

QDL40

Febrero de 2016 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL40

Febrero de 2016 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Estilo Estigraf Impresores S.L.

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*
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*

QDL40

12

Estudios

El porvenir, a la luz de los condicionantes de la actual coyuntura, del escalón supramunicipal de la Administración local
LUCIANO PAREJO ALFONSO

37

Gobernar en minoría ayuntamientos fragmentados
CARMEN ALONSO HIGUERA

68

Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones
JULI PONCE SOLÉ

109

Comentaris a la Llei de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica (LSA). Una nova retallada a l'autonomia local
SERGI MONTESERIN HEREDIA

138

Ponencias, crónicas y notas

Reflexiones sobre la responsabilidad profesional de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional
FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO

172

Las modificaciones de la Ley General Tributaria
PILAR GALINDO MORELL

201

La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración: jurisprudencia y doctrina
JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

Sumario

El control interno de la Ley de Haciendas Locales. Desarrollo de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ÁNGEL M. ÁLVAREZ CAPÓN	218
Las Administraciones Públicas ante el nuevo régimen de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro PABLO PUYAL SANZ	248
Jurisprudencia Crónica de jurisprudencia (de 11 de junio de 2015 a 10 de febrero de 2016) ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ	282

QDL40

Estudios

El porvenir, a la luz de los condicionantes de la actual coyuntura, del escalón supramunicipal de la Administración local

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

- 1. La situación actual de instancia local de la organización territorial del Estado**
 - 1.1. La realidad de la Administración local
 - 1.1.1. En el escalón municipal
 - 1.1.2. En el escalón supramunicipal
 - 1.2. El estatuto jurídico de la Administración local
 - 1.3. El panorama europeo
- 2. Los posibles escenarios y los criterios fundamentales del planteamiento, en las actuales circunstancias, de una reforma de la instancia local supramunicipal de referencia**
- 3. Los escenarios condicionantes de los planteamientos de reforma y las líneas fundamentales posibles de esta**
- 4. Algunas conclusiones finales**

Resumen

Este trabajo analiza la actual situación de la instancia supramunicipal del Gobierno-Administración local, y apunta la necesidad de su fortalecimiento como pieza de garantía de la potencia gestora de dicho específico

Artículo recibido el 15/12/2015; aceptado el 20/12/2015.

sistema de gobierno y administración como un todo, desde su diseño como instancia dotada de legitimación democrática directa y competencias propias.

Palabras clave: *régimen local; entidades supramunicipales; provincia.*

The future of intermediate local governments in light of the current circumstances

Abstract

This article analyzes the current situation of intermediate local governments. It also points out the necessity of strengthening this level of government aimed at guaranteeing its capacity of management, taking into account that intermediate local governments should have direct democratic legitimacy and their own competences.

Keywords: local law; intermediate local governments; provinces.

1

La situación actual de instancia local de la organización territorial del Estado

Aunque pueda parecer paradójico, cualquier reflexión sobre el presente y el futuro posible del escalón supramunicipal de la Administración local debe partir del diagnóstico del estado de situación de la basal municipal. Es cierto que de la provincia no puede decirse lo mismo que del municipio, a saber, ser una instancia de suyo necesaria, toda vez que fruto del reconocimiento constitutivo de la realidad de la convivencia sobre el territorio productora de suyo de intereses comunales o vecinales. A pesar de ello, no es posible formular (y contestar) correctamente la pregunta sobre la conveniencia de la provincia (y, en su caso, sus términos) haciendo abstracción de su estrecha vinculación funcional con el municipio y, por tanto, de la realidad actual y previsible de este¹ (con el que forma hoy el específico bloque constitutivo de la Administración local). Toda hipótesis de supresión de la instancia supramunicipal

1. En tanto que determinante de la necesidad de un escalón “superior” de apoyo y complemento.

pal (con consecuente entrega de lo inter- y supramunicipal a las distintas fórmulas asociativas, de mancomunación o consorciales imaginables) solo es pensable seriamente, en efecto, sobre la base de una radical y adecuada reorganización de la municipal que la experiencia ha demostrado hasta ahora difícilmente practicable².

1.1

La realidad de la Administración local

1.1.1

En el escalón municipal

Aunque desde 2010 puedan haber variado en algo (pero, en lo que aquí importa, no significativamente) el número³ y las características de los municipios, en aquel año había un total de 8115, clasificables, por población, en los siguientes términos:

Menos de 100 hab.	1041
De 100 a 500 hab.	2759
De 500 a 1000 hab.	1062
De 1000 a 5000 hab.	1937
<u>Subtotal – 5000 hab.</u>	<u>6799 = en torno al 84 % del total.</u>
De 5000 a 10 000 hab.	564
De 10 000 a 20 000 hab.	354
<u>Subtotal – 20 000 hab.</u>	<u>918 = en torno al 11 % del total.</u>

La suma de las dos categorías anteriores: $6799 + 918 = 7717$, supone en torno al 95 % del total.

2. Sobre la instancia local supramunicipal en España y Europa puede consultarse el libro colectivo: *El futuro de los Gobiernos locales intermedios. Ponencias* (Diputación de Barcelona, Barcelona, 2007), en el que se recogen las ponencias presentadas y los debates celebrados durante el seminario desarrollado en L'Hospitalet de Llobregat los días 8 y 9 de febrero de 2007.

3. El número total actual de municipios, según los últimos datos aprobados por el Gobierno (Real Decreto 1007/2014, de 5 de diciembre), es de 8122. La variación al alza en el número se explica por la persistencia de los fenómenos de segregación (así, solo en 2014, se han creado los municipios de Montecorto y Serrato en Málaga –por segregación del de Ronda–; Dehesas Viejas y Játar en Granada –por segregación de los de Iznalloz y Arenas del Rey, respectivamente–; y Pueblonuevo de Miramontes en Cáceres –por segregación de Talayuela–).

De 20 000 a 50 000 hab.	252
De 50 000 a 100 000 hab.	83
De 100 000 a 200 000 hab.	33
De 200 000 a 500 000 hab.	23
De 500 000 a 1 000 000 hab.	4
De + 1 000 000 hab.	2
Subtotal 20 000 o + hab.	397 = en torno al 5 % del total.

