administració, en haver de compensar el licitador injustament desplaçat quan el contracte ja s'ha consumat.

En aquest sentit, el preàmbul de la Directiva és significatiu:

*(3) Las consultas con las partes interesadas, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han puesto de manifiesto una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los Estados miembros. Esta es la razón por la que los mecanismos establecidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE no siempre permiten velar por el*

*cumplimiento de la legislación comunitaria, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones.*

*(4) Entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los licitadores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato.*

El recurs va ser introduït a Espanya tardanament, mitjançant la Llei 34/2010, i està regulat en aquests moments a l'article 40 i següents de la Llei de contractes del sector públic –text refós aprovat pel Reial Decret legislatiu 3/2011–, en els següents termes:

- El recurs especial queda referit als contractes harmonitzats, concretament als contractes d'obra, de concessió d'obra pública, de subministrament, als contractes de serveis, de col·laboració entre el sector públic i el sector privat i acords-marc, així com als contractes de gestió de serveis públics en els que el pressupost de despeses de primer establiment sigui superior a 500.000 euros i el termini de durada sobrepassi els 5 anys – article 40–.
- Són susceptibles de recurs no sols els actes definitius sinó també actes de tràmit, com ara els anuncis de licitació, els plec i documents contractuals, i els actes qualificats que decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació, determinin la impossibilitat de continuar el procediment o produeixin indefensió o perjudici irreparable, incloent-hi els actes d'exclusió de licitadors, els acords d'adjudicació, o els de modificació contractual no prevista al plec, com ara la resolució del contracte o la nova licitació.
- El recurs té caràcter potestatiu i substitueix els recursos administratius ordinaris.
- L'òrgan encarregat de resoldre el recurs ha de ser un òrgan especialitzat, independent i inamovible, encara que el seu mandat queda lligat al de l'autoritat que el va nomenar –article 41–.
- Pel que fa a les corporacions locals, la Llei es remet a allò que disposi la comunitat autònoma.

- L'òrgan que ha instituït la Generalitat de Catalunya és el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic regulat al Decret 221/2013, òrgan que absorbeix també els recursos interposats contra les resolucions de les administracions locals i les entitats dependents que tenen la consideració de poders adjudicadors –disposició addicional quarta de la Llei 7/2011–.
- Si el recurs es dedueix contra l'acte d'adjudicació, la seva interposició suspèn *eo ipso* l'expedient de contractació, encara que aquest efecte pot ser aixecat per l'òrgan de resolució –articles 45 i 46.3–.
  - Les facultats de l'òrgan de resolució del recurs queden limitades a l'anul·lació de la resolució impugnada i l'eventual retrocés del procediment, o en tot cas a la determinació d'indemnitzacions, però no pot substituir l'òrgan de contractació en l'adjudicació del contracte a un licitador diferent –article 47–.
  - La resolució dictada per l'òrgan de resolució de recursos constitueix la darrera paraula de l'Administració, i no pot ser modificada per aquesta ni tan sols per la via de la revisió d'ofici –article 49–. Això si, la Llei preveu que l'Administració pugui impugnar jurisdiccionalment la resolució de l'òrgan de contractació sense necessitat de prèvia declaració de lesivitat –article 19.4 de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa–. Aquesta situació produeix efectes estranys en l'estructura del procés jurisdiccional ja que, o no hi ha demandada des del moment que l'òrgan especial de recursos no té entitat pròpia a aquests efectes, o bé la posició de demandada queda assumida per una licitadora particular. Una situació que pot forçar l'òrgan jurisdiccional a adoptar en la tramitació del procés una posició més bel·ligerant en defensa de la legalitat i l'interès públic, situació que potser es podia haver evitat amb la intervenció del fiscal.

Com s'ha apuntat ja, l'imperatiu essencial que imposa la Directiva europea és el d'eficàcia d'aquest mecanisme de garantia:

*[...] los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades contratantes puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.*

Aquest objectiu d'eficàcia es projecta com s'ha vist en l'arquitectura procedimental del recurs; això es, en la garantia de la possibilitat material que tenen els contractistes d'interposar el recurs i que la reclamació pugui ser revisada per un òrgan objectiu abans que no s'executi l'acte impugnat. Sig-

nificativament, quan el que s'impugna és l'adjudicació, la mera interposició del recurs té efectes suspensius automàtics fins que l'òrgan especial no es pronuncii sobre la suspensió.

A banda dels avantatges procedimentals que el recurs especial ofereix als contractistes, no es pot oblidar que la finalitat d'aquest mecanisme de garantia rau en la necessitat d'evitar una situació de fets consumats que dificulti la possibilitat real de fer efectiva la resolució de l'òrgan imparcial, i això és el que importa.

Aquest mandat explícit d'eficàcia del recurs i de les resolucions de l'òrgan de contractació, té un pes important en el moment en què el Tribunal ha de resoldre sobre les mesures cautelars en el decurs del posterior procés jurisdiccional.

La qüestió va ser abordada per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en les interlocutòries de dates 26 de maig i 19 de juliol de 2013 –recursos ordinaris núm. 28/2013 i 38/2013–, interlocutòries posteriorment confirmades pel Tribunal Suprem en sentències de 23 d'octubre i 5 de novembre de 2014 –recursos de cassació núm. 3914/13 i 3019/13–.

S'argumenta en aquestes resolucions que la transposició que la nostra normativa de contractes ha efectuat de la Directiva esmentada posa èmfasi en la particular naturalesa executiva de les resolucions dels òrgans especials de resolució de recursos en matèria de contractació. En aquest sentit, el Reial Decret legislatiu 3/11 introdueix la regla de la suspensió automàtica de l'adjudicació –articles 41 i 45–, i incorpora altres previsions significatives, com ara la prohibició que la mateixa Administració qüestioni la resolució de l'òrgan especial per via de revisió d'ofici, o la seva fiscalització per part dels òrgans interns –article 49–; tots ells, mecanismes de protecció de l'eficàcia i executivitat de les resolucions adoptades pels òrgans especials de resolució dels recursos. Destaca en aquest mateix sentit l'obligació d'execució sumària de la resolució per part de l'òrgan de contractació, quan de la mateixa es derivi la necessitat d'adjudicar el contracte a un altre licitador –article 47.2–.

Les interlocutòries esmentades posen èmfasi en el principi d'executivitat de les resolucions administratives, principi reforçat en aquest cas, perquè la presumpció de validesa de la decisió administrativa és fins i tot més intensa quan la decisió ha estat adoptada per un òrgan objectiu i imparcial.

Així les coses, la probabilitat que la decisió de l'òrgan especial es mantingui durant la tramitació del posterior recurs jurisdiccional és relativament alta.

En efecte, el criteri determinant per a l'adopció de mesures cautelars és el de la ponderació dels interessos en joc. Ja s'ha esmentat com en matèria de

contractació allò normal és que els interessos entre els licitadors es compen-sin mútuament atesa la seva intensitat equivalent, de forma que és probable que aquest criteri no acabi tenint joc per justificar una mesura cautelar que canviï les coses.

Pel que fa a la valoració de l'interès públic, la Directiva inclou un seguit de consideracions que no han estat objecte de transposició, però que cal tenir en comte atès l'efecte directe vertical de les directives no transposades.

En efecte, l'article 2 *quiquies* afegit a la Directiva 92/13/CEE determina el següent:

*Solo se considerará que los intereses económicos constituyen razones imperiosas a la hora de mantener la eficacia del contrato en los casos excepcionales en que la ineficacia del mismo diese lugar a consecuencias desproporcionadas.*

*Ahora bien, no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Entre los intereses económicos directamente vinculados al contrato cabe mencionar, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia.*

En conclusió, la resolució de l'òrgan de contractació rep una protecció molt intensa, fins al punt que és difícil que pugui ser alterada per decisions cautelars adoptades en via jurisdiccional, de forma que normalment s'acabarà imponent fins que no es dicti la sentència.

## 2

### **La confidencialitat de la informació proporcionada pels contractistes**

Un altre aspecte destacable de la darrera normativa contractual, aspecte igualment provinent del dret europeu, és el tractament de la confidencialitat de la informació proporcionada pels licitadors en el decurs del procediment, singularment amb les pliques.

La Llei de contractes de les administracions públiques fa referència a la confidencialitat en diversos punts; així:

- L'article 46.5, en relació amb la necessitat de garantir en el recurs especial en matèria de contractació la confidencialitat dels secrets comercials continguda a l'expedient de contractació.

- L'article 140, en relació amb la necessitat que l'òrgan de contractació no divulgui la informació que els licitadors hagin designat com a confidencial, singularment els secrets tècnics i comercials i els aspectes confidencials de les ofertes.
- Els articles 151.4, 153 i 154, referits a la informació que l'Administració ha de proporcionar pel que fa a l'adjudicació del contracte; informació que ha de respectar la confidencialitat en determinats casos, com ara quan la divulgació perjudiqui els interessos comercials legítims de les empreses o la competència entre les mateixes.
- També fa referència la Llei a les obligacions de confidencialitat per part del contractista pel que fa a determinada informació rebuda de l'Administració (articles 140.2 i 26).

Els principis de confidencialitat de la informació i de protecció de dades personals pugnen en el nostre ordenament amb principis que operen en sentit contrari, com ara els d'informació i transparència; principis aquests darrers que han pres un nou impuls en el nostre ordenament a partir de les lleis de transparència, tant estatal (Ley 19/2013) com catalana (Llei 19/14).

L'accés a la informació és quelcom essencial en un estat de dret, tant en general atesa la vinculació de la transparència dels poders públics amb el control democràtic, com pel fet que en matèria de contractació l'accés a la informació és determinant per garantir l'encert i la correcció del procés, i esdevé imprescindible per a la defensa dels competidors. En aquest sentit és obvi que, sense conèixer els continguts de les ofertes, no és possible discutir l'encert de l'adjudicació i, en conseqüència, defensar la posició del contractista rebutjat.

La tensió entre els principis de publicitat i confidencialitat és un fenomen recurrent en l'ordenament jurídic en general i en l'àmbit administratiu en particular, però és especialment significativa en matèria de contractació.

Aquest conflicte ha estat abordat per la interlocutòria de 15 de maig de 2014 dictada en el recurs núm. 38/13. Un plet que es refereix a un supòsit en què l'òrgan de contractació va declarar la confidencialitat de bona part de l'oferta presentada per la contractista adjudicatària. Aquesta declaració es va fer a petició del contractista guanyador, i el contractista desplaçat va qüestionar-la en la mesura que el desconeixement dels detalls de l'oferta guanyadora el deixava sense defensa possible.

La interlocutòria es fa ressò dels fonaments legals d'un i altre principi, i posa en relleu que la disponibilitat d'informació de defensa és un aspecte capital del dret a la tutela judicial efectiva, situació que fa que la publicitat sigui la norma en el procediment jurisdiccional –això és, el nomenat estrèpit processal–. Un principi que opera com a regla, llevat que hi hagi raons d'or-

dre públic o relacionades amb la protecció de drets i llibertats de tercers que justifiquin la seva limitació. Aquest plantejament porta a la necessitat d'una solució casuística en funció de les situacions i els valors que es presenten en cada supòsit.

Alhora, la interlocutòria invoca la sentència dictada pel Tribunal Suprem en data 15 de febrer de 2007 en el sentit que, en resoldre sobre la confidencialitat, cal determinar en primer lloc la necessitat de la informació als efectes de la defensa d'acord amb l'aforisme anglosaxó “*need to know*”. Un principi que imposa a qui demana l'aixecament de la confidencialitat declarada en via administrativa la càrrega d'argumentar aquesta petició per referència a cadascun dels documents sol·licitats, tot justificant en quina mesura resulta necessari el seu coneixement per a la defensa. Una motivació que no pot ser genèrica o apodíctica (en el mateix sentit, la sentència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea de 14 de febrer de 2008, assumpte C-450/06).

Però és que aquesta necessitat de valoració i motivació circumstanciades afecta encara més el licitador que demana la declaració de confidencialitat en via administrativa. Els paràmetres a considerar per l'Administració davant d'una sol·licitud de confidencialitat formulada pel licitador són els següents:

- La sol·licitud inicial de declaració de confidencialitat ha de ser suficientment descriptiva de la informació que pretén protegir el licitador, i alhora de les circumstàncies i raons que justifiquen la protecció que es demana.
- La sol·licitud ha de ser analitzada per l'òrgan de contractació de forma igualment circumstanciada, resolent en conseqüència, en el benentès que haurà de delimitar el màxim possible la informació que vol que es mantingui confidencial.
- Si és possible, caldrà aïllar el nucli de confidencialitat permetent l'accés a la informació perifèrica, i, en tot cas, s'haurà de proporcionar una descripció de la informació oculta que permeti als afectats conèixer el seu sentit i virtualitat o els seus efectes o conseqüències, sense desvetllar les dades crítiques però reduint les mateixes al mínim indispensable per preservar el dret del titular de la informació afectada.
- En aquest punt cal admetre la possibilitat d'alternatives, com ara permetre l'accés dels interessats a la informació en una vista sense lliurar-ne còpies, imposar el deure de reserva, o altres precaucions que limitin en la mesura del possible la divulgació, permetent alhora un suficient grau d'accés de l'interessat a la informació.

La interlocutòria esmentada fa referència en aquest punt al règim que estableix el Reglament de la Unió Europea sobre l'adjudicació dels contractes públics de la mateixa UE –Reglament 2001/1049/CE–. Una norma aquesta que, després d'emfatitzar el principi de publicitat, admet la possibilitat de

protegir determinada informació com ara la que pugui ser qualificada com a secret comercial, que és la raó normalment al·legada. Hom atribueix aquesta condició a la informació tècnica o financera relativa als coneixements tècnics de l'empresa, els mètodes d'avaluació de costos, els secrets referits als processos de producció, les fonts de subministrament, les quantitats produïdes o venudes, les quotes de mercat, els fitxers de clients i distribuïdors, l'estratègia comercial, l'estructura de costos i preus o l'estratègia de venda.

El cas és que el Reglament europeu imposa a l'afectat la càrrega de justificar amb claredat la necessitat d'impedir la divulgació de cadascun dels elements que considera, exposant les seves raons i facilitant alhora una versió no confidencial de la informació afectada. Alhora, l'òrgan de contractació té l'obligació d'avaluar aquesta sol·licitud tot valorant la transcendència de la informació, en quina mesura resulta imprescindible per a la defensa, i avaluant si la divulgació podria perjudicar els interessos de l'empresa afectada; per adoptar finalment una resolució que salvaguardi el dret de defensa de les parts, permetent el major accés possible a l'expedient. Un valor aquest que pot ser superior a la protecció de la informació confidencial. No resulten admissibles en aquest punt les argumentacions genèriques, ni tampoc les referides als documents en el seu conjunt (TPIUE, sentència de 22 de maig de 2012, recurs núm. T 344/08).

La decisió presa per l'Administració en els anteriors termes mereix una deferència inicial en l'àmbit judicial, de forma que correspon al licitador argumentar la necessitat d'accedir a la informació confidencial als efectes de la seva defensa en judici. En aquest context, la protecció del secret cedirà sols en la mesura que la informació protegida sigui indispensable al dret de defensa.

En aquest sentit, l'exigència de fonamentació de la sol·licitud d'aixecament de la confidencialitat no pot ser exhaustiva, perquè en definitiva l'expedient administratiu –que és allà on s'integra la documentació confidencial– és una base informativa a disposició de les parts per tal que puguin definir la seva estratègia general, els motius de recurs i les pretensions. És per això que no es pot demanar a les parts una justificació absoluta respecte a la necessitat de la informació confidencial per relació a un concret motiu de recurs, però sí que resulta exigible que es posi de manifest una relació inicialment versemblant i suficientment intensa entre la informació confidencial demanada i la defensa de la part processal afectada.

## 3

**L'equilibri financer del contracte**

## 3.1

**L'obra extracontractual i l'enriquiment injust**

Un dels problemes recurrents en matèria de contractació és el de l'obra o les prestacions efectuades més enllà de l'encàrrec o del projecte. Tradicionalment en aquesta matèria ha tingut una especial projecció el principi d'enriquiment injust, principi que apunta a l'obligació d'abonament de l'obra o les prestacions efectivament realitzades, independentment que excedeixin allò pactat en el contracte.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha abordat la qüestió en la sentència de 3 d'octubre de 2014 –recurs núm. 1077/10–, en els següents termes:

- El contractista té en general dret a percebre el preu de l'obra executada, dret que l'article 99 de la Llei de contractes de les administracions públiques (text refós aprovat pel Reial decret legislatiu núm. 2/2000) circumscriu als termes establerts a la Llei i al mateix contracte.
- Aquest dret s'estén també a l'abonament de l'obra realment executada encara que no estigui prevista al contracte inicial, sempre i quan els treballs complementaris hagin estat encarregats per l'Administració o pel director de l'obra –que, a aquests efectes, actua com a representant de la mateixa–, i no responguin a una decisió unilateral del contractista. En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha donat prioritat al principi d'enriquiment injust per sobre dels principis d'inalterabilitat del contracte o de risc i ventura, àdhuc quan l'excés d'obra resulta objectivament qüestionable o irregular per raons de competència o procediment, perquè s'entén que des de la perspectiva del contractista les instruccions del director d'obra gaudeixen d'una aparença de legitimitat i que la seva actuació respon a l'interès per col·laborar amb l'Administració (Tribunal Suprem, sentències de 15 de juny de 1999 i de 16 d'octubre de 2000, rec. 3062/1995, entre altres moltes).
- Alguna jurisprudència ha admès la responsabilitat de l'Administració en determinats supòsits en els que no s'ha acreditat que els sobrecostos derivats de l'obra complementària hagin obeït a ordres expressives de l'Administració o de la direcció facultativa, però en aquests casos cal constatar no sols una situació objectiva d'enriquiment, sinó també, almenys, un consentiment tàcit de l'Administració. Altrament, l'execució

del contracte i particularment el preu del mateix quedarien exclusivament en mans de la contractista.

- En definitiva, l'execució del contracte s'ha de cenyir estrictament al propi contracte, al projecte, al pressupost i als plecs de clàusules, sense perjudici de la seva reforma quan les modificacions tinguin prou entitat. Una obligació que vincula tant l'Administració com el mateix contractista –article 143 del Reial Decret legislatiu 2/2000–. Això no exclou que l'Administració sigui responsable de les indefinicions o dels errors del projecte que comportin unes despeses d'execució inicialment imprevisibles, però ineludibles i consubstancials a la mateixa execució.
- En conseqüència, el contractista ha de plantejar de forma expressa les diferències que consideri necessàries respecte a les previsions del projecte, i recavar l'autorització municipal abans d'emprendre la seva execució. Una autorització que ha de constar normalment sia a les actes aixecades arran de les visites d'obra, sia mitjançant comunicació específica adreçada a la direcció facultativa o a la mateixa Administració.
- Quan el contractista reclama un pagament addicional, ha d'acreditar la realitat de l'obra o els excessos d'amidament que reclama, la seva divergència del projecte i el pressupost, el sobrecost que comporti respecte a aquest darrer i la imputabilitat a l'Administració; en aquest últim cas, determinant si la variació obeeix a alguna ordre o indicació de la direcció facultativa o de l'Administració, o si hi ha un consentiment tàcit significatiu, o si respon a imprecisions o errors en el projecte.
- Inicialment correspon a l'actora la càrrega de provar els anteriors extrems d'acord amb la regla prevista a l'article 217 de la Llei d'enjudiciament civil. Això no exclou que puguin tenir joc altres regles com ara la de la facilitat probatòria.

Alhora, un cop el contractista formula la reclamació de forma versemblant, correspon a l'Administració provar les excepcions que hi oposi a la mateixa (Tribunal Suprem, secció 4a, sentència de 27 d'abril de 2005, EDJ 62646).

### 3.2

#### **Risc imprevisible i *factum principis***

L'equilibri econòmic del contracte és un dels principis tradicionals en matèria de contractació. Ara per ara aquest principi queda recollit a l'article 258 de la Llei de contractes de les administracions públiques i es refereix a situacions

molt determinades, com la modificació contractual per part de l'Administració, o també el cas següent:

*b/ Quan causes de força major o actuacions de l'Administració determinin de forma directa la ruptura substancial de l'economia de la concessió. A aquests efectes, s'entenen per causa de força major les enumerades a l'art. 231.*

Alhora, l'article 231 determina els supòsits de força major, com ara els incendis causats per l'electricitat atmosfèrica, els fenòmens naturals d'efectes catastròfics, sismes submarins, terratrèmols, erupcions volcàniques, moviments del terreny, temporals marítics, inundacions o altres de semblants, o les destrosses ocasionades violentament en temps de guerra, robatoris tumultuosos o alteracions greus de l'ordre públic.

Cal remarcar que aquestes possibilitats operen com a excepció al principi de risc i ventura, que és el que regeix amb caràcter general la relació contractual. Així ho disposa l'article 215 TRLCAP.

Tant el Reglament estatal de serveis de les corporacions locals (Decret de 17 de juny de 1955) com el Reglament català d'obres i serveis (Decret 179/95) inclouen un plantejament més favorable al contractista, ja que imposen el manteniment de l'equilibri econòmic de la concessió i la revisió de les tarifes o de la subvenció “quan, encara que no hi hagi modificacions del servei, circumstàncies anormals i imprevisibles sobrevingudes determinin, en qualsevol sentit, la ruptura de l'equilibri econòmic” (articles 127 i 249, respectivament).

La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia té alguns antecedents significatius sobre el restabliment de l'equilibri econòmic de la concessió, com ara les situacions que es van crear quan el mateix Tribunal va determinar la no-exempció de les companyies d'autopistes respecte a l'impost de béns immobles, amb el subsegüent desequilibri econòmic.

La sentència núm. 43/2009, de 19 de gener (recurs núm. 564/2006), va abordar aquesta qüestió. Recorda aquesta resolució com la teoria del risc imprevisible va ser introduïda pel Consell d'Estat francès a partir de l'*arrêt Gaz de Bordeaux*, de 30 de març de 1916, referint-se precisament a la ruptura de l'equilibri econòmic de la concessió. Una ruptura, però, que posa en risc la continuïtat del servei per causes sobrevingudes i imprevisibles; situació en què l'Administració ha d'anar en ajut del contractista per tal d'evitar que l'explotació del servei esdevingui inviable i, per tant, quedi perjudicat l'interès públic per mor d'una excessiva rigidesa del principi d'intangibilitat del contracte *—pacta sunt servanda—*.

Cal remarcar que la raó de fons del reequilibrament del contracte rau en l'interès públic i en la constatació del risc en el manteniment del servei, no en la satisfacció d'un dret subjectiu del contractista.

Aquest plantejament va ser introduït a Espanya a través del Reglament de serveis de les corporacions locals, encara que sense incorporar la condició o la raó de ser a la qual quedava lligat, que era la supervivència del servei.

La sentència abans esmentada posa de manifest que el principi d'equilibri econòmic del contracte no suposa la desaparició de la clàusula de risc i ventura, de forma que, congruentment amb l'origen històric d'aquell principi, no es tracta de garantir uns beneficis determinats al contractista.

En aquests casos, la compensació s'ha de limitar a un repartiment dels perjudicis imprevisibles *“mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración, imponiendo un auténtico seguro de beneficios mínimos en favor del concesionario o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”*.

Alhora, en el moment de determinar la compensació corresponent, la Sala posa de manifest que no sols cal considerar la deseconomia en qüestió, o els costos derivats del risc imprevisible, sinó que cal tenir en compte alhora l'economia global del contracte. La sentència es pronuncia en els següents termes:

*[...] la pérdida de las bonificaciones tributarias en el impuesto sobre bienes inmuebles solo deberá ser compensada en el caso de que se hayan agravado las perspectivas económicas del concesionario, respecto de las previstas inicialmente en dicho plan económico-financiero, lo que no sucederá, por ejemplo, si los ingresos derivados del tráfico de vehículos se han incrementado correlativamente respecto de las previsiones iniciales. Es por ello que resulta imprescindible realizar una valoración global de los resultados de la explotación, respecto de los previstos en su día en el plan económico-financiero, a fin de determinar en qué medida se ha alterado el equilibrio de la concesión. En consecuencia, resulta ineludible deferir al trámite de ejecución de sentencia la determinación de las cantidades a que pueda tener derecho la concesionaria, con el fin de mantener el referido equilibrio económico.*

El Tribunal Suprem va conformar l'anterior doctrina mitjançant sentència de cassació de 15 d'octubre de 2012 (recurs núm. 1554/2011):

*[...] es correcta la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible para fundamentar el derecho de AUCAT a ser compensada de manera que se restablezca ese equilibrio y la correspondiente obligación de la Genera-*

*lidad de Cataluña de satisfacerle esa compensación. En consecuencia, también lo es entender improcedente resarcir a AUCAT por la totalidad de los conceptos que esta esgrime pues ni el restablecimiento del equilibrio económico-financiero equivale a garantizarle beneficios, ni comporta la asunción de los gastos relacionados con los recursos que interpuso.*

El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya va tractar en sentència de 3 d'octubre de 2014 (apel·lació núm. 1077/10) una situació que respon més pròpiament al supòsit de *factum principis*. Es tractava de la reclamació formulada per l'empresa concessionària d'un aparcament municipal en relació amb la situació creada a partir de la Llei 44/66, que va imposar la tarifació per minuts en comptes del cobrament per hora o fracció que s'aplicava fins aleshores d'acord amb el contracte de la concessió. Un cop aprovada la Llei, l'Ajuntament va executar-la a partir de la mera divisió per seixanta de la tarifa inicialment establerta per hora o fracció, mentre que l'actora reivindicava l'augment de la nova tarifa per minut, atès que aquesta forma de tarifació comportava una disminució d'ingressos que segons el seu parer trencava l'equilibri financer de la concessió.

La sentència entén que cal incloure les situacions de *factum principis* dins els supòsits que poden donar lloc a la compensació del contractista, entenent per tals aquells en els que el desequilibri econòmic del contracte obeeix a una decisió d'un poder públic aliè a l'Administració contractant, com va succeir en aquest cas, ja que la nova tarifació dels aparcaments va ser imposada per una Llei estatal que, alhora, aplicava el dret europeu.

En aquest context es va reiterar que el principi general que regeix la contractació és el de vinculació de les parts al contracte, i que la compensació no ha de cobrir necessàriament la totalitat del dany causat, sinó que es tracta de mantenir l'equilibri essencial entre l'interès públic i l'interès privat, prenent com a pauta els compromisos i la situació en el moment inicial del contracte.

Específicament, la sentència sistematitza els requeriments perquè sigui procedent la compensació, que són els següents:

- *La causa de trencament de l'equilibri financer ha de respondre a algun dels supòsits esmentats; això és, la modificació directa i unilateral del contracte per part de l'administració, la concurrència d'un supòsit de força major, un risc imprevisible, o d'una decisió igualment imprevisible adoptada per un poder públic, sempre sense culpa del contractista.*
- *Cal constatar que la incidència comporta un trencament substancial de l'economia del contracte, sense que sigui suficient una alteració en el sistema de prestacions i contraprestacions vigent en el moment del succés.*

- *El terme de comparació als efectes de valorar la ruptura substancial de l'economia del contracte queda constituït pel pacte inicial i la situació existent llavors.*
- *El manteniment d'un nivell mínim de beneficis és una circumstància determinant en l'economia de la concessió, de forma que una alteració que comporti una onerositat pel contractista que impedeixi la consecució del benefici industrial ordinari és una dada significativa.*
- *El restabliment de l'equilibri es pot articular de forma diversa, a través de la tarifa, mitjançant subvenció, prorrogant el termini del contracte o per altres mètodes.*
- *No resulta exigible que l'Administració o els usuaris assumeixin integrament el cost de redreçament de l'economia contractual (Tribunal Suprem, sentència de 15 d'octubre de 2012, recurs núm. 1554/2011). Es tracta de satisfer tant l'interès privat, com l'interès públic, de forma que inicialment tots dos s'han de veure afectats. En aquest sentit, el principi de restabliment de l'equilibri no opera com una assegurança dels beneficis del contractista. Es tracta simplement de recompondre un equilibri financer raonable.*

En el cas analitzat per la sentència esmentada, es va arribar a la conclusió que efectivament s'havia produït una desestabilització de l'economia del contracte com a conseqüència d'un factor extern a les parts. El contractista no va acreditar que la nova situació comprometés la consecució d'un marge mínim de beneficis, ni que la supervivència de la concessió del servei estigués en risc, i la solució va ser el rescabament per import de la meitat de la disminució d'ingressos acreditada.

### 3.3

#### **La clàusula *rebus sic stantibus***

Respecte al principi d'equilibri financer cal esmentar la sentència núm. 333/14, de 30 de juny, dictada per la Sala Civil del Tribunal Suprem.

La sentència es refereix a l'impacte de la crisi econòmica i a l'enfonçament de la facturació d'una empresa que tenia concedida l'explotació de la publicitat col·locada als autobusos de València. Una concessió efectuada per part de l'empresa de propietat municipal que gestionava el transport urbà.

El cas és que l'empresa va comunicar l'any 2009 la impossibilitat d'abonar el cànon pactat, atesa la disminució de la facturació com a conseqüència d'un fet imprevisible com ara la crisi econòmica.

El Tribunal Suprem posa en relleu el canvi de concepció experimentat per la clàusula *rebus sic stantibus*, que ha passat d'una aplicació summament excepcional, fonamentada en el criteri d'equitat i limitada a situacions “d'alteració extraordinària”, o situacions de “desproporció exorbitant” o circumstàncies “radicalment imprevisibles”, a una aplicació normalitzada d'aquesta figura. Hom entén en aquest sentit que la crisi econòmica pot ser considerada com una situació que pot generar un greu trastorn i una mutació de les circumstàncies contractuals, susceptible de donar joc a aquest principi.

El nou fonament d'aquesta figura és el principi de commutabilitat del comerç jurídic i el principi de bona fe; principis que porten a una regla d'equilibri bàsic de les prestacions contractuals com a expressió de l'economia del contracte. Per tant, opera la clàusula *rebus* quan es constata que ha desaparegut la base del negoci que li va donar sentit i oportunitat. Es tracta d'una modificació de la situació que afecta la base causal del negoci i l'assignació contractual del risc. Un risc que, tenint en compte la naturalesa del contracte, passa a ser anormal per a alguna de les parts.

Vist des de la perspectiva de la bona fe, la clàusula *rebus* opera quan, més enllà del que es va pactar i sense culpa de les parts, les circumstàncies que van donar sentit al contracte canvien substancialment, i això afecta les pretensions de les parts. En aquest context, hom considera que la bona fe porta a una adaptació del contracte congruent amb el canvi operat.

Ara bé, la possibilitat de modificació del contracte d'acord amb la clàusula *rebus sic stantibus* té un caràcter clarament supletori respecte d'altres mecanismes de reequilibrament previstos al contracte, específicament respecte a la revisió de preus ordinària.

D'altra banda, a diferència de la situació d'impossibilitat material de compliment del contracte o del supòsit de *factum principis*, la clàusula *rebus sic stantibus* no requereix que la prestació esdevingui impossible o que es constati un risc en la supervivència del servei o de la prestació contractada; el pressupòsit material de la clàusula *rebus* és una alteració de la causa econòmica del contracte que va informar l'equilibri entre prestacions en el moment que es va subscriure.

Allò essencial en aquesta figura no és tampoc el caràcter més o menys fortuït de la nova situació, sinó la modificació objectiva en la base del negoci, i, específicament, de la distribució del risc natural del contracte com a conseqüència d'una variable que raonablement no podia ser prevista en el moment inicial del contracte.

La diferència amb la resolució contractual és que aquesta possibilitat opera des de la perspectiva de la finalitat del contracte, quan es constata que la nova situació frustra l'objectiu pràctic perseguit per les parts o que

deixa de resultar rendible o atractiu. La clàusula *rebus sic stantibus* opera en canvi no des de la perspectiva de la finalitat del contracte, sinó des de la seva base econòmica, com s'ha vist, atenent a la commutabilitat de les prestacions.

Com s'ha esmentat, la sentència considera que la crisi econòmica pot operar com a causa vàlida per a l'aplicació d'aquest principi, encara que aquesta dada no és suficient:

*[...] la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, [...] que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que [...] pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula rebus.*

D'altra banda, s'hi argumenta que la crisi econòmica no és un factor que sigui imputable al contractista, en els següents termes:

*No parece que pueda imputarse dicho riesgo cuando por la trascendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperase que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato [...]. Nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora.*

La Sala Primera del Tribunal Suprem considera, en aquest sentit, que perquè operi aquest principi la crisi econòmica s'ha de projectar sigui en un increment de costos inherents a la prestació compromesa, sigui en una devaluació o un enviliment de la contraprestació pactada.

Alhora, aquesta situació ha de portar a una manca de viabilitat del contracte, o a una ruptura de l'equivalència entre les prestacions.

Hom considera suficient en aquest sentit que l'explotació hagi portat a un resultat reiterat de pèrdues –situació que es qualifica d'impossibilitat econòmica–; o la desaparició completa del marge de benefici –això és, la pèrdua del caràcter retributiu de la prestació–, amb la consegüent alteració de l'equilibri contractual.

Finalment, aquesta valoració s'ha de fer prenent en consideració estrictament la relació econòmica associada al contracte, no el balanç general de l'empresa, o el tancament anual de comptes de la mateixa o del grup d'empreses, o considerant altres activitats econòmiques diferents a l'afectada.

Així doncs, aquesta nova concepció de la clàusula *rebus sic stantibus* obre un nou camp de reequilibrament contractual, un camp de repercussions molt àmplies que pren impuls a partir d'influències europees (principis Unidroit i principis europeus de contractació) i del mateix avantprojecte de modernització del dret d'obligacions i contractes del Codi civil espanyol.

Certament, encara està per veure la repercussió d'aquesta nova concepció de la clàusula *rebus sic stantibus* en la contractació pública, però és probable que acabi tenint joc, com sol succeir.

### 3.4 Recapitulació

El cas és que, com s'ha esmentat, el principi general que ara per ara presideix la Llei de contractes de les administracions públiques és el de risc i ventura del contractista –article 215 TRLCAP–. En sentit contrari, s'hi admet també el dret del contractista a l'equilibri econòmic del contracte –article 258 TRLCAP–, encara que aquesta possibilitat queda configurada com una excepció limitada als supòsits previstos. Uns supòsits que, com a excepció a la regla que són, haurien de ser taxats i d'interpretació restrictiva.

En aquesta línia, l'article 89.1 prohibeix expressament la revisió de preus, periòdica o no periòdica, no prevista en el contracte; i l'article 105.1 veda la modificació del contracte més enllà dels supòsits expressament establerts.

Tanmateix, el reequilibrament econòmic del contracte s'ha anat obrint pas, desbordant les situacions contemplades per la Llei i també els marges de revisió de preus inicialment previstos en el contracte, sovint amb una base dogmàtica molt feble que contrasta amb el rigor de la sentència civil glossada a l'apartat anterior.

La doctrina del *factum principis* va ser la primera ampliació de les possibilitats de reequilibrament del contracte. Una doctrina que deriva d'una interpretació expansiva de la possibilitat de compensació dels desequilibris derivats de causes imputables a l'Administració, incloent-hi les que provenen d'altres administracions o poders.

Cal dir que sobre l'abast del *factum principis* conviuen encara interpretacions contradictòries del mateix Tribunal Suprem. Ja s'ha esmentat abans la sentència de 17 de setembre de 2012 que va admetre el dret de compensació com a conseqüència d'una decisió aliena a l'Administració contractant, concretament per una decisió judicial que va anul·lar l'exempció d'IBI que s'havia concedit a la contractista. Per contra, en la sentència de 16 de maig

de 2011 (recurs núm. 566/08), el Tribunal Suprem no admet el dret de la concessionària de ser compensada per una actuació nova –el desdoblament d’una carretera que competia amb l’autopista objecte de concessió–, pel fet que aquesta actuació va ser promoguda per una altra administració.