La clasificación recientemente efectuada por F. J. GOERLICH GISBERT e I. CANTARINO MARTÍ⁴ (sobre un total de 8110 municipios) empleando los criterios manejados por la OCDE⁵ arroja el siguiente resultado:

Tipología	N.º MM.	% del total	Pobl. total	% del total	Pobl. rural	% del total
Urbana	220	2,7	24 002 578	53,7	554 491	6,1
Intermedia	1025	12,6	13 635 414	30,5	1 628 659	18,0
Rural	6865	84,6	7 070 972	15,8	6 871 778	75,9
Total	8110	100,0	44 708 964	100,0	9 054 928	100,0

De la comparación de ambas clasificaciones resulta una coincidencia sustancial de las mismas, que permite:

- Además de la confirmación de la diversidad y heterogeneidad de los municipios españoles, la del predominio absoluto de los del tipo pequeño-rural y medio o intermedio, con la consecuencia de que la planta municipal (en su conjunto), si bien presenta la ventaja de posibilitar una gran inmediatez democrática, ofrece al mismo tiempo –en un contexto de despoblamiento de grandes extensiones (las interiores continentales)– la desventaja de no proporcionar (en la abrumadora mayoría de los casos) el soporte preciso para una no ya idónea, sino siquiera mínimamente suficiente capacidad económico-financiera y de gestión.
- La constatación de la inexistencia de una tendencia continuada de disminución del número de municipios, lo que sin duda cabe reconducir a la ausencia de una política mínimamente efectiva de reorde-

4. F. J. GOERLICH GISBERT e I. CANTARINO MARTÍ, *Estimaciones de la población rural y urbana a nivel municipal*, Estadística Española, vol. 57, núm. 186/2015.

5. Distinción entre: a) celdas de población rural (áreas rurales habitadas no comprensivas de aglomeraciones urbanas); b) aglomeraciones urbanas (*urban clusters* o áreas con una densidad mínima de 300 hab. por km² y una población asimismo mínima de 20 000 hab.); y c) aglomeraciones urbanas de alta densidad (centros urbanos o áreas con una densidad mínima de 1500 hab. por km² y una población asimismo mínima de 50 000 hab.).

nación de la planta municipal, por impotencia política ante la fuerza del fenómeno conocido como de campanario.

En efecto: en 1900 España contaba con unos 9267 municipios, cifra que se mantuvo prácticamente estable hasta 1940, año en que se inició un ligero descenso, acentuado luego entre 1960 y 1980 (período este último en que el número total se redujo en casi 1200 municipios, con lo que en 1981 había unos 8011). A partir de este último año, sin embargo, la cifra total de municipios no ha hecho sino crecer.

En todo caso, del período 1900/2010 merecen ser destacados los dos siguientes hechos:

- 1.º– El incremento considerable del número de grandes municipios (100 000 o más hab.), que pasaron de solo 6 a 63 (en 2011).
- 2.º– El despoblamiento de los municipios más pequeños, con el resultado de que el número de municipios de menos de 100 hab. se ha disparado: de solo 19 en 1900 a 1070 en 2011. Mientras que en 1900 prácticamente no había (solo 19 en toda España), en 2011 son 1070.

1.1.2

En el escalón supramunicipal

Siendo la expuesta la realidad del municipal, el escalón provincial-insular (aunque consagrado constitucionalmente y, por ello, en la actualidad pieza necesaria de la Administración local) se encuentra (por lo que hace a la provincia continental) cuestionado; cuestionamiento que no es precisamente de ahora y frente al cual la institución provincial ha mostrado por ahora una notable resistencia, cuando no –por emplear un concepto de moda– resiliencia (pudiendo decirse de ella, así, que es –en la organización territorial del Estado– un elemento que goza de una mala salud de hierro)⁶. Sin perjuicio del juego indudable en tal capacidad de resistencia de otros factores, en modo alguno cabe descartar (teniendo en cuenta cuanto se ha dicho sobre el escalón basal municipal) el de su operatividad como instrumento central para la suplencia de las carencias de aquel de difícil sustitución (como demuestra –más

6. Sobre la provincia y su evolución, desde diferentes perspectivas, en el s. XIX y comienzos del XX, véase C. FORCADELL y M.^a Cruz ROMEO (eds.), *Provincia y nación. Los territorios del liberalismo*, Institución Fernando el Católico, Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2006.

allá de la crítica que pueda merecer– el recurso a las diputaciones que hace la reciente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, para “racionalizar” y asegurar la “sostenibilidad” la Administración local como un todo). La perspectiva comparada acredita en todo caso la necesidad de una instancia supramunicipal de referencia: en los casos de Portugal, Italia y Alemania, tal instancia no solo sigue plenamente vigente después de la realización de operaciones de reforma de la planta municipal, sino que su importancia, lejos de disminuir, aumenta.

Desde el punto de vista real, la provincia española es ciertamente una instancia de apreciables dimensiones (la superficie media es de algo más de 10 000 km², aunque algunas provincias duplican esa extensión), existiendo muchas en el entorno de 2000 Km² (y entre 6 489 680 y 95 223 hab). Aunque no puede decirse que haya equivalencia con las instancias análogas de nuestro entorno inmediato, tampoco es posible afirmar que la diferencia respecto de ellas sea escandalosa:

- Los *Kreise* alemanes tienen una superficie entre 2000 y 5500 km² y una población que va de algo menos de 50 000 hasta algo más de un millón de habitantes (si bien han de tenerse en cuenta tanto el dato de la existencia de municipios “exentos” de *Kreis* como la tendencia reciente a incrementar este tanto en superficie como en población, es decir, a su regionalización).
- Las provincias italianas cuentan con una superficie que va de 212 hasta 7500 km² y una población que oscila entre algo más de 50 000 y algo más de cuatro millones de habitantes.
- Los distritos portugueses presentan una superficie entre 2255 y 10 225 km² y una población entre algo menos de cien mil y algo más de dos millones de habitantes.

La construcción del Estado autonómico, de un lado ha determinado, en las comunidades autónomas uniprovinciales (Asturias, Cantabria, Madrid, Murcia y La Rioja), la integración en ellas de la institución provincial (aunque sin supresión de su papel o función propios según el régimen común)⁷,

7. No es ocioso recordar que el artículo 9 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico, dispuso en efecto:

1. En las comunidades autónomas uniprovinciales que se constituyan, la diputación provincial quedará integrada en ellas con los siguientes efectos:

- a) Una vez constituidos los órganos de representación y gobierno de la comunidad autónoma o en el momento que establezcan los respectivos estatutos, quedarán disueltos de pleno derecho los órganos políticos de la diputación.*
- b) La Administración provincial quedará totalmente integrada en la Administración autonómica.*
- c) La comunidad autónoma, además de las competencias que le correspondan según su estatuto, asumirá la plenitud de las competencias y de los recursos que en el régimen común correspondan a la diputación provincial.*

y, de otro lado, ha permitido la pervivencia de las peculiaridades de Navarra (la Diputación Foral es, por cierto, un buen ejemplo de que el doble escalón provincial-municipal puede funcionar) y el País Vasco (los territorios históricos constituyen, asimismo y sin perjuicio de su mayor alcance político-administrativo, un buen ejemplo de doble escalón local), así como también posibilitado una evolución significativa de los cabildos y consejos insulares (en el sentido de su doble condición autonómica y local, con la bendición del Tribunal Constitucional⁸).