La doctrina del risc imprevisible suposa una ampliació substancial dels supòsits d’equilibri econòmic del contracte. És aquesta doctrina un calaix de sastre que admet motius de compensació molt variats, amb l’única condició que la causa del desequilibri no sigui susceptible de previsió en el moment del contracte.

Un plantejament tan obert resulta qüestionable des de la perspectiva de la Llei de contractes. En efecte, com s’ha dit, l’article 105 TRLCAP limita la modificació del contracte als supòsits legalment previstos. Alhora, l’article 107 admet la modificació quan causes de força major o cas fortuït “facin impossible la realització de la prestació en els termes inicialment definits”. El risc imprevisible pot ser inicialment encaixat en el cas fortuït, però en aquest supòsit legal de modificació contractual no és suficient una disminució dels ingressos o dels beneficis, sinó que és necessari que la onerositat sobrevinguda de la prestació faci inviable el contracte.

Però és que, en el cas esmentat, l’apartat 2 del mateix precepte impedeix la modificació quan aquesta suposi alterar la relació entre la prestació contractada i el preu tal com aquesta relació va quedar definida a les condicions d’adjudicació o, en tot cas, les modificacions superin en més o menys el 10 % el preu d’adjudicació, comptant totes les modificacions practicades en la vida del contracte.

Per tant, la doctrina del risc imprevisible té una certa empara legal, però limitada als casos fortuïts, i prenent com a paràmetre l’equilibri inicial del contracte, sempre sense arribar al límit acumulat del 10 % esmentat.

D’altra banda, succeeix freqüentment que la jurisprudència ha establert la compensació en funció del total del dany causat i no en funció del reequilibrament del contracte segons la situació en el moment inicial del mateix, o limitant la compensació a allò necessari per garantir el manteniment del servei, que és l’interès de l’Administració, en comptes de la garantia dels beneficis del contractista.

Una altra qüestió és si la lògica d’aquest principi no ens haurà de portar a admetre la hipòtesi que l’Administració pugui plantejar també el reequilibrament econòmic al seu favor com a conseqüència de novetats que afavoreixin de forma imprevisible la posició del contractista en perjudici de l’Administració o de l’interès públic.

En definitiva, hi ha en aquest moment una situació d’incertesa pel que fa a l’operativitat de les excepcions al principi de risc i ventura, i respecte a l’abast i els límits de les diverses excepcions que es poden invocar.

## 4 El pagament

### 4.1 Pagament ajornat i crèdit captiu

Ja d'antuvi algunes administracions han intentat afavorir la seva posició com a deutores, relaxant les condicions de pagament i el règim dels interessos que merita el retard.

La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia ja va tancar el pas, en el seu moment, als intents d'introduir en els processos de licitació un criteri de valoració d'ofertes consistent en la renúncia per part del licitador al cobrament dels interessos derivats del retard dels pagaments.

Concretament, la sentència núm. 558/2001, de 3 de maig (recurs núm. 2610/1996), va descartar aquesta possibilitat per contrària a la Llei de contractes llavors vigent i, essencialment, a la Directiva 2000/35/CE de mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials. Es va considerar, per tant, que la regulació sobre els terminis de pagament i sobre els interessos era *ius cogens*, i que no podia ser objecte de disposició per les parts.

La situació que s'ha plantejat recentment al Tribunal té a veure també amb la disponibilitat del règim jurídic del pagament. En aquest cas la qüestió es referia a la possibilitat que el plec de bases rector de la licitació prevegi el fet que, arribat el moment del pagament, l'Administració pugui optar per abonar la quantitat deguda, o per un crèdit que el contractista li ha de concedir obligatòriament pel 100 % de l'import que hauria d'abonar. Un crèdit a amortitzar en cinc anualitats, que genera un tipus màxim d'interès de l'euríbor + 3 punts, clarament inferior a l'interès previst a la Directiva de morositat i a la Llei de contractes de les administracions públiques.

L'Administració va defensar que l'anterior règim de pagament era admissible en la mesura que els pagaments es duïen a terme en tot cas dins els terminis legalment previstos, sia mitjançant transferència bancària al compte del contractista, sia disposant d'un crèdit concedit pel mateix, que generarà un interès financer, no l'interès legal de demora.

El Tribunal català de contractes del sector públic s'havia plantejat la qüestió a la resolució núm. 122/14, de 28 juliol, arribant a la conclusió que aquesta possibilitat quedava coberta per la llibertat de contractes prevista al TRLCSP, no havent-se acreditat que aquesta previsió fos abusiva.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'ha mostrat, en canvi, contrari a aquesta pràctica a les sentències números 366/2014 i 379/2014, de 15 i 23 d'abril respectivament.

Novament la raó de fons té l'origen en la Llei 15/2010 de morositat, Llei que afecta no sols les administracions en sentit estricte, sinó també les empreses públiques i els poders adjudicadors, com era el cas. Doncs bé, l'article 4.1.a/ de l'esmentada norma estableix que el termini de pagament és de 60 dies, termini que no pot ser ampliat per acord entre les parts, de forma que no hi ha espai en aquest cas per a la voluntat contractual. El termini és indisponible per a les parts. En aquest sentit, l'article 9.1 prescriu la nul·litat de les clàusules pactades entre les parts que afectin la data de pagament o les conseqüències sobre la demora, i que s'apartin del termini o el tipus legal d'interès establert a la Llei, quan tinguin un caràcter abusiu en perjudici del creditor. Alhora, el mateix precepte disposa que el caràcter abusiu es determinarà en funció que serveixi principalment per proporcionar al deutor una liquiditat addicional a expenses del creditor.

Una situació que és la que es donava en aquell cas, atès que la finalitat de les clàusules qüestionades era la de posposar el pagament efectiu al contractista més enllà d'un termini de pagament que no era disponible. Per tant, els plecs de condicions modificaven el termini de pagament i l'interès previst a l'efecte per la Llei en un context que cal qualificar com abusiu per al contractista, atès que la funcionalitat d'aquest crèdit és la de proporcionar liquiditat a l'Administració.

A l'anterior plantejament cal afegir que certament la Llei de contractes admet la possibilitat d'introduir excepcions a la regla de prohibició de pagament ajornat –article 87.7–, concretament a part dels supòsits d'arrendament financer, quan així ho disposi una llei. Però el Tribunal Constitucional ha considerat en sentència núm. 56/14 que el pagament ajornat repercuteix en el dèficit públic en augmentar els costos financers de forma que, tenint en compte que queda compromesa l'estabilitat pressupostària, només per llei estatal és possible ampliar els supòsits de pagament ajornat. Un argument agafat pels pèls, perquè els límits inherents a l'estabilitat pressupostària operen sobre el pressupost, no pròpiament sobre les decisions de despesa, almenys dintre del mateix exercici.

## 4.2

### **El càlcul dels interessos i els costos de cobrament**

Els interessos meritats per la demora en el pagament dels contractes va experimentar un canvi molt significatiu a partir de la Directiva 2000/35/CE i

la transposició efectuada per la Llei 3/2004, de mesures de lluita contra la morositat a les operacions comercials.

L'article 6 de la Llei esmentada disposa que es meriten els interessos quan el proveïdor hagi satisfet les seves obligacions contractuals i legals, i tanmateix no hagi rebut a temps la quantitat que se li deu, llevat que el deutor pugui provar que no és responsable del retard.

Complertes les anteriors condicions, es merita l'interès de demora, que serà el que resulti del contracte o, en defecte de pacte, el tipus legal constituït per la suma del tipus d'interès aplicat pel Banc Central Europeu a la seva més recent operació principal de finançament, efectuada abans del primer dia del semestre natural de què es tracti, més set punts percentuals.

No resulta d'aplicació l'interès pactat en el contracte si es pot considerar manifestament abusiu. En aquest sentit, l'article 9 determina el següent:

*Será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas:*

[...]

*c) Y cuando el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del art. 7, o de la cantidad fija a la que se refiere el apartado 1 del art. 8.*

*Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.*

Posteriorment, el plantejament es va endurir a partir de la Directiva 2011/7/UE, que va establir un termini de pagament de 30 dies i 8 punts addicionals d'interès.

Aquest és el règim que s'ha aplicat habitualment en els casos sotmesos al Tribunal, a manca de previsió específica als contractes que han estat objecte de recurs fins ara. El Tribunal no ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre la viabilitat de règims diferents al general esmentat; una qüestió gens senzilla tenint en compte la dificultat per esbrinar quan es pot considerar abusiu un règim alternatiu en els termes legals esmentats.

Només indirectament es va abordar la qüestió a la sentència núm. 558/2001 esmentada a l'apartat anterior, considerant-se en aquesta ocasió que l'interès

del 3 % establert era manifestament abusiu, com s'ha dit, pel fet de no haver estat pactat entre les parts i d'estar principalment orientat a aconseguir liquidat per a l'Administració deutora.

El càlcul dels interessos meritats ha generat tradicionalment molts dubtes.

- La inclusió de l'IVA a la base de càlcul ha estat una de les qüestions més controvertides.

La sentència núm. 915/14 del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de data 18 de novembre (recurs d'apel·lació núm. 182/12), es refereix a aquesta qüestió, que ha posat de manifest que la disparitat de solucions jurisprudencials s'ha produït essencialment en els casos en què l'IVA no es merita en el moment que resulta exigible el pagament, com succeeix en el cas del contracte d'obres, atès que l'IVA no s'abona fins a la liquidació final, de forma que les certificacions d'obra s'expedeixen sense IVA, i els interessos meritats pel retard en el seu pagament no s'han de calcular afegint l'IVA al principal del deute.

Per contra, en la resta de supòsits, l'article 75 de la Llei 37/92 de l'impost sobre el valor afegit disposa que el tribut es merita en el moment de l'esmentat lliurament. Per tant, quan el contractista factura ha d'incloure l'IVA, i cal presumir que compleix la seva obligació d'abonar-lo malgrat el retard en el cobrament. En aquest punt el Tribunal no ha imposat al contractista l'obligació d'acreditar el pagament efectiu de l'IVA com a condició per tal d'incloure aquest concepte a la base de càlcul dels interessos. Val a dir que tampoc la normativa sobre pagaments de l'Administració preveu aquest control en el moment de tramitar l'abonament, ni la demostració seria senzilla en molts casos.

El cas és que, un cop assumit l'IVA, aquest impost s'integra en els costos empresarials exactament igual com s'hi integren els altres costos. Així doncs, el perjudicat pel retard en l'abonament de les factures no és la Hisenda pública, sinó l'empresari. En definitiva, el sentit de la normativa contra la morositat obliga a aplicar els interessos a les quantitats constituïdes en mora, i l'IVA s'hi integra com una part més del deute desatès. En aquest context, el retard perjudica més encara l'empresari, en la mesura que ha hagut d'avançar l'IVA a la Hisenda pública de la seva butxaca.

Una altra cosa és si els interessos meriten alhora l'IVA. En aquest sentit el Tribunal s'ha manifestat reiteradament en contra (TSJC, sentència de 19 de setembre de 2014, apel·lació núm. 4/11).

- Quant a les dates de càlcul dels interessos, inicialment el *dies ad quem* és el pagament efectiu del principal; aquesta és una qüestió pacífica.

Respecte a l'inici del còmput, el *dies a quo* és l'endemà del venciment del termini de pagament, en aquest moment 30 dies des de la certificació

d'obra o dels documents que acrediten la realització del contracte –articles 216 i 222.4 TRLCAP–, sense perjudici del termini especial de tres mesos referit a la certificació final en el contracte d'obres.

Però succeeix que l'Administració es retarda en expedir les certificacions d'obra, que s'haurien d'emetre en el termini de 10 dies segons que es deriva de la clàusula 47 de les aprovades pel Decret 3854/1970. La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 16 de maig de 2015 (apel·lació núm. 233/2012) recorda el règim de còmput ja consolidat per la jurisprudència, en el sentit que els interessos meriten a partir del termini de pagament –abans dos mesos o seixanta dies, ara trenta dies– comptat des de l'expedició de la certificació d'obra si aquesta ha estat expedida en el termini de deu dies subsegüent al període certificat o, en tot cas, el darrer dia d'aquest termini si la certificació és posterior

– Anatocisme.

L'article 1109 del Codi civil disposa que els interessos vençuts meriten l'interès legal des del moment que són judicialment reclamats, encara que no hi hagi previsió legal.

L'admissió de l'anatocisme en l'àmbit administratiu quedava tradicionalment condicionada a que el crèdit fos vençut, líquid i exigible. Tanmateix, l'exigència de liquiditat (“*in iliquidis non fit mora*”) va quedar matisada ja fa temps per la jurisprudència, tant civil (Tribunal Suprem, sentència de 5 de març de 1992) com administrativa (Tribunal Suprem, sentència de 22 de setembre de 1997). Aquesta darrera sentència va establir el següent:

*[...] el tradicional principio de “in iliquidis non fit mora” exige un adecuado replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos aquellos supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia, en cuanto que esta no viene a constituir un derecho que se impone a los litigantes, sino a declarar unos derechos que asisten al acreedor y que solo se concretan en su extensión cuantitativa.*

Aquesta jurisprudència va a recordar que en definitiva els interessos responen a una reparació o restitució integral del creditor, essent obvi que el dany per la depreciació dels diners i pel fet de no haver pogut disposar dels mateixos durant el termini de la mora existeix igualment encara que el deute no estigués formalment liquidat des d'un principi.

La sentència de la Sala 3a del Tribunal Suprem de 6 de juliol de 2001 (rec. 8004/1995) admet la procedència dels interessos respecte a la quantitat que no és objecte de discussió en la reclamació judicial:

*[...] solo será de apreciar la no concurrencia de la inexcusable liquidez cuando haya existido una efectiva contradicción sobre el importe de la*

*deuda principal, de manera que haya sido necesaria una verdadera tarea de enjuiciamiento, por parte del órgano jurisdiccional, para fijar el importe de la deuda susceptible de generar intereses.*

Aquest és el plantejament actualment vigent a la jurisprudència. La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de data 18 de novembre de 2014 (apel·lació núm. 182/2012) es fa ressò del mateix quan manté que cal admetre l'anatocisme en els supòsits en què la quantitat no es liquida en el moment de plantejar el recurs, però la demandada no planteja realment discussió sobre la quantia dels interessos reclamats, o la oposició és inconsistent, o quan la quantificació només depèn de meres operacions matemàtiques.

– Indemnització pels costos de cobrament.

La Llei 3/2004, de mesures de lluita contra la morositat, va introduir així mateix el dret del contractista a ser indemnitzat pels costos de cobrament:

*1. Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de este. En la determinación de estos costes de cobro se aplicarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal. La indemnización no podrá superar, en ningún caso, el 15 por ciento de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate.*

*No procederá esta indemnización cuando el coste de cobro de que se trate haya sido cubierto por la condena en costas del deudor; de conformidad con lo dispuesto en los arts. 241 a 246 y 394 a 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

*2. El deudor no estará obligado a pagar la indemnización establecida en el apartado anterior cuando no sea responsable del retraso en el pago.*

Aquest dret ha estat considerat de forma relativament restrictiva per part dels tribunals. En aquest sentit alguns jutjats han desestimat els costos generats per la reclamació en via administrativa, atès que no resulta necessària la intervenció d'advocat. En altres casos, la raó de la desestimació ha estat el fet de no haver-se acreditat el pagament efectiu dels honoraris que el contractista reclama.

En aquest darrer sentit s'ha pronunciat el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en sentència de 19 de setembre de 2014 (apel·lació núm. 4/11). Aquesta sentència va rebutjar una simple certificació sobre els honoraris meritats d'acord amb el barem del Col·legi d'Advocats, com també s'ha rebutjat en altres ocasions l'aportació d'un mer conveni entre el lletrat i la

contractista, establint els percentatges de remuneració en funció de la quantia del deute reclamat. Tampoc no s'ha acceptat una factura proforma que no consta efectivament abonada.

Potser aquestes dificultats han fet que recentment, mitjançant la Llei 11/2013, s'hagi establert el dret del creditor a percebre una quantitat fixa de 40 euros sense necessitat de reclamació ni justificació, sense perjudici dels costos que puguin superar l'anterior xifra.

### 4.3

#### La mesura cautelar de pagament. El *référé-provision*

La Llei 15/2010, de modificació de la Llei de morositat, va introduir una mesura cautelar específica referida al cobrament de les quantitats reclamades pels contractistes. El Reial decret legislatiu 3/2011 estableix en aquest sentit el següent (article 217):

*Transcurrido el plazo a que se refiere el art. 216.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.*

Es tracta d'una mesura cautelar similar al *référé-provision* del dret francès tan reivindicat pel professor García de Enterría. Una possibilitat atípica en el nostre dret, atès que les mesures cautelars constitueixen una excepció a la regla general de validesa i executivitat de les resolucions administratives –en aquest cas la desestimació presumpta de la reclamació en via administrativa–, excepció vinculada a la constatació que la mesura cautelar resulta necessària per a l'efectivitat d'una futura sentència favorable, i en funció d'una ponderació dels interessos en joc.

Tradicionalment la jurisdicció s'ha resistit a les mesures cautelars positives que avancen el resultat del procés, amb el benentès que en general els

danys que pateix el contractista que no rep la remuneració que li pertoca són susceptibles d'indemnització en cas d'obtenir sentència favorable.

Doncs bé, en aquest context la Llei 15/10 va capgirar el sistema, de forma que en aquests casos la norma general és el pagament, recaient en l'Administració la càrrega d'argumentar que el deute reclamat no correspon.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'ha plantejat la qüestió en la interlocutòria de data 13 de maig de 2015 (recurs núm. 148/15), tot establint la següent doctrina:

- La mesura cautelar es pot referir al principal més els interessos, però també a reclamacions d'interessos en solitari.
- La mesura cautelar no inclou les despeses de cobrament.
- No correspon aquesta mesura cautelar respecte a les factures abonades amb càrrec als successius mecanismes de finançament per al pagament a proveïdors de les comunitats autònomes i entitats locals, regulat pels reials decrets llei 4/2012, 7/2012, 4/2013 i 8/2013, atès que l'abonament per aquesta via suposa l'extinció no sols del deute, sinó també dels interessos i de les despeses de cobrament.
- Aquesta mesura cautelar no està exempta del règim general de contra-cauteles, específicament del finançament de la quantitat percebuda per evitar una eventual insolvència si finalment la sentència és favorable a l'Administració.

## 5

### Annex de jurisprudència

#### 5.1

#### Risc imprevisible

#### **Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sentència núm. 43/2009, de 19 de gener (recurs núm. 564/2006)**

*En términos generales, los contratos administrativos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, lo que no es sino manifestación del principio pacta sunt servanda que informa la normativa sobre contratación. Ello no obsta para que se reconozcan excepciones a dicho principio, como la que deriva de la concurrencia de fuerza mayor, o bien de las modificaciones del contrato imputables a la actuación administrativa, de forma directa o indirecta, como ocurre en el ius variandi o el factum principis.*

*Especialmente en el ámbito de la gestión de servicios públicos, se introdujo, a partir del arrêt Gaz de Bordeaux del Consejo de Estado francés, de 30 de marzo de 1916, la teoría del riesgo imprevisible, según la cual, cuando se produce una ruptura del equilibrio económico de la concesión, que pone en riesgo la continuidad del servicio por causas sobrevenidas e imprevisibles, la Administración debe acudir en ayuda del contratista, adoptando las medidas necesarias para garantizar dicho equilibrio, de modo que la explotación no se convierta en inviable y, con ello, se perjudique el interés público por el rigorismo del principio de intangibilidad del contrato.*

*Dicha teoría del riesgo imprevisible fue introducida en nuestro Derecho a partir del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 126 y siguientes), en el que expresamente se estableció que la Administración concedente debía revisar las tarifas y la subvención “cuando, aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión” (artículo 127.2 del citado Reglamento).*

*No es necesario hacer hincapié en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, y que la legislación posterior la ha incorporado plenamente, como se desprende del artículo 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

*Debe señalarse, sin embargo, que el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no supone que quede descartado el principio de riesgo y ventura del contratista, puesto que una cosa es mitigar dicho desequilibrio y otra bien distinta desplazar a la Administración el riesgo económico que es consustancial a la explotación del servicio. No se trata, en definitiva, ni de una garantía de beneficio para el concesionario ni de un seguro que cubra las posibles pérdidas económicas por parte de aquel, sino de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestando el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas (cfr. artículo 129.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Por último, la coparticipación de la Administración en los riesgos de la explotación puede revestir una pluralidad de formas, tales como el incremento de tarifas, el otorgamiento de una subvención o cualquier otra compensación económica. Como ha señalado la sentencia de 17 de noviembre de 2000 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, “el*

*restablecimiento del equilibrio económico no se traduciría tampoco en una compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario como en el caso del ius variandi, sino en un reparto entre concedente y concesionario de los perjuicios imprevisibles, como lo destacan, en efecto, las SSTS de 21 de octubre de 1980 y 14 de marzo de 1985, la última de las cuales recalca que la revisión debe orientarse hacia el mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración, imponiendo un auténtico seguro de beneficios mínimos en favor del concesionario o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”.*

[...]

*La compensación que deba otorgarse a la actora no puede comprender, sin embargo, la totalidad del importe que aquella ha debido satisfacer en exceso por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, como consecuencia de la pérdida de la bonificación que se le venía reconociendo. Como antes se ha dicho, el mantenimiento del equilibrio económico no supone una garantía de un beneficio económico mínimo ni un seguro contra las pérdidas derivadas de la explotación del servicio. Se trata, por el contrario, de una coparticipación en los riesgos económicos de la explotación del servicio, que puede adoptar múltiples formas, tales como el incremento de las tarifas o el otorgamiento de una subvención que haga posible la continuidad de la prestación del servicio, lo que constituye la verdadera y única finalidad de esta institución.*

*Desde esta perspectiva, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato no puede prescindir, junto a la determinación de los mayores costes de explotación que comporta el abono íntegro del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de los mayores o menores ingresos que obtiene el concesionario, respecto de los previstos inicialmente, cuestión sobre la que no se han aportado datos suficientes en este proceso. En efecto, si de lo que se trata es de mantener el equilibrio económico de la concesión, la finalidad que debe alcanzarse es la de que no se vean substancialmente alterados los parámetros del plan económico-financiero que presentó la actora al concurrir al concurso de autos, y que forma parte integrante del contrato concesional. Por tanto, el incremento de los costes de explotación derivados de la pérdida de las bonificaciones tributarias en el impuesto sobre bienes inmuebles solo deberán ser compensadas en el caso de que se hayan agravado las perspectivas económicas*

*del concesionario, respecto de las previstas inicialmente en dicho plan económico-financiero, lo que no sucederá, por ejemplo, si los ingresos derivados del tráfico de vehículos se han incrementado correlativamente respecto de las previsiones iniciales. Es por ello que resulta imprescindible realizar una valoración global de los resultados de la explotación, respecto de los previstos en su día en el plan económico-financiero, a fin de determinar en qué medida se ha alterado el equilibrio de la concesión. En consecuencia, resulta ineludible deferir al trámite de ejecución de sentencia la determinación de las cantidades a que pueda tener derecho la concesionaria, con el fin de mantener el referido equilibrio económico.*

### **Tribunal Suprem, sentència de 15 d'octubre de 2012, recurs núm. 1554/2011**

*[...] es correcta la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible para fundamentar el derecho de AUCAT a ser compensada de manera que se restablezca ese equilibrio y la correspondiente obligación de la Generalidad de Cataluña de satisfacerle esa compensación. En consecuencia, también lo es entender improcedente resarcir a AUCAT por la totalidad de los conceptos que esta esgrime pues ni el restablecimiento del equilibrio económico-financiero equivale a garantizarle beneficios, ni comporta la asunción de los gastos relacionados con los recursos que interpuso.*

*[...]*

*Se trata de una solución razonable que mira a satisfacer de forma equilibrada los intereses del concesionario y los intereses públicos concernidos, para la que el artículo 248.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ofrece apoyo normativo. En efecto, entre los supuestos en los que considera procedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, se cuentan tanto la modificación por la Administración de sus condiciones por razones de interés público, como las actuaciones administrativas que determinen la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Argumentando a partir de estas premisas, cabe afirmar que también habrá de proceder esa compensación cuando la alteración sea consecuencia de fallos judiciales que conlleven el cambio de alguno de los elementos configuradores del régimen económico, tal como ha sucedido aquí. Y debe proceder porque no se advierten motivos por los que no se pueda extender a ese supuesto la regla legal del mantenimiento del equilibrio*

*económico del concesionario. En este sentido, la sentencia de 6 de febrero de 2007 (casación 7172/2001) le reconoce el derecho a su restablecimiento por no haberse revisado las tarifas a causa de la prórroga de las vigentes dispuesta por Real Decreto y las de 4 de junio de 2008 (casación 5093/2006) y 29 de mayo de 2007 (casación 8202/2004) también relacionan los cambios normativos que inciden en el régimen económico de la concesión con el restablecimiento de su equilibrio.*

[...]

*Y no es óbice a ello la invocación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales porque la sentencia lo tiene presente, al que se refiere para dejar constancia de la recepción expresa de la doctrina jurisprudencial del hecho imprevisible en la legislación sobre contratos. Así, pues, lo relevante es que la sentencia la aplica, como excepción a los principios pacta sunt servanda y de riesgo y ventura si bien advirtiendo que el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero a que conduce no comporta la compensación integral de los perjuicios sufridos por el concesionario. De ahí que sea preciso, como dice la sentencia recurrida, establecer en términos concretos la medida del desequilibrio producido en la fase de ejecución.*

## 5.2

### **Factum principis**

#### **Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, sentència de 3 d'octubre de 2014, apel·lació núm. 1077/10**

*[...] el dret contractual queda presidit pel principi de vinculació de les parts a allò acordat, de forma que hom ha d'estar a les conseqüències del pactes, ja es tracti de beneficis o de perjudicis –pacta sunt servanda–. Expressió d'aquesta regla essencial és la clàusula de risc i ventura que ja d'antuvi recull la legislació de contractes (article 98 del text refós aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, articles 7, 199, 225 i 253 de la Llei 30/2007 i articles 7, 215, 242 i 277 del Reial decret legislatiu 3/2011).*

*Ara bé, conjuntament amb l'anterior dogma opera també el principi eventualment contrari de manteniment de l'equilibri financer del contracte. En aquest sentit, es reconeix al contractista el dret a ser compensat davant una modificació de les circumstàncies que afecti l'equilibri essencial entre les prestacions i les contraprestacions fins el punt de*

*posar en perill el manteniment del contracte i, consegüentment, l'interès públic implícit. Aquesta és una manifestació de la clàusula civil rebus sic stantibus i també té una llarga tradició en el dret públic de contractes (article 248 del Reial decret legislatiu 2/2000, articles 228, 232, 241 i 258 de la Llei 30/07, i articles 245, 249, 258, i 282 del Reial decret legislatiu 3/2011. En l'àmbit local, l'article 127.2.2 del Reglament de serveis de les corporacions locals aprovat per Decret de 17 de juny de 1955, encara que a Catalunya regeix l'article 249 del Reglament d'obres, activitats i serveis de les entitats locals aprovat per Decret núm. 179/1995). El sentit d'aquest principi és el de mantenir l'equilibri essencial entre l'interès públic i l'interès privat, prenent com a pauta els compromisos i la situació en el moment inicial del contracte.*

*El restabliment de l'equilibri financer de contracte queda inicialment referit a les situacions de modificació directa del contracte o de les prestacions per voluntat unilateral de l'Administració contractant, i també a les situacions en les que una causa de força major o be actuacions indirectes de l'Administració trenquin de forma substancial l'economia del contracte. Una jurisprudència ja consolidada ha inclòs en aquest darrer supòsit la concurrència d'un risc imprevisible i també el nomenat factum principis, que es refereix a decisions d'un poder públic que tinguin l'esmentat efecte de trencar substancialment l'economia del contracte (Tribunal Suprem, sentència de 29 de maig de 2007 –recurs núm. 8202/2004– Tribunal Suprem, sentència de 27 de desembre de 1990, i TSJ de Catalunya, Sala Contenciosa Administrativa, secc. 5a, sentència núm. 43/2009, de 19 de gener. recurs núm. 564/2006).*

*Tanmateix, el principi dominant és el de vinculació de les parts al contracte, de forma que el restabliment de l'equilibri financer opera com una excepció en determinades condicions que són les següents:*

*– La causa de trencament de l'equilibri financer ha de respondre a algun dels supòsits esmentats; això és, la modificació directa i unilateral del contracte per part de l'administració, la concurrència d'un supòsit de força major, un risc imprevisible, o d'una decisió igualment imprevisible adoptada per un poder públic, sempre sense culpa del contractista.*

*– Cal constatar que la incidència comporta un trencament substancial de l'economia del contracte, sense que sigui suficient una alteració en el sistema de prestacions i contraprestacions vigent en el moment del succés.*

*– El terme de comparació als efectes de valorar la ruptura substancial de l'economia del contracte queda constituït pel pacte inicial i la situació existent llavors.*

– *El manteniment d'un nivell mínim de beneficis és una circumstància determinat en l'economia de la concessió, de forma que una alteració que comporti una onerositat pel contractista que impedeixi la consecució del benefici industrial ordinari és una dada significativa.*

– *El restabliment de l'equilibri es pot articular de forma diversa, a través de la tarifa, mitjançant subvenció, prorrogant el termini del contracte o per altres mètodes.*

– *No resulta exigible que l'Administració o els usuaris assumeixin integrament el cost de redreçament de l'economia contractual (Tribunal Suprem, sentència de 15 d'octubre de 2012, recurs núm. 1554/2011). Es tracta de satisfer tant l'interès privat, com l'interès públic, de forma que inicialment tots dos s'han de veure afectats. En aquest sentit, el principi de restabliment de l'equilibri no opera com una assegurança dels beneficis del contractista. Es tracta simplement de recompondre un equilibri financer raonable.*

*Doncs bé, hem de coincidir substancialment amb el plantejament efectuat pel jutge d'instància. En efecte, en principi i pel que fa a la valoració de la situació de fet, la sentència objecte d'apel·lació queda adequadament fonamentada en les dades aportades i en l'informe efectuat pel perit de designació judicial, de credibilitat superior al perit de part atesa la seva imparcialitat. La valoració de l'impacte econòmic del nou sistema tarifari sobre l'anàlisi de l'evolució de la facturació mitja per estacionament rotatori és raonable i fonamentada, de forma que les conclusions són prou sòlides. Concretament cal admetre que la nova tarifació va produir un impacte prou significatiu sobre el gir econòmic del servei, i per tant sobre el contracte, encara que no s'ha acreditat que aquest impacte hagi compromès la consecució d'un marge mínim de beneficis per part de la concessionària, ni que la supervivència de la concessió del servei estiguin en risc.*

*En aquest context, cal concloure que si bé procedeix el rescabament del concessionari atesa l'afectació econòmica del contracte, no s'ha acreditat la necessitat que aquest rescabament doni cobertura al 100 % de l'impacte de la nova tarifació. En aquest sentit, es pot subscriure el criteri de repartir per meitats el cost entre els usuaris i la concessionària. Val a dir en aquest sentit que en aquesta solució de repartiment resulta irrellevant per l'actora si l'Administració assumeix l'altra part del cost o ho fan els usuaris.*

## 5.3

**Rebus sic stantibus**

**Tribunal Suprem Sala 1a, sentència núm. 333/2014, de 30 de juny, rec. 2250/2012**

*3. Respecto de la cuestión de fondo que plantea el presente caso, en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula “peligrosa” y de admisión “cautelosa”, con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: “alteración extraordinaria”, “desproporción desorbitante” y circunstancias “radicalmente imprevisibles”; caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial.*

*Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820 y 822/2012, respectivamente) en donde se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil).*

*La progresiva objetivación de su fundamento técnico.*

*4. En relación con el necesario cambio o adaptación de los referentes que tradicionalmente han configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas “de equidad y justicia” en pro de una progre-*

*siva objetivación de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado. Así, en primer lugar, conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (pacta sunt servanda), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por contra, su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.*

*De la primera regla se desprende que todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este “equilibrio básico”, que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula rebus sic stantibus.*

*En conexión con lo afirmado, el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las*

*partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula rebus sic stantibus ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004). En segundo lugar, porque esta razón de compatibilidad o de normalidad con el sistema codificado tampoco se quiebra si atendemos al campo de los efectos o consecuencias jurídicas que la aplicación de la cláusula opera, ya sea un efecto simplemente modificativo de la relación, o bien puramente resolutorio o extintivo de la misma. Pensemos que figuras que comparten idénticas consecuencias, caso de la acción resolutoria (artículo 1124 del Código Civil) y de la acción rescisoria por fraude de acreedores (1111 y 1291, 3.º del Código Civil), con idéntica naturaleza de la ineficacia resultante, pues supone la validez estructural del contrato celebrado (artículo 1290 del Código Civil), una vez superados los prejuicios de la economía liberal, se aplican en la actualidad con plena normalidad sin necesidad de recurrir a su excepcionalidad o singularidad dentro del campo contractual. En parecidos términos, si la relación se establece con el principio de conservación de los contratos (entre otros artículo 1284 del Código Civil), en donde su desarrollo tiende a especializarse respecto de la nulidad contractual como régimen típico de ineficacia; Sentencias de pleno de 15 de enero de 2013 (n.º 827, 2012) y de 16 de enero de 2013 (n.º 828, 2012). Por otra parte, dicha razón de compatibilidad tampoco se quiebra si nos fijamos en la nota de la subsidiariedad con la que tradicionalmente viene calificada la aplicación de esta cláusula, pues fuera de su genérica referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal que ampare la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual, su adjetivación de subsidiaria hace referencia, más bien, a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios (SSTS de 24 de septiembre de 1994 y 27 de abril de 2012). En tercer lugar, esta razón de compatibilidad y normalidad en la aplicación de esta figura no puede desconocerse a tenor del desenvolvimiento jurídico experimentado en el contexto del Derecho europeo. En efecto, del mismo modo que la conservación de los contratos constituye un principio informador del derecho contractual europeo, reconocido por los textos de referencia ya señalados y aplicados por esta Sala en las Sentencias de 15 y 16 de enero de 2013 (núms. 827 y 828/2013, res-*

*pectivamente) la clàusula rebus sic stantibus o si se prefiere, la relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato, ha sido objeto de regulación por estos mismos textos de armonización sin ningún tipo de regulación excepcional o singular al respecto, como un aspecto más en la doctrina del cumplimiento contractual. En este sentido, no puede desconocerse un cierto valor añadido a las citadas sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 pues fuera de la oportunidad del momento, la referencia a la clàusula se realiza de un modo normalizado, conforme a los textos de armonización citados, y se admite su posible aplicación a casos que traigan causa de la “crisis económica”, supuesto claramente más amplio y complejo que los derivados de la devaluación monetaria que sirvió de base a un cierto renacimiento de la clàusula rebus sic stantibus.*

*Concreción funcional y aplicativa de la figura.*

*5. Criterios básicos de la delimitación: fundamento causal, base del negocio y asignación contractual del riesgo derivado.*

*Con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la clàusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde de dos criterios de concreción de dicha tipicidad. Con el primero, a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:*

*– La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.*

*– La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.*

*Complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado.*

*La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos ha sido resaltada por la reciente jurisprudencia de esta Sala, entre otras, SSTS 20 de febrero de 2012 (núm. 1887, 2008), 20 de noviembre de 2012 (núm. 674, 2012), 25 de marzo de 2013 (núm. 165, 2013), 26 de abril de 2012 (núm. 309, 2013), y 11 de noviembre de 2013 (núm. 638/2013).*

*Por su parte, el otro criterio concorde a esta función delimitadora de la tipicidad contractual en la aplicación de esta figura viene representado por el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado “riesgo normal del contrato”. En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato.*

*En suma, estos criterios de tipicidad nos responden, en una primera instancia o contraste, a las preguntas básicas que plantea la posible atención jurídica a todo cambio de circunstancias o de condiciones, si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante, y si dichas alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas.*