Las comunidades autónomas pluriprovinciales, por su parte, no han aplicado las previsiones de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico, es decir, han desechado la opción de descargar en las provincias –mediante transferencias y delegaciones– competencias propias, de modo que el escalón supramunicipal no ha podido desarrollarse como rótula de vertebración, en su respectivo territorio, de las comunidades con la Administración local. Esta circunstancia guarda evidente relación con la reticencia de algunas comunidades –especialmente, pero no solo, Cataluña– respecto de la instancia provincial; reticencia que, sin perjuicio de otras razones, responde a la pretensión de una configuración territorial interna propia sobre la base de soluciones históricas o, en todo caso, más ajustadas a las características de la correspondiente comunidad.

Si bien el legislador básico de régimen local (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) ha optado recientemente –desechando cualquier fórmula de verdadera reforma de la planta municipal– por la potenciación de la instancia provincial, no parece que –dados los términos más que discutibles en los que se ha formalizado– esta pueda considerarse idónea, y menos aún definitiva o con futuro.

1.2

El estatuto jurídico de la Administración local

Constituye ya un lugar común la imputación a nuestro régimen local de inadecuada uniformidad. Es esta una afirmación que, aun siendo cierta, no puede admitirse, no obstante, sin mayor matización. Las consideraciones que aca-

d) La comunidad autónoma se subrogará en las relaciones jurídicas que deriven de las actividades anteriores de la diputación provincial.

2. *Las comunidades autónomas uniprovinciales tendrán además el carácter de corporación representativa a que se refiere el artículo 141, 2, de la Constitución.*

8. Por todas, SSTC 240/2006, de 20 de julio; 132/2012, de 19 de junio; y 153/2014, de 25 de septiembre.

ban de hacerse sobre la instancia supramunicipal son más que suficientes, por ilustrativas de los elementos de diversidad presentes en ella. Y en lo que respecta al régimen local en general y al municipal en particular, procede señalar que ya el marco básico permite cierta diversidad en su desarrollo y él mismo admite modulaciones (especialidades) para ciertos tipos de municipio⁹. A ello se suma el dato de la diversificación (desde 2003) del propio régimen local básico en lo relativo a los municipios de gran población¹⁰ –con diferenciación, a su vez, del específico de los municipios de Barcelona¹¹ y Madrid¹²– y del ordinario o de los restantes municipios, así como, por supuesto, la fórmula singular (híbrida) de las ciudades autónomas de Ceuta¹³ y Melilla¹⁴.

1.3

El panorama europeo

La situación en los países de nuestro inmediato entorno es desigual. Si bien muchos países han desarrollado una política de reducción del número de municipios (el informe elaborado por el Consejo de Europa en 2012 es ilustrativo; en algunos casos –como en Grecia, Islandia, Dinamarca o Letonia– la reducción ha sido especialmente acusada) y alguno ha abordado –sin éxito– la reducción también del número de provincias (es el caso de Italia), otros no han desarrollado –al menos de manera efectiva– política alguna de reforma

9. El artículo 30 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, establece en efecto:

Las leyes sobre régimen local de las comunidades autónomas, en el marco de lo establecido en esta Ley, podrán establecer regímenes especiales para municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de las actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes.

10. El contenido en el título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, aplicable –según el artículo 121.1– a los municipios:

- a) cuya población supere los 250 000 habitantes.
- b) capitales de provincia cuya población sea superior a los 175 000 habitantes.
- c) capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas (cuando así lo decidan las asambleas legislativas de las correspondientes comunidades autónomas a iniciativa de los respectivos ayuntamientos).
- d) cuya población supere los 75 000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales (cuando así lo decidan las asambleas legislativas de las correspondientes comunidades autónomas a iniciativa de los respectivos ayuntamientos).

11. Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona.

12. Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad especial de Madrid.

13. Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta.

14. Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla.

de la planta local (Francia es el ejemplo paradigmático¹⁵). Pero, finalmente, un país de referencia habitual entre nosotros también en esta materia como Alemania, ha combinado la ejecución de una política de redimensionamiento de los municipios (desigualmente llevada a cabo por los diferentes *Länder*) con el respeto a, e incluso la potenciación de, la instancia supramunicipal, es decir, el *Kreis*.

Un examen más detenido de la evolución reciente en Alemania e Italia (los de influencia más clara en nuestro constitucionalismo), así como en Portugal (por su vecindad), arroja las siguientes comprobaciones:

- a) En Alemania¹⁶ el *Kreis* es una entidad territorial con identidad propia y no una agrupación o asociación legal de municipios¹⁷ (siendo sus órganos de gobierno: la asamblea¹⁸, la comisión¹⁹ y el *Landrat*), y constituye un eslabón de articulación con la Administración directa del Estado federado o *Land* (sus competencias son propias y estatales atribuidas), de modo que el *Landrat* es, al mismo tiempo, un órgano local y estatal desconcentrado en el que, por tanto, confluyen las Administraciones estatal y local (y es elegido, según el *Land*, bien por la asamblea del *Kreis* o –solución que se ha ido generalizando en los últimos años– directamente por la población, bien por el Estado o *Land*).

La preocupación se viene concentrando en los tiempos recientes justamente en este escalón supramunicipal (generalizado en toda Alemania), con decantación –en la segunda mitad de la primera década de

15. Sin embargo, no puede olvidarse que la cuestión de la reforma territorial es recurrente en Francia (en 2009 el Comité Balladur propuso una reducción del número de regiones) y se ha reactivado bajo la actual Presidencia de Hollande, quien ha presentado un paquete de reformas que incluye: i) la reducción de las regiones continentales (de 22 a 14); ii) la supresión de los Consejos (asambleas) de los Departamentos (con traslado de las competencias de los mismos a las mancomunidades de los municipios), pero sin desaparición de los Departamentos como divisiones de acción del Estado central (a través de los prefectos); y iii) la supresión de la “cláusula universal” de competencias de los municipios; todo ello bajo los lemas de la eficacia y el ahorro en el gasto público.

16. Sobre el *Kreis* y su reforma, véanse R. GARCÍA RETORTILLO, “El nivel supramunicipal de gobierno local en Alemania”, *REAF*, octubre 2010, págs. 83 a 141; y J. ORTEGA BERNARDO, “Reformas en la legislación de régimen local en Alemania en el contexto de la crisis económica”, *QDL*, núm 28, febrero de 2012, págs. 64 a 76.

17. Los miembros del *Kreis* no son los municipios de su ámbito, sino directamente los habitantes o vecinos de dichos municipios. La institución está vinculada, por razón de sus raíces históricas medievales, al mundo municipal rural, para el ejercicio “agrupado” de competencias de interés común y ámbito supramunicipal.

18. Órgano de elección popular directa generalizado al que están reservadas las decisiones esenciales.

19. Órgano de gobierno que no existe en todos los *Länder*.

este siglo²⁰— de una clara tendencia hacia su “regionalización”, con la finalidad de potenciar su capacidad de gestión especialmente en materia de planificación estratégica territorial, económica y de infraestructuras. Las reformas han consistido normalmente en la fusión de *Kreise*, incorporando a los de nueva creación incluso ciudades hasta entonces “exentas” de dicha instancia (así, en el caso de Sajonia se ha reducido a menos de la mitad el número tanto de *Kreise* como de ciudades “exentas”). Si en algunos casos estas operaciones han tenido éxito al primer intento (por confirmación de su constitucionalidad por el correspondiente Tribunal Constitucional del *Land*: Sentencia del de Sajonia de 26 de junio de 2009), en otros han debido ser reformuladas tras la anulación de su primera versión (así, por Sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* de 26 de julio de 2007, la de Mecklenburgo-Pomerania Occidental, que pretendía la reducción —bajo el lema, harto conocido entre nosotros, de la “modernización” en aras de la eficiencia y la eficacia— a 5 de los 12 *Kreise* existentes, con integración en ellos de todas las ciudades “exentas”)²¹. La doctrina sentada por esta última Sentencia, que ha tenido favorable acogida y gran repercusión, gira sobre dos afirmaciones: a) la trascendencia de toda reforma territorial requiere la previa valoración de todas las alternativas menos gravosas para la autonomía local; y ii) la dimensión democrática de esta autonomía prima sobre cualquier consideración de eficacia o racionalización administrativas.

- b) En Italia la evolución sigue una dirección que solo se parece a la alemana en la pretensión de reforma. Esta finalidad de signo reductor o simplificador se frustra en el caso de la política “racionalizadora” de los Gobiernos de Berlusconi (con reflejo en la práctica: si en 2004 había 104 provincias, en 2009 eran ya 110) y Letta (anulación por la Corte Constitucional de sendos decretos de 2011 y 2012 previos de la reducción de competencias y del número de provincias mediante fusión de las que no tuvieran una extensión de 2500 km² o una población de, al menos, 350 000 hab.)²². Debe esperarse a la

20. Aunque algunas reformas se avanzaron ya en la última década del s. XX.

21. La reforma que —apelando a la idea, igualmente conocida entre nosotros, de la sostenibilidad de las estructuras territoriales— finalmente ha prosperado (por declaración de su constitucionalidad por la Sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* —fruto de una apretada votación— de 18 de agosto de 2011) reduce a la mitad los *Kreise* y mantiene 2 de las 6 ciudades “exentas”.

22. Sobre la provincia estatal, sus funciones y su cuestionamiento, véase M. SALVADOR CRESPO y S. RAGONE, “La supresión de la provincia en Italia”, *QDL*, núm. 27, octubre de 2011, págs. 77 a 90.

iniciativa del Gobierno Renzi y la aprobación de la Ley 56, de 7 de abril de 2014, que contiene disposiciones sobre las ciudades metropolitanas, las provincias y las uniones y fusiones de municipios, para que cuajen los intentos reformadores, si bien ya con un alcance más transformador del panorama institucional que reconfigurador de la planta provincial o reductor del número de provincias. La Ley tiene por finalidad, en efecto, la más modulada de adecuación del ordenamiento de las instancias territoriales locales a los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación, y prevé²³:

- 1.º– La ciudad metropolitana²⁴, que se instaura (para implantación y funcionamiento ya en 2015) como ente territorial con demarcación coincidente con el de la provincia homónima –a la que sustituye o reemplaza en sus competencias fundamentales propias²⁵, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones– y los siguientes fines generales: i) velar por el desarrollo estratégico del territorio metropolitano; ii) promover y gestionar de manera integrada los servicios, infraestructuras y redes de comunicaciones; iii) cultivar las relaciones institucionales con las instituciones equivalentes, incluidas las europeas²⁶. Prevé como órganos de gobierno del ente²⁷: a) el *Sindaco* metropolitano (que es *ex lege* el *Sindaco* del municipio capital²⁸

23. Además de diversas disposiciones relativas al establecimiento de uniones de municipios (entes locales constituidos por dos o más municipios para el ejercicio asociado de funciones o servicios de su competencia) y la realización de fusiones de municipios, que ahora no son del caso.

24. Se respetan las peculiaridades, por razón constitucional, de las ciudades metropolitanas de Turín, Milán, Venecia, Génova, Bolonia, Florencia, Bari, Nápoles y Reggio Calabria; y se preserva la competencia para la regulación de las ciudades metropolitanas –desde los principios de la Ley y conforme a sus estatutos– de las regiones de Sicilia y Friuli-Venezia Giulia.

25. Aunque sobre la base –y aquí aflora de nuevo la pretensión racionalizadora-simplificadora– de los recursos propios y sin incremento alguno de costes a cargo de los fondos públicos. Y con conservación desde luego de las competencias respecto de esta instancia atribuidas al Estado y las regiones por la Constitución, pudiendo uno y otras atribuir a las ciudades metropolitanas ulteriores competencias de acuerdo con los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación.

26. Respecto de la Ciudad Metropolitana de Roma capital se dispone la regulación por su Estatuto de las relaciones entre dicha Ciudad Metropolitana y el municipio de Roma capital y los restantes municipios, garantizando la mejor ordenación de las funciones que Roma está llamada a desarrollar en calidad de sede de los órganos constitucionales y de las representaciones diplomáticas de los Estados extranjeros ante la República italiana, el Estado Vaticano y las instituciones internacionales.