*6. La diferenciación de la cláusula respecto de otras figuras próximas. En el marco de la aplicación especializada que se está desarrollando y en orden a las pautas generales que informan la tipicidad contractual de la cláusula rebus sic stantibus resulta imprescindible, aunque sea de forma sintética, resaltar su diferencia contractual respecto de otras figuras próximas, especialmente en relación a la imposibilidad sobrevenida de la prestación y a los supuestos de resolución de la relación obligatoria, propiamente dichos.*

*Respecto de la primera conviene destacar que la aplicación de la cláusula rebus no se realiza en atención a la perspectiva de la posible liberación del deudor, desde el estricto plano de la posibilidad o no de realización de la prestación tras el acontecimiento sobrevenido, cuestión que por su alcance requiere la naturaleza fortuita del mismo y la rigidez de su imprevisibilidad sino que le basta con que dicho acontecimiento o cambio de las circunstancias, más allá de la posibilidad de realización de la prestación, comporte una alteración de la razón o causa económica que informó el equilibrio prestacional del contrato*

*que determina una injustificada mayor onerosidad para una de las partes. De esta forma, la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara “previsible” en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide. (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013).*

*Si se repara, esta es la tendencia que es seguida tanto en la regulación de esta cláusula en algunas de la legislaciones europeas, caso del Derecho alemán, en dónde en el párrafo primero del parágrafo 313 no aparece expresamente la nota de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, debiéndose ser inferido de los cambios no previstos por las partes, como en los textos internacionales y de armonización señalados. En esta línea, para los principios Unidroit la imprevisibilidad deriva de que los acontecimientos, no debieron haber sido previstos “por la parte en desventaja, ni de que cayeran en su esfera de control”. Los principios de Derecho Europeo de la Contratación (PELL) la configuran respecto de que dicho cambio “no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato”. En parecidos términos, el Proyecto de la Compraventa Europea, en relación a que dicho cambio “no se tuvo en cuenta y no pueda esperarse que se tuviese en cuenta” y, en suma, nuestra propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, que expresamente alude especialmente “a la distribución contractual o legal de los riesgos”.*

*Con relación a la resolución de la obligación (artículo 1124 del Código Civil) la principal dificultad a la hora de la diferenciación se manifiesta principalmente en la categoría del incumplimiento esencial. En efecto, en el campo jurisprudencial este tipo de incumplimiento ha venido siendo definido como “la falta de obtención de la finalidad perseguida”, “la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones” e inclusive “como la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido”. Como puede observarse, referencias que, en mayor o*

*menor medida, también han sido empleadas por la doctrina jurisprudencial en el análisis y definición de la cláusula rebus.*

*En este sentido, la diferenciación debe precisarse en los distintos fundamentos causales de ambas figuras y en sus diferentes funciones en la dinámica contractual. En esta línea puede afirmarse que las referencias citadas en la categoría del incumplimiento esencial operan en el plano de la resolución como el resultado de un juicio de tipicidad o de valoración entre lo que podemos denominar como causa de contrato (causa contractus, causa negotii), esto es, desde la función económica social del contrato el resultado práctico que quieren conseguir o alcanzar las partes (causa concreta del negocio) y la relevancia que para dicho fin presenta la inejecución o el irregular desenvolvimiento del programa de prestación; se valora tanto el plano de ajuste de los deberes prestacionales realizados con los programados, como el plano satisfactivo del acreedor que informó la celebración del contrato (STS 11 de noviembre de 2013, núm. 638/2013).*

*De esta forma, en el plano de aplicación de la cláusula rebus, las referencias citadas como definición del incumplimiento esencial (frustración del fin del contrato, quiebra de la finalidad económica, o de sus expectativas o aspiraciones, etc.) no operan como el resultado del anterior juicio de tipicidad o de valoración, exactamente. El contraste se realiza, no desde la causa del negocio propiamente dicha, sino desde la base del negocio y del riesgo normal derivado del contrato, como expresión de la conmutatividad o razón económica del equilibrio contractual del mismo, y la relevancia que para el mantenimiento de dicho equilibrio o razón económica presenta la mutación o alteración de las circunstancias inicialmente previstas. De esta forma, no se valora el plano de la satisfacción del acreedor desde el propósito negocial perseguido, conforme al desenvolvimiento de la relación contractual, sino que en un plano diferente al incumplimiento de la obligación y, por tanto, al desenvolvimiento del programa de prestación, se valora la ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de la relación negocial celebrada. Así, mientras que la resolución atiende a la quiebra o frustración de la finalidad práctica o resultado buscado por las partes, sin perjuicio de que dicha frustración comporte, como es lógico, una valoración económica, la prestación en esas condiciones ya no le es útil o idónea al acreedor, incluso económicamente analizada, la aplicación de la rebus atiende a la quiebra o frustración de la conmutatividad y onerosidad contractual sobre la que se diseñó el resultado práctico querido por las partes.*

7. *Cambio de circunstancias: crisis económica y excesiva onerosidad.* Como se ha señalado, las citadas Sentencias de Pleno de 17 y 18 de enero de 2013 constituyen un punto de partida, o toma en consideración, hacia una configuración de la figura normalizada en cuanto a su interpretación y aplicación se refiere, de ahí que fuera de las trabas de la concepción tradicional, con una calificación de la aplicación de la figura como excepcional y extraordinaria, cuando no de peligrosa, se razone, conforme a los textos de armonización y proyectos europeos en materia de contratación (Principios Unidroit, PECL y propuesta de la Comisión General de Calificación), ya como tendencia, o bien como canon interpretativo, en pro de una normal aplicación de la figura sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan una prudencia aplicación de la figura.

Ello se traduce, a diferencia de la doctrina jurisprudencial anterior, en la estimación, como hecho notorio, de que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula rebus no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues como señalan ambas Sentencias, y aquí se ha reiterado, resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas Sentencias destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula rebus máxime, como resulta de los supuestos de hecho de las Sentencias citadas, cuando confundiendo la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevinida de la prestación (1182 a 1184 del Código Civil).

En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte deter-

*minante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. En este contexto, y dentro de la fundamentación objetiva y de tipicidad contractual señalada, pueden extraerse las siguientes consideraciones de carácter general:*

*A). La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida.*

*B). Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).*

*C). En ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.*

*Aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado.*

*TERCERO. 1. La doctrina jurisprudencial expuesta en relación con el presente caso nos muestra que la sentencia de la Audiencia no ha realizado correctamente la concreción funcional y aplicativa de la figura conforme al contexto y a las circunstancias del marco negocial objeto de análisis. En este sentido, su fallo, pese a reconocer la relevancia de la crisis económica, su marcada incidencia en el mercado publicitario del sector y la justificada pretensión de renegociación del marco inicial establecido, ante la posición cerrada de la empresa de transporte al respecto, no entra a analizar el alcance de la alteración producida en la relación contractual celebrada justificando su decisión ya con base a criterios generales de la caracterización del régimen de aplicación de*

*esta figura sumamente restrictivos, caso de la sentencia citada de 10 de febrero de 1997, o bien, con relación a una petición de principio que elude el necesario tratamiento de la cuestión debatida, esto es, que se hubiese previsto una cláusula de estabilización en relación al canon establecido, caso la cita la sentencia de esta Sala, de 27 de abril de 2012 (núm. 243/2012), que no resulta extrapolable al presente caso tanto por la dudosa alteración de las circunstancias económicas, que se hacían depender directamente del mero transcurso de tiempo en un contrato de arrendamiento urbano, como por el hecho diferenciador de la previsión negociada del riesgo, dado que el contrato contaba con una cláusula de estabilización de la renta pactada.*

*2. Por tanto, acreditado el presupuesto general de la alteración de las circunstancias económicas, por el hecho notorio de la actual crisis económica, y su significativa incidencia en el mercado de la publicidad del sector del transporte, cabe profundizar en la señalada concreción funcional y aplicativa de la figura conforme al marco negocial celebrado, especialmente respecto de las notas de imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante de la prestación debida.*

*En esta línea, siguiendo la delimitación expuesta sobre la concreción funcional y aplicativa de la figura, se observa como, de acuerdo a la naturaleza y los usos negociales, las expectativas económicas de la explotación publicitaria formaron parte de la base del negocio que informó el meritado contrato de 2006, de forma que la empresa ofertante, al margen del canon mínimo garantizado, se beneficiaba de la posible variación al alza de la facturación según las modalidades alternativas previstas en la cláusula tercera del contrato; todo ello, además, sin perjuicio de la actualización anual del mínimo garantizado.*

*Llegados a este punto, y una vez constatado que al menos para una de las partes contratantes la variación de las expectativas económicas de la explotación del negocio son tenidas en cuenta para el alza de su rentabilidad, cabe preguntarse, si como sostiene la sentencia de la Audiencia, la ausencia o falta de previsión al respecto en relación con las expectativas económicas de la empresa adjudicataria constituye, por ella misma, un factor determinante para la inaplicación de la cláusula rebus sic stantibus.*

*Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, a las periciales practicadas y, en suma, a la fundamentación seguida por la sentencia de Primera Instancia, la respuesta debe ser negativa. En efecto, la mera ausencia de esta previsión no puede ser tomada como un hecho concluyente pues, en rigor, de su silencio tampoco se infiere directamente la*

*asignación abstracta del riesgo sino que, por el contrario, este riesgo o alteración sobrevenida debe ser valorado conforme a la nota de imprevisibilidad de acuerdo con su alcance y su incidencia en el contexto económico y negocial en el que incide o se proyecta. De modo que, conforme a lo expuesto, no parece que pueda imputarse dicho riesgo cuando por la trascendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperaba que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato. Pues bien, esto es lo que ocurre en el presente caso de acuerdo con el análisis de las periciales practicadas, aceptadas en ambas instancias, en donde se desprende que aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conectora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora. De este contexto se comprende que en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, solo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación, caso que si ocurrió, de forma llamativa, cuando dicha empresa, ya en la situación de crisis del sector, y desligada del anterior contrato, adapta su nueva oferta de adjudicación a la realidad del nuevo contexto económico.*

*3. Esta línea, por lo demás, también es seguida por la doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal al valorar la teoría de la imprevisión en el ámbito de la contratación pública; supuestos, ente otros, de los contratos afectados por la denominada crisis del petróleo, SSTS de 12 de diciembre de 1979 y 16 de septiembre de 1988, de su repercusión en el incremento extraordinario de los ligantes asfálticos, SSTS de 26 y 27 de diciembre de 1990, o de los contratos afectados por la actual crisis económico-financiera, STS de 16 de mayo de 2011. Todo ello, en la medida en que, por el carácter extraordinario y profundo de la alteración económica, su acaecimiento no pudiera razonablemente precaverse, de forma que se cercene el principio de equilibrio financiero entre las partes reportando una excesiva onerosidad contraria a los principios de equidad y buena fe contractual.*

*4. Determinado el carácter extraordinario de la alteración de las circunstancias, por el hecho notorio de la actual crisis económica, su notable incidencia en el contexto del mercado publicitario del transporte*

*y su nota de imprevisibilidad en el marco de razonabilidad de la distribución asignación de los riesgos del contrato, la tipicidad contractual de la figura requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada.*

*En el presente caso, según la doctrina jurisprudencial expuesta, y siguiendo las periciales aceptadas por ambas instancias, cabe constatar dicha excesiva onerosidad que se desprende, de un modo claro, en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado.*

*5. Del examen realizado, debe concluirse que procede la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus y, por tanto, la modificación del contrato según la correcta ponderación que realiza la sentencia de Primera Instancia.*

#### 5.4

### Pagament. Crèdit captiu a favor de l'Administració

**Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sentència núm. 366/2014, de 15 d'abril, recurs núm. 19/2011**

*SEXTO. Por lo que respecta al fondo de la cuestión litigiosa, se discute la legalidad de aquellos apartados del pliego de bases que rigió la licitación del contrato de autos, en cuya virtud el contratista concede a GISA (hoy Infraestructuras de la Generalitat de Catalunya S.A.U.) un crédito por un importe equivalente al 100 % del precio de la obra, que además se amortiza en cinco anualidades y genera un tipo máximo de interés del Euribor + 3. De este modo, la entidad contratante puede optar por satisfacer el importe de las certificaciones de obra dentro del plazo establecido por la Ley de morosidad, o bien acogerse al citado crédito, que devenga un interés inferior al de demora legalmente previsto.*

*Mientras que la recurrente sostiene que estas cláusulas contravienen la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley de morosidad, al tiempo que son abusivas, además de contravenir el principio de igualdad de*

*trato, las demandadas defienden que los pagos se realizan en todo caso dentro del plazo legal, ya sea mediante transferencia bancaria en la cuenta del contratista, o bien disponiendo del crédito concedido por aquel, que generará un interés financiero, y no el interés legal de demora.*

*SÉPTIMO. No existe discusión entre las partes acerca de la aplicabilidad al caso de autos de la Ley de morosidad. En efecto, su artículo 3.º dispone que será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.*

*Por su parte, el artículo 2.b) de la propia Ley de morosidad establece que, a los efectos regulados en esta Ley, se considerará como Administración a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, entre los que sin duda se incluye la codemandada, que tiene la condición de poder adjudicador.*

*OCTAVO. Siendo clara e indiscutida la aplicación al supuesto litigioso de la Ley de morosidad, ha de concluirse que existen tres preceptos de la misma que resultan de especial relevancia para la resolución del proceso.*

*En primer lugar, el artículo 4.1.a), según el cual el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el de sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Con independencia del debate acerca de si resulta o no aplicable preferentemente el plazo de 30 días que prevé el artículo 200.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, lo relevante es que el plazo de pago “no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes”, según la modificación operada por la Ley 15/2010, de 5 de julio. Ha desaparecido, pues, la referencia a la voluntad contractual que se contemplaba anteriormente en la Ley de morosidad. Los plazos de pago son, desde entonces, indisponibles por las partes.*

*En segundo lugar, el artículo 9.1 dispone que serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en los artículos 4.1 y 7.2, respectivamente, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso.*

*En tercer lugar, el propio artículo 9.1 establece que, para determinar si una cláusula es abusiva, se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor.*

*NOVENO. No cabe duda que las cláusulas impugnadas persiguen la finalidad de posponer el pago al contratista del precio del contrato, más allá de los plazos establecidos como indisponibles en la Ley de morosidad. Se acude para ello al expediente de convertir al deudor en concedente de un crédito a GISA por el importe del 100 % de la obra, que se amortiza en cinco anualidades y que genera un tipo de interés máximo del Euribor + 3.*

*Resulta evidente que el plazo en que se producirá el pago efectivo (hasta 5 años) supera lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley de morosidad, y que el tipo de interés aplicable al crédito concedido por el contratista es inferior al interés de demora que prevé el artículo 7.2 de la propia Ley.*

*En consecuencia, se trata de cláusulas abusivas, en los términos previstos en el artículo 9.1 de la Ley de morosidad, en la medida en que proporcionan al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor. En definitiva, no existe otro motivo que pueda justificar estas cláusulas, más que el establecimiento de unas condiciones de pago, en cuanto al plazo y al tipo de interés, que perjudican al contratista respecto de la aplicación de las legalmente establecidas. Además, estas condiciones se establecen en claro perjuicio del contratista-acreedor y en beneficio unilateral del deudor, puesto que no existe contrapartida alguna, en términos jurídicos, que compense la renuncia al cobro de lo adeudado en la forma legalmente establecida.*

*Por todo ello, debe concluirse que las cláusulas litigiosas son nulas de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley de morosidad, por lo que procede la estimación íntegra del presente recurso.*

## 5.5

### Interessos. Inclusió de l'IVA en la base de càlcul

**Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sentència núm. 915/2014, de 18 de novembre, recurs núm. 182/12**

*[...] si bé s'ha produït una certa disparitat de pronunciaments jurisprudencials sobre la inclusió de l'IVA en al base de càlcul dels inte-*

*ressos, aquesta disparitat es refereix essencialment a les situacions en què l'IVA no es merita en el moment que resulta exigible el pagament. Per contra, aquesta Sala i secció ja s'ha pronunciat en el sentit que, pel cas de lliurament de béns, l'article 75 de la Llei 37/92 de l'impost sobre el valor afegit estableix que el tribut es merita en el moment de l'esmentat lliurament. En el cas que ens ocupa no es discuteix que els béns van ser lliurats, prova d'aquest fet és que la demandada els va abonar, de forma que l'impost es va meritjar. Es pot entendre doncs que l'actora va abonar l'IVA en el seu moment. Cal partir d'aquesta presumpció inicial, altrament l'Administració hauria d'exigir sistemàticament la justificació de l'abonament de impost en el moment de rebre els càrrecs per part dels proveïdors, situació que seria certament poc operativa.*

*El cas és que, un cop assumit l'IVA, l'impost s'integra en els costos empresarials exactament igual com s'integren els altres costos. Així doncs, el perjudicat pel retard en l'abonament de les factures no és la Hisenda pública sinó l'empresari. En definitiva el sentit de la normativa contra la morositat obliga a aplicar els interessos i les altres previsions a les quantitats constituïdes en mora i l'IVA s'integra com una part més del deute desatès. En aquest context, el retard perjudica més encara a l'empresari si cap en la mida que ha hagut d'avançar l'IVA a la Hisenda pública de la seva butxaca.*

## 5.6

### Interessos. Dies a quo en el contracte d'obres

#### **Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sentència núm. 183/2015, de 16 de maig, apel·lació núm. 233/12**

*Alhora, es va establir que el còmput dels interessos merita a partir del termini de dos mesos o seixanta dies comptat des de l'expedició de la certificació d'obra, si aquesta ha estat expedida en el termini de deu dies subsegüent al període certificat o, en tot cas, el darrer dia d'aquest termini si la certificació és posterior, essent el dies ad quem el del cobrament efectiu [...]. Certament la sentència aplica correctament el còmput dels interessos a partir del termini de deu dies comptat des de la finalització del termini certificat, un plantejament que la jurisprudència d'aquesta Sala i secció ha abonat (sentència de 16 de juny de 2004, recurs núm. 229/2001).*

## 5.7 Anatocisme

### **Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sentència núm. 915/2014, de 18 de novembre, recurs núm. 182/12**