27. Todos los cargos desempeñados en la ciudad metropolitana (y aquí apunta la dimensión “reductora-simplificadora”) son de ejercicio gratuito.

28. Salvo que el estatuto de la ciudad metropolitana establezca la elección directa, que habrá de realizarse conforme a lo que disponga una ley estatal.

y al que corresponden la representación de la entidad, la presidencia del Consejo y de la Conferencia, la dirección de los servicios y la ejecución de los actos); b) el Consejo metropolitano²⁹ (al que se reservan el *indirizzo* y el control, la propuesta a la Conferencia del estatuto del ente y sus modificaciones, la aprobación de reglamentos, planes y programas, y la aprobación de los presupuestos previo informe de la Conferencia); y c) la Conferencia metropolitana³⁰ (a la que corresponden la aprobación del estatuto del ente y sus modificaciones, y el informe de los presupuestos).

2.º— La provincia³¹, que se conserva (allí donde no hay transformación en ciudad metropolitana) como ente territorial de gran extensión (con reconocimiento de la especificidad de las de montaña y las colindantes con otros países) y funciones y competencias equivalentes a las de la ciudad metropolitana.

Sus órganos de gobierno son: el presidente³², el Consejo provincial³³ y la Asamblea de *Sindaci*³⁴, pero los estatutos pueden prever, de acuerdo con la región correspondiente y sin incurrir en mayores costes para el erario público, la delimitación de zonas homogéneas y el establecimiento en ellas de organismos de coordinación —adscritos a los de gobierno— para el ejercicio de determinadas funciones.

El *Sindaco* metropolitano puede designar —de entre los consejeros metropolitanos— a un *Vicesindaco*, determinando las funciones que delega en él. Puede efectuar también delegaciones concretas en otros consejeros, respetando el principio de colegialidad.

29. Integrado por un número variable de consejeros en función de la población de los diferentes municipios, siendo elegidos por las corporaciones de los municipios integrados en la entidad, salvo que el estatuto de esta prevea su elección directa en los mismos términos que el *Sindaco*.

30. La Conferencia se compone del *Sindaco* metropolitano y los *Sindaci* de los municipios pertenecientes a la ciudad metropolitana.

31. También todos los cargos de la provincia son de ejercicio gratuito.

32. Representa a la provincia, preside el Consejo y la Asamblea, dirige los servicios y ejecuta los actos. Es elegido, de entre los *Sindaci* de la provincia, por estos mismos y los consejeros de los municipios. Puede designar, de entre los consejeros provinciales, un vicepresidente, asignándole competencias delegadas, así como efectuar —respetando el principio de colegialidad— delegaciones concretas en otros consejeros provinciales.

33. Le corresponde el *indirizzo* y el control; la propuesta a la Asamblea del estatuto provincial; la aprobación de reglamentos, planes y programas; y la aprobación, previa intervención de la Asamblea, de los presupuestos. Está compuesto por el presidente provincial y un número variable —en función de la población de la provincia— de consejeros elegidos (de entre ellos) por los *Sindaci* y los consejeros de los municipios pertenecientes a la provincia.

34. Está compuesta por los *Sindaci* de los municipios pertenecientes a la provincia.

- c) Finalmente, las iniciativas recientes de reforma en Portugal³⁵, país en el que el debate sobre la regionalización se ha mantenido vivo durante muchos años³⁶, aparecen ligadas –de forma en cierto modo análoga a España– a la crisis económica y las condiciones impuestas por Bruselas para la superación de sus consecuencias³⁷. En el memorándum firmado con la Comisión Europea, el FMI y el BCE en 2011, Portugal asumió, entre otros compromisos, en efecto, una reorganización de la Administración local, con el objetivo (entre otros, como los de reducción de las empresas públicas y del número de cargos directivos, así como contención de la incorporación de nuevos empleados públicos) de una reorganización territorial, con reducción significativa de municipios y *freguesias* (desde las ideas directrices de incremento de la eficiencia y reducción del gasto público). Y en el mismo año se aprobaron por el Gobierno, en efecto, el *Documento Verde da Reforma da Administração Local – Uma reforma da gestao, uma reforma do territorio e uma reforma da política*, y el correspondiente Proyecto de Ley 31/XII, en los que la reforma se articulaba en torno a cuatro ejes: a) el sector empresarial local; b) la organización del territorio; c) la gestión municipal e intermunicipal y la financiación; y d) la democracia local. La clave en punto a la reorganización territorial se sitúa en la reducción del número de *freguesias*, que, planteada inicialmente con arreglo a una matriz de criterios (básicamente demográficos y de accesibilidad o distancia), se ha llevado sin embargo a cabo como un proceso en el que los municipios debían decidir –vía la técnica de la fusión– sobre la reorganización administrativa de su demarcación (con previsión de la intervención sustitutiva de una Comisión técnica)³⁸; proceso

35. El distrito (18 en el continente) constituye, en el territorio continental, la principal división administrativa de Portugal (Azores y Madeira son regiones autónomas), que se subdivide en *concelhos* o municipios (más de 300), y estos, a su vez, en *freguesias* (más de 4000, con gran arraigo social). A estas estructuras se añaden las áreas urbanas (unidades territoriales continuas formadas por la agrupación de *concelhos*), y son de dos tipos: i) grandes áreas metropolitanas (áreas urbanas compuestas por nueve o más *Concelhos* y una población superior a 350 000 habitantes); y ii) comunidades intermunicipales (áreas urbanas compuestas por tres o más *concelhos* y una población de entre 10 000 y 100 000 habitantes electores).

36. A pesar del fracaso del referéndum convocado en 1998, el Gobierno de José Sócrates volvió a plantear la creación de 5 regiones (en 1998 se habían propuesto 8).

37. En este sentido, C. PINEDA NEBOT, “Reformas territoriales en España y Portugal. ¿Necesidad o imposición?”, *Cadernos Gestao Pública e Cidadania*, Sao Paulo, vol. 19, núm. 64, enero-junio 2014, págs. 93 a 112.

38. El proceso no ha estado exento de conflictos, habiendo suscitado una fuerte oposición social y sin haber convencido en cuanto al objetivo de la reducción del gasto público.

que ha acabado desembocando en la Ley N.º 11-A/2013 de *Reorganização administrativa do território das freguesias*, de 28 de enero de 2013, que supone la reducción de más de 1000 *freguesias*.

Paralelamente se ha llevado a cabo, a partir igualmente de 2013, un proceso de reorganización de las comunidades intermunicipales, que ha supuesto su reducción de 28 a 23 (haciéndolas coincidir con las NUTS europeas) y la aprobación de la Ley núm. 75, de 12 de septiembre de 2013, sobre régimen jurídico de las llamadas autarquías (y su asociacionismo), estatuto de las entidades intermunicipales, y transferencia de competencias del Estado a las autarquías y a las entidades intermunicipales. El Tribunal Constitucional ha dejado establecido, no obstante, que las áreas metropolitanas y las comunidades intermunicipales no pueden ser consideradas autarquías, por no estar recogidas en la Constitución.

2

Los posibles escenarios y los criterios fundamentales del planteamiento, en las actuales circunstancias, de una reforma de la instancia local supramunicipal de referencia

La situación actual de incertidumbre sobre la organización territorial del Estado por razón básicamente de las llamadas cuestiones vasca y catalana (y los consecuentes planteamientos políticos de la conveniencia e, incluso, necesidad sea de reforma o, incluso, revisión del orden constitucional), junto con los condicionantes que impone la crisis económica y la suma del marco comunitario europeo (la disciplina presupuestaria y los límites de déficit y endeudamiento: arts. 126 y ss. TFUE, especialmente en la zona euro: arts. 136 y ss. TFUE) y el propio constitucional (art. 135 CE), dificultan en grado sumo cualquier juicio prospectivo sobre el futuro de la Administración local. No obstante, la evidencia de disfunciones apreciables en el juego y la operatividad de esta –en sus dos niveles internos– como pieza esencial en la arquitectura y el funcionamiento del Estado democrático obligan a reflexionar, aun en tal contexto de incertidumbre, sobre los posibles términos de su replanteamiento. Esta necesidad es especialmente clara en la instancia local supramunicipal:

- Ya incluso por el hecho de que la transformación histórica de la instancia supramunicipal de referencia: la conversión de la provincia de instrumento de la Administración central en entidad local, ha impedido el pleno desarrollo de esta última condición. Así se pone

de relieve en la persistencia tanto de su configuración como agrupación legal de municipios y legitimación democrática de 2.º grado (lo que en su día motivó la necesidad de la correspondiente reserva en la firma de la CEAL por España) como de la indefinición de su espacio competencial propio (lo que se ha puesto de manifiesto nuevamente –sin ser corregido– en la pretensión de la potenciación de su papel en 2013), pero asimismo en el escaso desarrollo de la vertiente o dimensión de gestión de servicios (en general, con la excepción quizás de los cabildos y consejos insulares).

- Pero igualmente por falta de un cumplimiento mínimamente adecuado de su doble función: la de servir de gozne de articulación y coordinación con las Administraciones superiores, y la de operar como pieza de articulación interna para asegurar la eficacia de la Administración local como bloque (mediante la cobertura de las insuficiencias de la instancia municipal), en lo que no cabe descartar que haya influido la inclusión en ella de todos los municipios con entera independencia de su tamaño y capacidad (incluidas las grandes poblaciones).
- Y, finalmente y en relación con lo anterior, la falta de debida atención al mundo rural; mundo cada vez más importante en función del paradójico doble fenómeno de la pérdida de población y del creciente protagonismo de la sostenibilidad ambiental (desarrollo económico sostenible y lucha contra el cambio climático) y, por tanto, del desarrollo rural.

Obviamente no se desconoce la grave limitación que para la Administración local ha venido suponiendo la más que insatisfactoria configuración de su Hacienda, dependiente (salvo lo que pueda resultar de la reforma o revisión constitucional) de la distribución de la competencia en la materia entre las instancias territoriales superiores, hoy por hoy en manos fundamentalmente de la central; aspecto importante que, sin embargo, aquí ha de dejarse al margen.

Cualquier planteamiento de reforma (sean cuales sean el escenario que se defina y la alternativa que se escoja) debe partir, sin perjuicio de cualesquiera otros ulteriores, de dos criterios básicos (claramente desatendidos en la operación de racionalización y sostenibilidad de 2013, poniendo de relieve que ese no es el camino a seguir):

- a) La consideración y, por tanto, ponderación adecuada de los valores de la proximidad y la distancia (fundamentales en materia organizativa para asegurar la capacidad de gestión en los términos constitucionalmente requeridos).

La proximidad es una exigencia derivada de la trascendencia de la Administración local para la efectividad del principio de Estado democrático y los valores del pluralismo político y participación en los asuntos públicos. De ahí la pertinencia de la configuración del Gobierno y la Administración locales de modo que quede asegurada la relación más directa e inmediata posible entre representantes-gestores públicos y representados-ciudadanos, a fin de que pueda operar como factor real de legitimación del Estado como un todo. Esto es especialmente evidente en el caso de los municipios, pero también resulta aplicable (en su función propia) a la instancia supramunicipal.

En la referida configuración no puede perderse de vista, paralelamente, la condición de Administración Pública de la local, y por tanto la exigencia de su adecuación a la satisfacción de las necesidades sociales correspondientes. Es esta una exigencia de igual rango constitucional, pues deriva del Estado de derecho (capacidad para actuar con objetividad y legalidad) y el Estado social –incluso en su variante de Estado garante– (eficacia eficiente en el cumplimiento de las tareas públicas, entendida en términos de correcta asignación de recursos y obtención del óptimo resultado posible). En virtud de una ley de oro de la organización, la expresada adecuación demanda una suficiente distancia respecto de los asuntos a gestionar y de los afectados por la actuación administrativa.

Este criterio (y el ejemplo comparado) alerta ya sobre la conveniencia del mantenimiento de la articulación interna de la Administración local en un doble escalón basal y supramunicipal, si bien el diseño de cada uno de ellos debe ser fruto de una correcta resolución de la tensión del binomio proximidad-distancia.

- b) La idoneidad de la organización del Gobierno y la Administración local para el cumplimiento de su cometido predeterminado constitucionalmente.

La Administración local es, en efecto, parte del poder público administrativo del Estado social prestacional –aunque también del meramente garante– (art. 9.2 CE). Y como tal debe estar en condiciones, en su esfera de competencia, de formular y llevar a efecto las políticas públicas precisas. En esta dimensión, de lo que se trata no es tanto de la extensión y el alcance de las tareas asignadas al Gobierno local, cuanto de la “cualidad” de su organización en punto a su configuración y funcionamiento, procedimientos de toma de decisiones

y actuación y dotación con medios jurídicos, económicos, materiales y personales. Este criterio (modulador del primero) es hoy –en un contexto de limitación de recursos y estabilidad presupuestaria– especialmente determinante.