*Respecte els interessos dels interessos, la jurisprudència ha vingut admetent l'aplicació de l'article 1109 del Codi Civil, tot i que condicionant la seva procedència al fet que els interessos fossin líquids i determinats en el moment de plantejar el recurs jurisdiccional. Ara bé, l'exigència de liquidesa com a requeriment indispensable per al meritament d'interessos ha estat matisat tant per la jurisprudència civil (STS de 5 de març del 1992) com la jurisprudència contenciosa administrativa. En aquest sentit, la sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 22 de setembre del 1997 ha establert que "el tradicional principi de *in iliquidis non fit mora* exige un adecuado replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos aquellos supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia, en cuanto que esta no viene a constituir un derecho que se impone a los litigantes, sino a declarar unos derechos que asisten al acreedor y que solo se concretan en su extensión cuantitativa". L'esmentada sentència, que ha estat acollida ja d'antuvi per la jurisprudència d'aquesta Sala (Secció 5a, sentències núm. 564/97 i núm. 988/97, entre altres moltes), posa èmfasi en el fet que en definitiva els interessos responen a la restitució integral del creditor, i en el fet que el dany per depreciació del diner i per no haver pogut disposar del mateix durant el termini de la mora existeix igualment encara que el deute no estès liquidat de forma indiscutible des d'un principi. En aquest sentit, la sentència de la Sala 3a del Tribunal Suprem de 6 de juliol de 2001 (rec. 8004/1995) admet la procedència dels interessos respecte a la quantitat que no és objecte de discussió en la reclamació judicial: "solo será de apreciar la no concurrencia de la inexcusable liquidez cuando haya existido una efectiva contradicción sobre el importe de la deuda principal, de manera que haya sido necesaria una verdadera tarea de enjuiciamiento, por parte del órgano jurisdiccional, para fijar el importe de la deuda susceptible de generar intereses".*

## 5.8

## Mesura cautelar positiva de pagament

## Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, interlocutòria de data 13 de maig de 2015, recurs núm. 148/15

*PRIMER. L'article 217 de la Llei de contractes del sector públic aprovada per Reial decret legislatiu 3/2011 preveu una mida cautelar de pagament en els següents termes:*

*“Transcorregut el termini a què es refereix l'art. 216.4 d'aquesta Llei, els contractistes poden reclamar per escrit a l'Administració contractant el compliment de l'obligació de pagament i, si s'escau, dels interessos de demora. Si, transcorregut el termini d'un mes, l'Administració no ha contestat, s'entén reconegut el venciment del termini de pagament i els interessats poden formular recurs contenciós administratiu contra la inactivitat de l'Administració, i poden sol·licitar com a mesura cautelar el pagament immediat del deute. L'òrgan judicial ha d'adoptar la mesura cautelar, llevat que l'Administració acrediti que no concorren les circumstàncies que justifiquen el pagament o que la quantia reclamada no correspon a la que és exigible, cas en què la mesura cautelar es limita a aquesta última. La sentència ha de condemnar en costes l'Administració demandada en el cas d'estimació total de la pretensió de cobrament”.*

*L'actora va plantejar en el seu moment la reclamació davant l'Administració, i ara planteja recurs jurisdiccional en el que sol·licita la mida cautelar esmentada.*

*La representació de l'Administració demandada s'oposa entenent, en primer lloc, que no correspon la totalitat de la quantia reclamada atès que la mida cautelar només opera respecte reclamacions del deute principal, o en tot cas reclamacions conjuntes de principal i interessos, però no respecte una reclamació que es limita a reclamar els interessos.*

*Hem de descartar aquest argument doncs l'article 217 abans reproduït no permet una interpretació restrictiva com la que invoca l'Administració. Cal interpretar, d'acord amb el sentit de l'article esmentat i en atenció al a finalitat que el justifica, que la mida cautelar es pot referir a reclamacions exclusivament adreçades al cobrament dels interessos, doncs cap sentit tindria admetre allò més –principal i interessos– i no admetre allò menys –interessos sols–. En aquest sentit ens hem pronunciat ja mitjançant interlocutòria de 17 de desembre de 2014 (recurs núm. 369/2014).*

*[...]*

*TERCER. Segons que hem argumentat en altres ocasions, la mida cautelar especial en matèria de contractació es regeix pel règim general de les mides cautelars en via jurisdiccional en tot allò que no estigui previst al règim especial. Específicament, resulta aplicable el règim de contra-cauteles; això és, el fiançament de la quantitat objecte de la mida cautelar.*

*En el cas que ens ocupa resulta, però, que l'Administració accepta i està tramitant l'abonament parcial del deute reclamat, de forma que no correspon el fiançament de l'esmentada quantitat no discutida.*

# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al régimen local<sup>1</sup>

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS  
*Magistrado del Tribunal Constitucional*

- 1. Garantía de la autonomía local**
  - 1.1. Principio general
  - 1.2. La autonomía local en algunas materias
- 2. Supresión de controles**
- 3. Sistema de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas**
  - 3.1. División bifronte
  - 3.2. Cooperación y coordinación
  - 3.3. Materias básicas
- 4. Protección procesal de la autonomía local**
  - 4.1. Legitimación
  - 4.2. Objeto del proceso
- 5. Principio democrático**
  - 5.1. Legitimación de los concejales para impugnar acuerdos municipales
  - 5.2. Legitimación para ser proclamado alcalde
  - 5.3. Configuración del equipo de gobierno del municipio
  - 5.4. Legitimación para el sufragio activo
  - 5.5. El principio de transparencia

---

*Artículo recibido el 14/07/2015; aceptado el 12/09/2015.*

1. El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 10 de julio de 2015 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2015, organizado por la Diputación de Barcelona, y recoge las novedades surgidas en relación con la del pasado año 2014, publicada en el *QDL* núm. 36.

## Resumen

Actualizando el texto publicado en *QDL* núm. 36, se analiza en conjunto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de Administración local, la cual ha reforzado la autonomía local en el plano político, jurídico, económico y procesal, ha establecido un complicado régimen de competencias compartidas entre el Estado y las comunidades autónomas, y ha subrayado con cierta moderación el principio democrático en el gobierno local.

Palabras clave: *Administración local; régimen local; leyes básicas; autonomía; autogobierno; insularidad; principio democrático.*

### **Case-law of the Spanish Constitutional Court on local law**

#### **Abstract**

*This article –an update of the text published in the QDL 36– analyzes the case-law of the Spanish Constitutional Court on local law. The case law has strengthened the local autonomy at the political, legal, economic and procedural levels; has established a complicated scheme of shared competences between the State and the Autonomous Communities; and has stressed with some moderation the democratic principle at the local level.*

*Keywords: local government; local law; basic laws; autonomy; self-government; insularity; democratic principle.*

A lo largo de los 35 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, son claras las líneas que han marcado su jurisprudencia en relación con el régimen local. El Tribunal ha contribuido en sus etapas iniciales a consolidar la garantía de la autonomía local como uno de los elementos característicos de nuestro sistema democrático. Más adelante puede decirse que su jurisprudencia se ha petrificado, hasta tal punto que los conatos para avanzar en aspectos tales como la llamada interiorización del régimen local, es decir, el aumento de las competencias de las comunidades autónomas en esta materia, o la profundización del principio democrático en el ámbito de la Administración local, no han pasado de tímidos intentos.

## 1

**Garantía de la autonomía local**

## 1.1

**Principio general**

En el derecho administrativo clásico los entes locales son una suerte de Administraciones menores. Para esta concepción tradicional los municipios son esencialmente corporaciones, agregación de vecinos, y su cometido como ente local es la pura administración de los asuntos internos, como función delegada del Estado y las comunidades autónomas.

Frente a esta concepción, el artículo 137 CE reconoce a los municipios y provincias autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, y el artículo 140 establece que la Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Se reconoce en consecuencia al municipio como una entidad con autonomía política. Deja de ser una pura administración de gestión para ser una administración representativa, que tiene en su seno el poder de gestionar políticamente sus intereses en beneficio de los ciudadanos. La Constitución garantiza no solamente una posición de libertad respecto a la toma de decisiones, sino también la reserva de una parte de poder político en manos de los ayuntamientos.

Esta idea se pone de manifiesto en una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3), según la cual la autonomía local “hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término y debe ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal”. Esta noción es muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, en la cual se establece que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

Como pone de manifiesto Torres Muro<sup>2</sup>, poco después el Tribunal Constitucional fijó como línea jurisprudencial la que configura la autonomía local

---

2. TORRES MURO, Ignacio, “El régimen constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Reforma Estatutaria y Régimen Local*, Thomson Reuters, donde se reco-

como una garantía institucional que el legislador debe respetar: SSTC 32/1981 y 84/1982.

La STC 170/1989, de 19 de octubre (FJ 9), resume esta doctrina del siguiente modo:

*Este Tribunal ha declarado que la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 CE goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar. Esa garantía institucional supone “el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen<sup>3</sup>, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible” (STC 32/1981). Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que **permite, por tanto, configuraciones legales diversas**, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Por tanto en relación con el juicio de constitucionalidad solo cabe comprobar si el legislador ha respetado esa garantía institucional.*

Por garantía institucional se entiende aquella técnica mediante la cual la Constitución, sin regular agotadoramente la composición y las competencias de una institución, establece los rasgos fundamentales con arreglo a los cuales debe ser entendida en un contexto histórico y sociológico determinado, de tal suerte que el legislador debe respetar estos rasgos y no puede establecer una regulación que no la haga reconocible.

El concepto de garantía institucional, aunque es el que explica la técnica seguida por la Constitución para garantizar la autonomía local, fue empleado inicialmente por el Tribunal Constitucional para referirse a la garantía institucional de la provincia. Esta jurisprudencia se sienta en la STC 32/1981, de 28 de julio (diputaciones catalanas), y se ratifica en otras: SSTC 27/1987, de 27 de febrero (diputaciones valencianas), y 109/1998, de 21 de mayo.

En la STC 32/1981 (FJ 4) se rechazó el intento de vaciar de contenido a las diputaciones provinciales, afirmando que:

*Parece evidente que esta asunción por la Generalidad implica la desaparición de las cuatro provincias como entidades locales dotadas de*

---

ge una conferencia pronunciada el 18 de diciembre de 2009 en la Universidad Autónoma de Madrid.

3. En la cita de las SSTC el énfasis está añadido.

*autonomía para la gestión de sus propios intereses, sin que quepa aducir, en contra de esta evidencia, que la ley impugnada “no ha suprimido ninguna de las cuatro provincias existentes en territorio catalán”, que “se ha limitado a sustituir sus órganos de gobierno”, a los que dota de las competencias “suficientes para cumplir y colmar los intereses a que han de atender” o que “lejos de hurtar potestades a las autonomías locales, la intención proclamada en su propio preámbulo por la Ley 6/1980, es la articulación básica de las autonomías locales catalanas en municipios y comarcas”. [...] los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible. **La ley impugnada al privar a los consejos territoriales, con los que pretende sustituir a las diputaciones, de estas potestades básicas y limitar sus competencias sustancialmente a las de estudio y propuesta, privándolas incluso de la facultad de aprobar su propio presupuesto [...] no respeta las condiciones mínimas que permitirían considerar subsistente la autonomía de las provincias que la Constitución garantiza.***

El concepto de garantía institucional es un concepto flexible. Esto permitió al Tribunal Constitucional introducir una modulación en el ámbito de la autonomía local garantizada constitucionalmente sin renunciar a dicho concepto de garantía institucional. En efecto, la STC 109/1998, de 21 de mayo (FJ 2), declaró que:

*El legislador estatal básico ha de respetar la garantía institucional de la autonomía provincial, al regular la dimensión funcional o competencial de la autonomía local. Hemos de precisar, sin embargo, que no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que esta **no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin el cual esta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución.***

## 1.2

### La autonomía local en algunas materias

Esta modulación jurisprudencial es la que lleva al Tribunal Constitucional a admitir en esta sentencia (FJ 7) la constitucionalidad de los planes únicos de obras y servicios:

*La sustitución de los planes provinciales por el Plan Único no anula, ciertamente, el ejercicio de la competencia de cooperación económica [...] hasta el punto de hacerla desaparecer, toda vez que aquella no se agota con la aprobación anual de un plan provincial de obras y servicios. [...] Pero es que, además de conservar en este ámbito competencial un margen de decisión propia –tal y como reclama la garantía institucional de la autonomía local– no es superfluo recordar, a propósito de esta garantía, que las diputaciones catalanas tienen asegurada su presencia en la confección del Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña en suma, dado que se satisface la inexcusable participación de las diputaciones en la elaboración del Plan Único, así como que se produce una adecuada correlación entre las aportaciones a dicho Plan y los municipios de su ámbito territorial en que aquellas repercuten y, en fin, que permanece subsistente la posibilidad de que las diputaciones catalanas desempeñen su competencia de cooperación económica a los municipios mediante cualquier otra fórmula [...] no necesariamente encauzada a través de las obligatorias aportaciones al Plan Único, ha de concluirse que los preceptos enjuiciados no vulneran la autonomía provincial.*

La garantía de la autonomía local plantea la cuestión de si (i) protege a los municipios individualmente considerados, y de si (ii) la creación de nuevas entidades municipales puede suponer la desnaturalización del municipio. La respuesta del Tribunal Constitucional es negativa en ambos casos cuando aborda la cuestión relativa a la creación de las comarcas en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, que proclama el principio de la centralidad del municipio:

*[...] la garantía institucional de la autonomía local no pueda preservar al municipio individualmente, sino que su alcance sea estrictamente institucional, no empaña para nada la lógica del art. 42.4.º de la LBRL. Todo lo contrario. Dicho precepto no condiciona en absoluto esas alteraciones municipales, pero sí garantiza la institución municipal, que, aun en la hipótesis extrema, no podrá diluirse para pasar a identificarse con la comarca. La configuración constitucional de la comarca como agrupación de municipios (art. 152.3 de la CE) impide, en efecto, la materialización del supuesto último del “municipio comarca”, de manera que por muy profundas que pudieran imaginarse esas alternaciones municipales no podrá llegarse a semejante situación.*

En materia de urbanismo, la STC 37/2014 dice que:

*[...] en el fundamento jurídico 8 de la STC 129/2013, de 4 de junio, recordamos la doctrina constitucional que había precisado el alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada en relación a las*

*competencias urbanísticas municipales, doctrina según la cual “aunque el urbanismo se encuentra entre los asuntos de interés de los municipios y, dentro de él, la competencia para asegurar que los usos del suelo se acomodan a la ley y a los planes de ordenación urbana, y que el art. 84.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, somete la actividad de los ciudadanos y de las Administraciones Públicas a licencia y a otros actos de control preventivo, no supone una intromisión ilegítima en la autonomía local que, concurriendo razones que lo justifiquen, el legislador garantice la participación o intervención del municipio por otros medios, que es lo que exige la garantía institucional de la autonomía local que extendimos a las competencias ambientales municipales”.*

La aplicación de esta doctrina conduce a entender que la exención de licencias y autorizaciones urbanísticas y ambientales para los proyectos regionales de infraestructuras de residuos no vulnera la autonomía local.

La STC 159/2001 consideró que la limitación de la intervención municipal exclusivamente a la fase de aprobación inicial de instrumentos de planeamiento urbanístico “es, a priori, compatible con el mínimo exigido a la legislación sectorial por el principio de autonomía local”.

La STC 57/2015, en relación con la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del plan de ordenación del litoral, declara que: *Tratándose de normas con rango de ley, no puede invocarse el principio de autonomía local para condicionar los correspondientes procedimientos legislativos imponiendo en ellos la audiencia de los ayuntamientos que pudieran resultar afectados por los proyectos en tramitación. Dicho principio actúa como canon de constitucionalidad del contenido de las leyes, no del procedimiento de su elaboración [...].*

En materia de parques naturales, la STC 95/2014, en relación con la Ley de las Cortes de Castilla y León 1/2010, de 2 de marzo, de declaración del parque natural de Laguna Negra y circos glaciares de Urbión, declara que los límites que los entes locales encuentran están fijados legalmente y en ningún caso anulan el ejercicio de sus competencias (por ejemplo, en materia de aprovechamiento y conservación de un monte catalogado como de utilidad pública) hasta el punto de hacerlas desaparecer.

En relación con los servicios municipales, la STC 103/2015 declara que la resolución de los convenios provocada por el cambio de sistema de gestión que opera el art. 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, no vulnera la autonomía local, pues no hace inviable la prestación por los municipios de los servicios municipales.

## 2

### Supresión de controles

Una consecuencia del reconocimiento constitucional de la garantía de la autonomía local, es la imposibilidad de que el régimen de tutela del Estado y de las comunidades autónomas sobre las entidades locales se realice por medio de controles jerárquicos, o por medio de instrumentos que puedan considerarse desproporcionados por tener carácter genérico y, por ende, ser lesivos del núcleo de la garantía que caracteriza constitucionalmente a las entidades locales.

En este punto son especialmente importantes las SSTC 4/1981 y 213/1988.

La STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3), que figura, como puede verse por su número, entre las primerísimas resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, establece de manera inequívoca la incompatibilidad con la autonomía local del establecimiento de controles genéricos e indeterminados sobre las entidades locales. La sentencia declara que la posición de superioridad del Estado...

*permite afirmar [...] que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia “cuasi” jerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales. [...] la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en los que la decisión correspondiente a “la gestión de los intereses respectivos” fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra Administración.*

Por su parte, la STC 213/1988, de 11 de noviembre (FJ 2), declara que la supresión de los controles sobre la actividad de la Administración local por la Ley de Bases del Régimen Local...

*ha de calificarse de básica también en sentido material por cuanto [...] [la norma] tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las corporaciones locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la comunidad autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del art. 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos.*

La reforma legislativa del régimen local realizada en estos, reconociendo y dando efectividad al principio constitucional de autonomía local, se basa en

la concepción de esta autonomía no como un ámbito propio de ejercicio competencial, sino como un espacio de libertad política respecto a los controles gubernativos del Estado.