La principal dificultad para la aplicación de los criterios expuestos en el caso del escalón local supramunicipal radica en una cuestión previa objeto hoy de debate: la del espacio institucional que debe ocupar. La evolución y realidad actual tanto de nuestra Administración local como del asentamiento poblacional en el territorio, y la ocupación efectiva del mismo, valorados a la luz de las tendencias en nuestro entorno europeo, parecen permitir, más bien aconsejar, situar el centro de gravedad de la pieza supramunicipal de aquella Administración, cara al futuro, en el mundo rural (entendido como todo el no cubierto por el organizado en forma de aglomeración urbana de suficiente entidad), y por tanto identificarla como segundo escalón –cooperativo y de cobertura– del Gobierno de los municipios de menor número de habitantes (lo que incluye la función del engarce de estos con las instancias territoriales superiores). Esta caracterización, de confirmarse como pertinente, requeriría la pérdida del carácter de agrupación necesaria de la totalidad de los municipios del ámbito correspondiente, y por tanto la “exención” del segundo escalón –o, cuando menos, su posibilidad– de los municipios urbanos de tamaño intermedio (pero suficiente) y desde luego los de grandes poblaciones.

Esta conclusión implica de suyo la afirmación del escalón supramunicipal como verdadera segunda instancia territorial con entidad propia. Lo que significa: i) desde el punto de vista organizativo: la opción preferente por su configuración como entidad representativa en primer grado o directo, sin perjuicio de la participación en alguna forma en su funcionamiento de los municipios miembros (como resultado de una ponderación y, por tanto, dosificación adecuadas de los criterios de proximidad, distancia y capacidad de gestión, evitando en cualquier caso la dependencia directa de las políticas supramunicipales de las municipales); y ii) desde el punto de vista funcional: la superación de la actual coincidencia sustancial de los círculos de intereses de ambos escalones locales (diferenciados solo por el criterio de la municipalidad-supramunicipalidad) y la consecuente atribución de un elenco propio de competencias, si bien sin reconocimiento de una capacidad universal (por reserva en exclusiva de la potencia creativa al escalón basal municipal).

3

Los escenarios condicionantes de los planteamientos de reforma y las líneas fundamentales posibles de esta

Si bien en la ya apuntada situación actual de incertidumbre son múltiples los escenarios que –en correspondencia con el incierto futuro de la organización territorial del Estado– deben tenerse en cuenta para avanzar cualquier línea posible de reforma de la provincia (y, en su caso, isla), es factible reducirlos (sobre el trasfondo de las referencias ofrecidas por los dos modelos –alemán e italiano– de mayor influencia sobre el constituyente español) a los dos principales siguientes:

- a) Mantenimiento del orden constitucional único en el que se conserven los elementos básicos de los actuales artículos 137, 140 y 141 CE, es decir, y en lo que más importa: i) la posición propia de la Administración local (como tercer pilar) en la organización territorial del Estado; y, consecuentemente, ii) la no “interiorización” de dicha Administración, al menos completa, por las comunidades autónomas (lo que implica la conservación de su carácter bifronte y, por tanto, la integración de su estatuto conjuntamente por las bases generales y su desarrollo autonómico).
- b) Reforma de la organización territorial en términos que, con independencia del reconocimiento o no de estatalidad a las comunidades autónomas, consagre la Administración local como pieza de la organización institucional propia de dichas comunidades, con la sola imposición a los estatutos de autonomía o instrumento constitutivo similar de su adecuación al orden constitucional general (expresivo de una garantía institucional), es decir, y a imagen y semejanza del artículo 28 de la *Grundgesetz* alemana, su respeto de: i) los valores superiores del Estado democrático y social de derecho; ii) los derechos fundamentales y las libertades públicas; y iii) la autonomía local en términos de autoadministración dotada de legitimación democrática directa.

Las principales dificultades que, cara a las exigencias actuales y de futuro a satisfacer por toda reforma local, plantea el vigente orden constitucional, residen precisamente en la instancia supramunicipal y derivan de:

- La mixtificación de la provincia por mezcla en ella de diversas dimensiones: es, en efecto y al mismo tiempo, entidad local, división administrativa del Estado y circunscripción electoral. La dimensión electoral es sin duda la más importante, desde la perspectiva que ahora importa, pues determina el requerimiento de ley

orgánica para su alteración. No obstante, debe entenderse que nada se opondría –desde el punto de vista constitucional– a la desvinculación de las dimensiones general-estatal y local.

- La configuración de la provincia como agrupación de municipios (con admisión de variantes únicamente en el plano de la organización interna de gobierno y, en todo caso, de la denominación; plano este en que, en parte, se sitúa la Ley catalana 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías); configuración que comporta una entidad propia “débil” de la provincia, y de la que resulta la atribución legal de la condición de miembros de la diputación a todos los municipios pertenecientes a aquella, con entera independencia de su población y carácter (lo que repercute inevitablemente en la función esencial de la provincia como complemento para la cobertura de las insuficiencias de la instancia municipal).
- La rigidez, como consecuencia, de la determinación, en el artículo 137 CE, de la instancia supramunicipal como pieza de la organización territorial del Estado. Con el añadido de la inseguridad de la delimitación de lo general y lo autonómico en el estatuto de la provincia por montaje del reparto legislativo sobre la noción de bases (que –más allá de la regulación directa constitucional– impide que aquel estatuto sea –como debería– estructural, determinando su carácter coyuntural, como han demostrado las sucesivas modificaciones de la Ley de 1985 y la Ley de 2013).

Se trata en todo caso de dificultades, las expuestas, cuya superación sería obviamente fácil en el caso de concretarse finalmente una reforma o, incluso, una revisión de la Constitución, pero que, en ausencia de una u otra, podrían paliarse en gran medida también en el primero de los escenarios antes planteados (llegando en él a una solución similar a la que podría alcanzarse en el segundo de dichos escenarios). Para ello habría que estar dispuesto a:

- A) En el primero de los escenarios identificados antes:
 - a) Reconsiderar –a efectos del desarrollo del orden constitucional y asumiendo una perspectiva hasta ahora descuidada– el verdadero carácter de la potestad de organización como poder inscrito (a título de accesorio o instrumental) no tanto en la distribución de este desde el punto de vista funcional y material, cuanto en la condición misma de todo poder público constituido, de modo que habilita a este para proyectarla en

todo su ámbito de competencia material (desde el núcleo de la autoorganización)³⁹.