La STC 159/2001, de 5 julio, declaró inconstitucional el artículo 15 del Decreto Legislativo 1/1990 (Cataluña), en el cual se establecía que, en caso de incumplimiento grave de obligaciones urbanísticas o de actuación con notoria negligencia por los ayuntamientos, el consejero de Gobernación podría designar un gerente o transferir la competencia a la Comisión de Urbanismo. El tribunal entendió que dicha norma añadía elementos relevantes a la norma básica (puesto que la Ley de Bases del Régimen Local únicamente preveía el incumplimiento grave de obligaciones urbanísticas), los cuales suponían un mayor o más intenso control por parte de la Administración autonómica y una correlativa merma de la autonomía local.

La cuestión relativa a los controles sobre las entidades locales volvió a plantearse de nuevo en relación con la impugnación del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006.

Los recurrentes argumentaban que en el EACat (art. 86.5) se producía una marginación del Estado, y que el artículo era contrario a la Ley de Bases del Régimen Local.

El abogado del Estado sostenía que era factible interpretar dicho artículo de manera ajustada a la Constitución, por entender aceptable constitucionalmente la eliminación de posibles controles administrativos de legalidad sobre los actos y acuerdos de las entidades locales, sustituyéndolos por la posibilidad de impugnarlos en vía contencioso-administrativa.

El Tribunal Constitucional declaró (FJ 38) que “la indeterminación y, acaso, insuficiencia del inciso final del art. 86.5 debe entenderse [...] que no priva al Estado de los medios de acción o control que establezca en el ejercicio de los títulos competenciales que constitucionalmente le resultan atribuidos por el art. 149.1 CE”. En uno de los votos particulares se propugnaba la inconstitucionalidad del precepto, por entender que “limita la genérica y amplísima facultad del Estado para impugnar cualquier acto contrario al ordenamiento jurídico adoptado por las corporaciones locales”.

La STC 152/2014, de 25 septiembre, FJ 4, reitera lo declarado en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5, afirmando que resulta plenamente compatible con la autonomía local la fijación de unos límites a las operaciones de endeudamiento, entre los que destaca su autorización previa que debe tener en cuenta el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria que consagra el art. 135 CE.

### 3

## Sistema de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas

### 3.1

#### División bifronte

Desde el primer momento, el Tribunal Constitucional articuló la división de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen local sobre la base de una ya tradicionalmente llamada división bifronte, en virtud de la cual corresponden al Estado competencias básicas y a las comunidades autónomas competencias de desarrollo y ejecución.

En esta materia existen dos sentencias muy importantes: las SSTC 84/1982 y 214/1989.

La STC 84/1982, de 23 de diciembre (FJ 4), declara que, ante el supuesto carácter “intracomunitario”<sup>4</sup> de la autonomía local, puede afirmarse que:

*[...] los entes locales (municipios y provincias) tienen autonomía constitucionalmente garantizada para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE); la determinación de cuáles sean esos intereses es obra de la Ley, que les atribuye, en consecuencia, competencias concretas, pero que en todo caso debe respetar la autonomía y, como sustrato inexcusable de esta, reconocerles personalidad propias. Algunas comunidades autónomas, y entre ellas la de Cataluña, han asumido la competencia exclusiva en materia de régimen local (art. 9.8 del EAC) y, en consecuencia, es a ella a la que corresponde la regulación mediante Ley del Régimen jurídico de las Corporaciones Locales de su territorio (art. 5 del EAC). Esta Ley debe ajustarse, sin embargo, a las bases establecidas por el Estado, de manera que el régimen jurídico de las corporaciones locales, aun en aquellas comunidades autónomas que, como la catalana, asumen el máximo de competencias al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y de las comunidades autónomas.*

*Este carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas comunidades autónomas, que hace imposible calificarlo, de*

---

4. El concepto de “interiorización” o “carácter intracomunitario” de la autonomía local es utilizado generalmente para referirse a un sistema de competencias exclusivas de la comunidad autónoma en materia de régimen local, sin sujeción a bases fijadas por el Estado en esta materia.

*forma unívoca, como “intracomunitario” o “extracomunitario”, no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo art. 137 concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado. Dividido y organizado también este, en su integridad y sin mengua de ella, en comunidades autónomas, ambas formas de organizaciones se superponen sin anularse, y si bien el grado superior de autonomía que es el propio de las comunidades, les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio, estas y aquellos no desaparecen, ni se convierten en meras divisiones territoriales para el cumplimiento de los fines de la comunidad [...].*

La STC 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 1), fija que la competencia básica no solo se refiere al régimen local propiamente dicho, esto es, a la organización de los entes locales, sino también a la determinación de sus competencias. Declara, en efecto, que:

*[...] corresponde al Estado la competencia para establecer las bases no solo en relación a los aspectos organizativos o institucionales, sino también en relación a las competencias de los entes locales constitucionalmente necesarios. [...] debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, encontrando cobertura a esa encomienda estatal en el concepto mismo de “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, por cuanto dicha expresión engloba a las Administraciones locales [...] en absoluto se ajusta a la realidad la afirmación de que el ‘régimen local’ equivalente a ‘régimen jurídico de las Administraciones locales’ haya quedado reducido a las cuestiones estrictamente organizativas”.*

La cuestión sobre las competencias de las comunidades autónomas en materia local, volvió a plantearse con motivo de las impugnaciones del EACat del año 2006. El Tribunal Constitucional rechazó en la sentencia 31/2010, de modo tajante, la posibilidad de avanzar en la interiorización del régimen local; es decir, en la posibilidad de atribuir de manera exclusiva las competencias en materia de régimen local a una comunidad autónoma. Las impugnaciones al Estatuto de Cataluña en materia local cuestionaban en su totalidad el capítulo VI del título I del mismo (“El Gobierno local”). Los recurrentes sostenían que la regulación del EACat trataba de desplazar la legislación básica e impedía el ejercicio de la competencia estatal en la materia, persiguiendo una total “interiorización” del gobierno local que terminaría con el

“carácter bifronte” que ha sido clásico en el tratamiento de estas competencias.

En el FJ 36 de la STC 31/2010 se afirma que:

*[...] en principio ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma [...] contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial [...] **debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, por cuanto la expresión “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” engloba a las Administraciones locales [...].***

Se señala además que:

*[...] la regulación estatutaria ha de entenderse, en principio, **sin perjuicio de las relaciones que el Estado puede legítimamente establecer con todos los entes locales.***

Así pues, el Tribunal Constitucional rechaza de manera tajante cualquier interpretación del Estatuto que pudiera conducir a la exclusión del Estado de las materias relacionadas con el gobierno local en Cataluña.

En el FJ 37 se remacha esta idea, pues se declara que:

*[...] **el elenco competencial que el precepto estatutario (art. 84 EAC) dispone que tiene que corresponder a los Gobiernos locales en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el art. 149.1.18 CE [...]** es evidente, pese a que en él [art. 84 EAC] se omita cualquier referencia a la competencia estatal en materia de régimen local ex art. 149.1.18 CE, que el legislador autonómico al aprobar las referidas leyes [leyes aprobadas por el Parlamento de Cataluña para la distribución entre las distintas Administraciones locales de las responsabilidades administrativas] ha de atenerse a la legislación básica del Estado en dicha materia, respetando, en todo caso, la competencia estatal.*

En el FJ 100, cuando el Tribunal Constitucional resuelve la impugnación del art. 160 EAC, vuelve a declararse que:

*[...] **el precepto estatutario [...] atribuye a la Generalitat la determinación concreta de las competencias que hayan de tener los entes locales, lo que deberá circunscribirse a las áreas de competencia de aquella y, por tanto, respetar las competencias del Estado [...]** el art. 160.1 EAC, **al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en “exclusividad”, lo hace de manera impropia y no impide que sobre***

***dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 CE.***

Uno de los votos particulares se muestra especialmente crítico incluso con esta interpretación, pues sostiene que el mantenimiento de la constitucionalidad de los arts. 160 y 84 EAC “viene a poner en peligro, en el aspecto municipal, la homogénea estructura territorial del Estado, porque habrá unos ayuntamientos, los de Cataluña, que pueden no ser sustancialmente iguales al resto de España, tanto en cuanto a competencias como en su sometimiento a las Bases estatales”.

Sin embargo, como después veremos, el Tribunal Constitucional se mostró mucho más flexible con la posibilidad de interiorizar el gobierno local en la STC 132/2012, sobre consejos insulares de las Illes Balears.

### 3.2

#### Cooperación y coordinación

En la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20, se declara que el Estado puede mantener formas de colaboración directa con las entidades locales, puesto que:

*[...] el carácter bifronte del régimen local posibilita, antes bien, fórmulas cooperativas como la que ahora se analiza, en cuanto que las entidades locales forman también parte de la organización territorial del Estado y este puede mantener legítimamente relaciones directas con aquellas, sin que, en todo caso, sea imprescindible la mediación de las correspondientes comunidades autónomas.*

También el Tribunal Constitucional, en sus primeras sentencias, hizo una referencia a los límites que afectan a las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias sobre coordinación de los entes locales. La STC 27/1987, de 27 de febrero (FFJJ 2 y 5), declara que:

*[...] el ámbito material u objetivo de la coordinación autonómica de las diputaciones provinciales valencianas, por amplio que sea, tiene sus límites. De un lado, la coordinación solo puede recaer sobre las materias o funciones genéricamente definidas en la Ley impugnada [...]. De otro lado, la coordinación está asimismo objetivamente limitada por la imprescindible concurrencia de los presupuestos legitimadores establecidos [...] que deben interpretarse estrictamente de conformidad con lo que el art. 10.2 de la Ley estatal 7/1985 dispone, tanto por la remisión que el art. 47.3 del EACV hace a la legislación del Estado como porque dicho precepto tiene carácter básico.*

La STC 172/2013, de 10 de octubre, FJ 4, excluye de las competencias de las comunidades autónomas sin competencias en materia de seguridad pública la autorización de los acuerdos de colaboración o asociación de municipios limítrofes para la prestación de servicios de policía local:

*Frente a la nítida voluntad del legislador estatal de **excluir la autorización autonómica de los acuerdos de colaboración o asociación entre municipios limítrofes para la prestación de servicios de policía local en el caso de las comunidades autónomas que no hayan asumido estatutariamente competencias en materia de seguridad pública, como es el caso de La Rioja, no cabe oponer, como se hace por los letrados de su Consejo de Gobierno y de su Parlamento, otras en materia de régimen local atinentes a la coordinación de las entidades locales entre sí y con las de las restantes Administraciones Públicas (art. 9.8 del Estatuto de Autonomía de La Rioja y arts. 10.2 y 59 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local). Tales competencias tienen un fundamento constitucional distinto; no resulta posible, por tanto, deducir de las mismas una facultad autonómica al margen o en contra de la Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad; esta norma delimitadora de las facultades que establece el art. 148.1.22 CE no puede ser contradicha ni ampliada por la habilitación genérica que contenga la legislación de régimen local (SSTC 25/1993, FJ 1; 51/1993, de 11 de febrero FJ 3; 52/1993, FJ 3; y 81/1993, FJ 3).***

### 3.3 Materias básicas

En distintas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha considerado diversas materias como básicas. Así, el cambio de capitalidad provincial, sobre el que la STC 385/1993, de 23 de diciembre, afirma (FJ 4) que:

*[...] **denominación y capitalidad**, elementos muy unidos, son dos aspectos esenciales en la configuración de un ente público territorial cualquiera en más de un sentido. Sin una sede con nombre propio no parece concebible tampoco ninguno. Una y otro, por tanto, **son elementos necesarios y pueden considerarse básicos sin esfuerzo alguno**. En consecuencia, no le pueden resultar indiferentes al Estado y su intervención en este punto no significa extralimitación alguna de su ámbito de competencias, en la distribución que de ellas se hace por la Constitución y por los estatutos de autonomía respectivos.*

La STC 210/2014, de 18 de diciembre, considera inconstitucional una regulación de los concejos abiertos en Aragón en la que se prevé que la autorización para su funcionamiento se inicia prescindiendo de la intervención de los vecinos y rebajando la mayoría cualificada exigible de dos tercios a absoluta, contraviniendo con ello la Ley de Bases del Régimen Local. Sin embargo, considera que el nombramiento por el alcalde de hasta un máximo de cuatro tenientes de alcalde en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón no contraviene las bases de la organización municipal.

Las SSTC 103/2013 y 161/2013 consideran básicas las siguientes materias:

- a) Regulación de las potestades de las mancomunidades (art. 4.3, en relación con el art. 4.2 LBRL).
- b) Potestad estatal para establecer medidas de fomento de la fusión de municipios (art. 13.3 LBRL).
- c) Obligación para los municipios de gran población de establecer la comisión de sugerencias y reclamaciones y el consejo social de la ciudad y su regulación en el reglamento orgánico [artículos 20.1 d), c), 131 y 132 LBRL].
- d) Atribución a las diputaciones provinciales de competencia para la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal [artículo 36.1 c) LBRL].
- e) La competencia propia de las diputaciones provinciales de cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito [artículo 36.1 d) LBRL, STC 161/2013, FJ 8].
- f) La obligación de los ayuntamientos de establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales (artículo 70 bis.1 LBRL, STC 161/2013, FJ 10).
- g) La exigencia de que la gestión indirecta de los servicios públicos se realice mediante las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [artículo 85.2 b) LBRL, STC 161/2013, FJ 11].
- h) La regulación de las especialidades que resultan de aplicación a las entidades instrumentales locales como consecuencia de la obligación de regirse por lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, y de cuál

debe ser el contenido de los estatutos de las entidades instrumentales locales (artículo 85 bis.1 y 2 LBRL).

En relación con la competencia autonómica reconocida en diversos estatutos de autonomía sobre alteración de términos municipales o sobre la organización territorial de la Administración local, la STC 214/1989 admite la concurrencia entre la competencia autonómica y la competencia básica estatal que deriva del artículo 149.1.18 CE. La STC 31/2001 considera que son competencia propiamente exclusiva de Cataluña las “decisiones concretas a través de las cuales la Generalitat determina, crea modifica y suprime las entidades locales que han de componer dicha organización territorial, sin que ello impida la plena virtualidad de las bases estatales *ex* artículo 149.1.18 CE”.

Cuestión distinta es la aparente (y, en mi opinión, preocupante) normalidad con que en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional se admite el ejercicio de la competencia básica del Estado mediante normas reglamentarias o mediante actos de carácter ejecutivo.

La cuestión relativa a la creación de nuevos entes locales volverá a plantearse en la impugnación ante el Tribunal Constitucional del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, en relación con la regulación de las veguerías. Para resolver lo que llaman el “enigma” de las veguerías los recurrentes proponen tres interpretaciones posibles: (a) la veguería es un ente local distinto de la provincia, pero la provincia pervive en Cataluña; (b) es un ente local distinto de la provincia, a la que sustituye y hace desaparecer; (c) la veguería es simplemente el nombre de la provincia en Cataluña, aunque su gobierno y administración no se confían a las diputaciones, sino a los consejos de veguería. Esta última interpretación es la que consideran “conforme”.

Pues bien, la STC 31/2010 se refiere a las veguerías en los fundamentos jurídicos 39, 40 y 41, usando la técnica de la interpretación conforme. El Tribunal Constitucional declara que las veguerías no pueden suponer, en absoluto, la desaparición de la provincia en Cataluña, porque esta es una entidad asumida y asegurada en su existencia por la Constitución:

*[...] ha de ser desestimada la impugnación del art. 83.1 EAC al introducir la veguería como entidad estructuradora de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña y no hacer mención, en cambio, de la provincia, pues no por ello se ve afectada, con carácter general, la división territorial del Estado en provincias, ni, en particular, la división de Cataluña en las cuatro provincias actualmente existentes [...] la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales.*

Para el Tribunal Constitucional, si se denomina veguería a la provincia en Cataluña, en ningún caso su creación, modificación y supresión, así como el desarrollo de su régimen jurídico, podrían regularse por ley del Parlamento catalán, porque “como ente local garantizado por la Constitución, la provincia denominada ‘veguería’ en Cataluña es indisponible por el legislador autonómico”. El Tribunal añade que “los consejos de veguería pueden sustituir a las diputaciones” solamente cuando “los límites geográficos de las veguerías coincidan con los de las provincias”.

Como puede verse, a través de la llamada interpretación conforme el Tribunal Constitucional, sin declarar formalmente inconstitucional el texto del EACat, rechaza tajantemente cualquier posibilidad por parte del legislador autonómico de crear entidades de nivel provincial que sustituyan a la provincia o puedan coexistir con ella.

La sentencia cuenta en este punto con dos votos particulares que defienden la procedencia de declarar formalmente inconstitucionales los preceptos correspondientes del EACat. En uno de ellos se califica la solución de “difícilmente comprensible para cualquier lector”, “artificiosa y falta de realismo”, y originadora de “un amplio y preocupante espacio de inseguridad jurídica en una cuestión de tan enorme trascendencia como es la de la estructura territorial del Estado y sus partes”. En otro voto se dice que esta fórmula lo que hace es “crear problemas o aplazarlos en lugar de resolverlos”.

## 4

### Protección procesal de la autonomía local

#### 4.1

#### Legitimación

La Ley Orgánica 7/1999 crea como nuevo procedimiento el conflicto para la defensa de la autonomía local. La legitimación para formular un conflicto de esta naturaleza, cuando la ley afecta a varios municipios o provincias, viene determinada por el hecho de que los promotores “supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente”. Para considerar legitimadas a varias provincias, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige un número de provincias “que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango

de ley y representen como mínimo la mitad de la población oficial”. Esta disposición se contiene en el artículo 75 ter de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Según la STC 37/2014 (*Gomecello*), el municipio ostenta legitimación para impugnar las leyes autoaplicativas aprobatorias de planes de tratamiento de residuos que afectan exclusivamente a su territorio.

Sin embargo, la Ley Orgánica admite también la legitimación de un municipio o provincia cuando sean destinatarios únicos de la ley. En la STC 132/2014, de 21 de julio, que resuelve un conflicto planteado ante el Tribunal Constitucional por Torremontalbo por alteración del término municipal respecto del de Uruñuela, en el cual se invoca la legitimación por el primero de ellos a título de destinatario único de la ley, el Tribunal realiza una interpretación flexible y *pro actione* del requisito de ser destinatario único de la ley impugnada, para admitir la legitimación de dicho municipio, a quien perjudicaba la alteración de términos municipales acordada.

El ATC 236/2014, de 7 de octubre, confirmado en súplica por el ATC 277/2014, niega legitimación al Consejo Insular de Formentera para plantear conflicto en relación con una norma que limita el régimen retributivo de los miembros de las corporaciones locales, por entender que la isla no es el destinatario único de la norma, pues esta afecta a otras corporaciones locales que se encuentran en el mismo tramo de población.

## 4.2 Objeto del proceso

La STC 240/2006, de 20 de julio, declara que:

*Dicha especificidad se manifiesta en que el conflicto solo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de “la autonomía local constitucionalmente garantizada”; en consecuencia no podrán alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales. [...] el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (artículos 137, 140 y 141 CE) que establecen ese “contenido mínimo” que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitivo de “los elementos esenciales” o del “núcleo primario” de autogobierno de los entes locales territoriales.*

Esta misma doctrina ha sido ratificada después en la STC 37/2014, de 11 marzo.

En la STC 132/2014, de 21 de julio, el Tribunal Constitucional desestima el conflicto planteado por Torremontalbo por alteración del término municipal, entendiendo que no cabe la aportación como parámetro de constitucionalidad de la Ley de Administración Local de la Rioja (se alegaba que no se cumplían las finalidades especificadas en la Ley) y que los arts. 9.3 y 24 CE invocados, fundándose en que la alteración del término municipal se había hecho por ley, no guardan relación directa con la autonomía local.

La STC 95/2014, de 12 de junio, desestima el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por el Ayuntamiento de Covalada contra la creación, por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, del parque natural Laguna Negra y Circos Glaciares de Urbión, pues entiende que el ámbito geográfico del parque y su propia dimensión regional exceden con mucho del interés puramente local, sobre el que predomina claramente el interés supra-local. Añade que el Ayuntamiento de Covalada no ha acreditado que su participación institucional en la gestión del parque natural sea “una intervención inexistente o meramente simbólica”, que impida hacer valer los intereses municipales.

## 5

### Principio democrático

#### 5.1

#### Legitimación de los concejales para impugnar acuerdos municipales

Uno de los atributos esenciales que caracterizan a las instituciones locales, es el de que son Administraciones Públicas cuyo gobierno es de origen y estructura esencialmente democráticos, como ha subrayado Luis Ortega<sup>5</sup>. El principio de autogobierno como facultad de gestión colectiva y democrática de los asuntos propios ajena a la soberanía, pero dotada de autonomía frente a los poderes del Estado, surge históricamente en el ámbito de los entes locales. La idea de poder municipal fue alumbrada por la Asamblea Constituyente en

---

5. “Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales”, en *RAP*, núm. 117, septiembre-diciembre 1988, y “La democracia local en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, texto facilitado por el autor al autor de este trabajo.

los primeros momentos de la Revolución Francesa, como poder originario y exclusivo del municipio para la gestión de asuntos, de naturaleza cuasi privada, propios de la asociación vecinal.

La llamada “concepción funcional de la autonomía local”, mediante la que pretende defenderse teóricamente una concepción administrativa de la autonomía local, significa la dilución de los intereses locales en una ejecución conjunta de tareas públicas con las demás Administraciones territoriales, y no parece satisfactoria. La legitimación democrática de la autonomía local exige una actuación bajo propia responsabilidad, e impide degradarla a una función técnico-administrativa fundada en un principio de descentralización.

El municipalismo español sigue siendo heredero de la Constitución de 1812. En consecuencia, el contenido de la garantía constitucional de la autonomía local está basado en el principio democrático, y comporta la capacidad efectiva para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. El carácter representativo de los órganos a los que responde la dirección política de los entes locales constituye un concepto inherente a este concepto de autonomía local.

El principio democrático es el que justifica la legitimación reconocida a los concejales disidentes para impugnar los acuerdos de la corporación. Según la STC 173/2004, de 18 de octubre, el art. 20 a) LJCA...

*después de disponer que “no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una administración pública... los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados”, salva de inmediato el caso de que “una ley lo autorice expresamente”. Esta Ley, en cuanto ahora interesa, sería, precisamente, el meritado art. 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, desarrollado en el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986, que aprobó el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que, de modo significativo, comienza estableciendo: junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo (y por tanto con separación de sus requisitos, léase de la caracterización del interés como relación entre sujeto y objeto de la pretensión) “podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico... los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.*

***La interpretación del precepto acabado de transcribir no puede quedarse en el restrictivo sentido de que solo, en cuanto aquí importa, los concejales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados del municipio (Ayuntamiento y Comisión de Gobierno, allí donde exista)***

*y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquellos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado –y hasta podría decirse que insólito– título legitimador se tratara. Por el contrario, esta excepción, que responde al obligado interés del concejal disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece (porque ya se ha dicho que se trata de un título legitimador distinto del derivado del “interés legítimo” que caracteriza la legitimación general –la del art. 19.1.a LJCA), ha de presuponer lógicamente el prius de la legitimación del concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias a Ordenamiento en que hubiera podido incurrir su corporación, de la que la excepción legal –la del art. 63.1.b LRBRL– sería una consecuente aplicación.*

*No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el “interés en el correcto funcionamiento de la corporación” que subyace en el título legitimador que ahora se examina.*

## 5.2

### Legitimación para ser proclamado alcalde

Asimismo, el principio democrático justifica, según la STC 125/2013, de 23 de mayo, que, dado el plus de representatividad exigido al requerir que encabezen la correspondiente lista, no puedan ser proclamados alcaldes quienes formen parte de las listas por la vía del artículo 182.2 LRBRL, según el cual, si no quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad designado por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos. Asimismo, la STC 147/2013, de 6 de agosto, declaró que, una vez presentada la renuncia por los concejales preferentes en la lista al candidato a alcalde (con la supuesta intención de abrir paso a esta candidatura), el hecho de que aquel no pueda ser nombrado por no haber sido elegido no permite privar de efectos a las renunciaciones ya presentadas.

### 5.3

#### Configuración del equipo de gobierno del municipio

El principio democrático, sin embargo, no es el único que rige en el ámbito de la Administración local, como ha subrayado Velasco Caballero<sup>6</sup>. La Constitución contiene tres criterios generales aplicables a la Administración local: el principio de eficacia y eficiencia de todas las Administraciones Públicas y del gasto público en general, contenido de los artículos 103.1 y 31 CE; el principio democrático al que acabo de referirme, y el principio de centralidad del municipio en la planta local, que se infiere de la comparación de los artículos 137,140 y 141 CE.

Esto ha llevado consigo que (i) la aplicación del principio democrático a las entidades locales ha comportado un tránsito del concepto de administración local al de gobierno local, (ii) pero paralelamente, en aras de la eficacia, se ha ido produciendo una parlamentarización del gobierno local, aproximando su régimen al que resulta de las relaciones que se producen en el seno del Estado entre el ejecutivo y el legislativo, (iii) y finalmente se ha planteado el diferente alcance que el principio democrático puede tener en unas y otras corporaciones locales.

El principio de eficacia se manifiesta en la voluntad de dar más autonomía al alcalde respecto del pleno, otorgándole libertad para la configuración de su equipo de gobierno. En este debate la Ley 57/2003 favorece al alcalde, estableciendo que al menos un tercio de los miembros de la junta de gobierno local pueden ser designados por el alcalde entre personas que no son concejales. En este sentido se modificó el artículo 126.2, párrafo segundo, inciso primero, de la Ley de Bases del Régimen Local, lo que plantea el problema de su compatibilidad con el principio democrático.

La cuestión se planteó inicialmente en la STC 132/2012, sobre Consejos Insulares. En ella se acepta que la Junta de Gobierno es un órgano ejecutivo y profesional que atiende a la complejidad de la gestión administrativa, y que en el Pleno es donde se plasma el principio representativo. La Carta Europea de Autonomía Local, en su artículo 3.2, prevé la hipótesis de que existan órganos ejecutivos responsables ante los órganos electivos colegiados. En la gestión administrativa de los entes locales pueden existir, pues, órganos que no cumplan con el requisito de ser órgano representativo, siempre que ese órgano esté bajo el control político de otro órgano colegiado representativo. El Tribunal Constitucional reconoce que pueden existir este tipo de órganos

6. “Régimen local en el Estatuto Catalán, tras la STC 31/2010”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 13, 2011.

ejecutivos cuyos miembros no tienen el carácter representativo, pero el Tribunal hace una diferenciación entre régimen jurídico de los cabildos insulares y régimen jurídico de los ayuntamientos, al afirmar que “no cabe equiparar automáticamente los consejos insulares a los ayuntamientos”, y que “esta regulación de los consejos Insulares constituye una singularidad propia de su régimen jurídico”. En consecuencia la regulación contenida en la Ley de Consejos Insulares, que permite designar como miembros o titulares de los órganos referidos a quienes no tienen la condición de electos, no contraviene la normativa básica sobre régimen local, habida cuenta de que el legislador autonómico ha optado por reforzar el perfil ejecutivo de la figura, contrape-sándolo con el establecimiento de una serie de instrumentos de control y fiscalización de la acción de los consejeros ejecutivos y, en última instancia, del presidente, quien designa y separa libremente a los restantes miembros del Consejo ejecutivo. En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, la remisión de la organización de los cabildos insulares a las normas sobre las diputaciones provinciales, efectuada por la LBRL, no impide que la organización de los consejos pueda ser modificada por la ley autonómica basándose en el Estatuto de autonomía. Esta sentencia fue acompañada de un voto particular en el que se mantiene que se sigue un criterio contrario al de la STC 31/2010, sobre la aplicación de la legislación básica que deriva del artículo 149.1.18 CE frente a la llamada pretensión estatutaria de interiorización del gobierno local.

En esta sentencia se advertía que lo decidido no prejuzgaba lo que hubiera de resolverse en el recurso de inconstitucionalidad 1523/2004, el cual ha dado lugar a la STC 103/2013, de 25 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra la Ley de Modernización del Gobierno Local 57/2003.

Esta última sentencia del Tribunal Constitucional observa en la Constitución una gradación de la vinculación del gobierno y la administración local al carácter representativo de los órganos que pueden ejercerlos, la cual es de grado mínimo en las islas, de grado medio en las provincias y de grado máximo en los ayuntamientos. El Tribunal observa que respecto de las islas la Constitución guarda silencio; respecto de las provincias dice que tiene que existir una corporación de carácter representativo, y respecto de los municipios establece que el poder local tiene que ejercerse por ayuntamientos compuestos por alcaldes y concejales.

El Tribunal Constitucional concluye que el artículo 140 CE establece con carácter de *numerus clausus* que solo el alcalde y los concejales pueden ejercer en los ayuntamientos las funciones de gobierno y administración. No cabe, en consecuencia, ninguna unidad de gobierno local que esté dirigida en su cús-

pide por un técnico. El Tribunal elimina con toda claridad cualquier distinción en este ámbito entre política y administración. Añade que la elección democrática de los alcaldes y los concejales es una manifestación del derecho de participación política del ciudadano, recogida en el artículo 23 CE. En suma, aprecia en el artículo 140 CE la exigencia de un plus de legitimidad democrática frente a la profesionalización de la función administrativa.

La sentencia es objeto de un voto particular en el cual se afirma que desafía el sentido común considerar que las funciones de gobierno y administración de los municipios deben ser realizadas en todo caso por representantes electos, pues, a juicio de los firmantes, resulta imposible este desiderátum, atendida la complejidad de los asuntos que deben ser resueltos.

## 5.4

### Legitimación para el sufragio activo

La STC 153/2014, de 25 de septiembre, se apoya en la doctrina fijada en las SSTC 132/2012, de 19 de junio, y 103/2013, de 25 de abril, ya citadas, en el sentido de que el principio representativo es, también, fundamento de la autonomía local de la que son titulares las islas, aunque el art. 141.4 CE no se refiera expresamente al mismo, para concluir que no se aprecia tacha de inconstitucionalidad en la aplicación, por parte del legislador electoral, del criterio de la vecindad en relación con la inscripción de los votantes en el censo de españoles residentes en España para las elecciones a los cabildos. Considera que así se deduce, por otra parte, de la propia normativa electoral, que extiende al procedimiento electoral previsto para estas corporaciones las disposiciones relativas a la elección de los concejales (art. 201.6 LOREG), a las que no cabe extender las previsiones del art. 68.5 CE.

## 5.5

### El principio de transparencia

Guarda estrecha relación con el principio democrático en las corporaciones locales el principio de transparencia. A él se refiere la STC 161/2013, de 26 de septiembre, que resuelve un recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón, en el cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 70.1 de la Ley de Bases del Régimen Local, en la redacción dada también por la Ley de Modernización. En este precepto se dice que “no son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno local”.

Antes de la modificación introducida por la Ley de Modernización, Aragón había regulado en su normativa autonómica la publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno, cuando afectasen a asuntos delegados por el Pleno de Ayuntamiento, por lo que la nueva norma básica debía entenderse que desplazaba la regulación autonómica. La STC 161/2013 se limita, como vemos, a los asuntos que corresponde resolver a la Junta de Gobierno en virtud de competencias delegadas por el Pleno municipal. No se refiere a las juntas de gobierno de los ayuntamientos de grandes municipios, ni tampoco se refiere a las competencias de la Junta de Gobierno local atribuidas directamente por la ley a las mismas y no por delegación del Pleno.

Así delimitado el ámbito de aplicación de la sentencia, el Tribunal Constitucional establece, en primer término, una relación entre el principio democrático del artículo 1.1 CE y el derecho de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE. El Tribunal sostiene que el principio democrático comprende tanto la democracia representativa como la directa, y que la primera no puede anular la segunda, por lo que existe una conexión directa entre el principio democrático del artículo 1.1 CE y el derecho de participación política.

En Tribunal Constitucional considera, en segundo lugar, que la publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo forma parte del contenido del principio democrático del artículo 1.1 CE, y del derecho a la participación directa del artículo 23.1 CE. Considera que:

*[...] la exigencia de la publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que le sirva de soporte. **Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (artículo 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE).***

A continuación el Tribunal Constitucional entiende que esta exigencia de publicidad, incluyendo la de sus sesiones...

***es aplicable a la actividad del Pleno municipal, en tanto que órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones, que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE.***

En suma, lo que el Tribunal quiere decir es que la publicidad de los asuntos del Pleno depende del órgano que ejerce la competencia, puesto que el legislador dispone de un margen para configurar la competencia del Pleno. El principio de publicidad, en consecuencia, no puede quedar mermado por la facultad atribuida al Pleno de delegar competencias en la Junta de Gobierno. El Tribunal analiza el catálogo de estas posibles delegaciones del Pleno en la Junta de Gobierno, y entiende que no son delegaciones de potestades administrativas de carácter reglado, sino que tienen un amplio carácter discrecional, y, por tanto, el conocimiento del contenido del debate sobre esta decisión administrativa es de interés para los ciudadanos en el ejercicio del principio democrático de democracia directa, por lo que es exigible dicha publicidad.

El Tribunal termina por ello realizando una integración conforme al artículo 70.1, párrafo segundo, de la Ley de Bases del Régimen Local, y decide que este precepto, en el que se declara que las sesiones de la Junta de Gobierno no son públicas, solo es constitucional si se entiende no aplicable a la adopción de decisiones relativas a las competencias delegadas por el Pleno.

El Tribunal Constitucional salva de lo anterior las delegaciones del Pleno en el alcalde, por el carácter unipersonal de la deliberación, al que no es aplicable la proyección del principio de publicidad, dado que no hay deliberación en un órgano unipersonal

El Tribunal considera que el principio de publicidad de las sesiones, ligado al principio democrático y de participación directa, no puede sustituirse por otros mecanismos de publicidad contemplados en el derecho administrativo, como la motivación, la notificación y la publicación del acto, pues el efecto de esta publicidad es posibilitar el conocimiento de las intervenciones de los cargos públicos electos y del proceso de discusión mediante el cual se ha llegado a la decisión, con la finalidad de poder imputar responsabilidades políticas a quienes han adoptado la decisión final o se han opuesto a ella en virtud de unas y otras razones.

Esta sentencia va acompañada de un voto particular en el cual se afirma, entre otras razones, está fuera de lugar considerar antidemocrático que los acuerdos de la Junta sobre aspectos ejecutivos se realicen sin asistencia del público, y que la argumentación de la sentencia está imbuida de una concepción roussoniana de la democracia directa.



## 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 su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, 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 entrecorillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

### *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, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

### *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, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.

- **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.

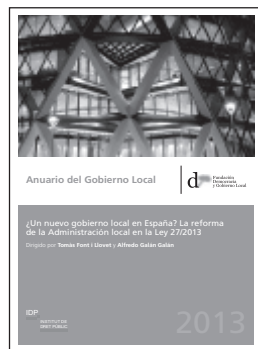


3 números al año



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: .....

CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA





# QDL39SUMARIO

## Estudios

- 12 Entre el cierre de los actuales ayuntamientos y la constitución de los nuevos · CARMEN ALONSO HIGUERA
- 63 Veinte años del Jurado de Expropiación de Cataluña: balance y perspectivas · LUCÍA CASADO CASADO
- 107 La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea en el ámbito local español treinta años después · DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS
- 141 La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación · MARINA RODRÍGUEZ BEAS
- 162 Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial trascendencia constitucional · FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
- ## Ponencias, crónicas y notas
- 196 La evaluación integral, la transparencia y la comunicación en la promoción de servicios públicos · IGNACIO ARACIL ÁVILA y MARÍA MONTERO CAMPOS
- 211 Cuestiones relativas al derecho de información en la gestión administrativa local · SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES
- ## Jurisprudencia
- 226 Novedades jurisprudenciales (2014-2015) sobre la Administración local, con especial referencia al contexto de la Unión Europea · DIMITRY BERBEROFF AYUDA
- 284 Jurisprudència recent en matèria de contractació · EDUARD PARICIO RALLO
- 336 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al régimen local · JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