- b) Llevar a sus lógicas últimas consecuencias la doctrina del Tribunal Constitucional de la distinción entre: i) lo básico-constitucional (o que forma parte integrante a todos los efectos del bloque constitucional), integrado solo por los elementos de la legislación básica estatal de desarrollo constitucional directamente enraizados en los artículos 137, 140, 141 y 142 CE); y ii) lo básico-infraconstitucional (o reconducible solo indirectamente a la Constitución a efectos de la valoración de la legislación autonómica de régimen local), integrado por los elementos del modelo de gobierno local que son manifestación de la pertinente opción del legislador básico en desarrollo estrictamente del texto fundamental y, por tanto, en el marco acotado por este⁴⁰.

39. A la diferenciación por la última doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se refiere al Gobierno y la Administración local (sobre la que inmediatamente se volverá), entre la concreción del modelo de Estado precisando la garantía de la autonomía local, de un lado, y el régimen local propiamente dicho en la entera disposición del legislador básico, de otro lado, subyace (en cuanto reconducible solo este último al título competencial definido en el artículo 149.1.18 CE) la afirmación implícita de la cobertura de la referida concreción sin más en la potestad de organización.

40. Desde la perspectiva ciertamente del control de constitucionalidad (decididamente, en efecto, a partir de la introducción del conflicto en defensa de la autonomía local y la STC 204/2006, de 20 de julio; véanse también las SSTC 103/2013, de 25 de abril, y 143/2013, de 11 de julio), el Tribunal Constitucional diferencia, aunque realmente en términos no completamente claros ni consistentes, entre:

- a) La autonomía local definida directamente por la norma constitucional (referida exclusivamente, por tanto, a las entidades previstas en ella –municipios, provincia e instancias equivalentes–) y protegida, por ello, por la garantía institucional, cuyos elementos (los resultantes de los artículos 137, 140 y 141 CE) integran un núcleo resistente frente a cualquier legislador, incluido el estatal básico, formando así parte del bloque de constitucionalidad aplicable.
- b) La autonomía de rango meramente legal (susceptible de configuraciones legales diversas dentro del marco constitucional), predicable ya de todos los entes locales sin distinción, situada en el halo de la anterior y referida competencialmente al artículo 14.1.18 CE, que, por ello, no forma parte del bloque de la constitucionalidad, pero sí del criterio de enjuiciamiento del legislador autonómico de desarrollo.

Como a propósito de esta doctrina constitucional he expuesto en otro lugar (L. PAREJO ALFONSO, “Las bases del régimen local en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *QDL*, núm. 37, febrero de 2015, págs. 12 a 40), aunque el Tribunal Constitucional parece avalar (véase, por todas, la STC 132/2014, de 22 de junio) la no identificación, sin más, del régimen local con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas precisamente gracias a la anterior diferenciación, el sentido y alcance de esta no quedan en ella suficientemente claros, generando cierta confusión que conviene despejar. Al efecto debe partirse de la consideración de que el régimen (de la autonomía) local es igual a estatuto institucional de los entes locales necesarios (consagrados constitucionalmente), por reclamarlo así la peculiaridad de la institución

Asumiendo tales presupuestos cabría interpretar:

- 1.º– El reparto territorial de competencias en términos (ante la ausencia de mención del régimen local en el art. 149.1 CE) de circunscripción de la intervención del legislador estatal al régimen básico-común de todas las Administraciones Públicas (con especificación para la local únicamente de las peculiaridades “enraizables” en los artículos 137 a 141 CE, es decir, de la concreción legal de la garantía institucional constitucional). Lo que significaría: i) la exclusión constitucional del desbordamiento por lo básico-legal, también en el régimen local, del campo de lo común a las Administraciones de todas las instancias territoriales; y en consecuencia, ii) la apertura de suyo a las comunidades autónomas (en lo permitido por la norma fundamental) del campo de lo peculiar de la Administración local para la configuración de esta según las características y peculiaridades de aquellas.
- 2.º– La vinculación de las dimensiones de la provincia distintas a la de entidad local (independizándolas de ella) exclusivamente a: i) el régimen electoral general (la circunscripción electoral); y ii) la potestad de la instancia territorial general o central de autoorganización de su propia Administración periférica (la

garantizada como elemento de la organización territorial del Estado (peculiaridad cifrada en expresar un tipo de Administración territorial que se distingue por consistir en una autoadministración con legitimación democrática propia directa). Sobre esta base cabe concluir –para superar el inconveniente del recurso a diferentes criterios o cánones de medida en función del objeto de los diferentes preceptos legales básicos y el contexto procesal en que deban valorarse– que la diferenciación a que se refiere el Tribunal Constitucional opera en el seno de lo básico en los siguientes términos:

- i) De un lado, lo referido al estatuto subjetivo-institucional de los entes locales necesarios (garantizados constitucionalmente) en los aspectos determinantes de la peculiaridad constitucional de la Administración local, es decir, su organización, funcionamiento y dotación competencial. El *locus* de este estatuto no es otro que el régimen local como objeto de legislación específica predeterminado constitucionalmente (en cuanto concreción de la garantía institucional), por más que residenciable (opción de técnica legislativa) dentro de la referida a la materia “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. La distinción de este régimen estatutario es precisa en todo caso para solventar la asimetría de las relaciones a escala legislativa ordinaria.
- ii) Y, de otro lado, lo referido, en el régimen de los entes locales, a los aspectos en que las características constitucionales de estos no implican tratamiento singular y, por tanto, son regulables en los términos del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (de desarrollo de los artículos 103 a 107 CE) que debe garantizar el tratamiento común de los administrados-ciudadanos ante todas estas Administraciones (según reza el art. 149.1.18.º CE).

El margen de libertad de configuración del legislador es, en ambos casos, básico, pero distinto solo por ser diferente el marco constitucional de referencia.

división para los servicios del Estado), excluyendo así la posibilidad de interferencia por dicha potestad de la organización institucional interna de las comunidades autónomas, incluso en su proyección sobre los entes locales.

- 3.º— Un entendimiento flexible de la configuración de la provincia (permisivo de su diversificación en función de los requerimientos de la organización territorial en cada comunidad autónoma) gracias a la sola exigencia de la comprensión por ella de municipios completos (el artículo 141.1 CE caracteriza la provincia-entidad local exclusivamente como “agrupación de municipios”) y, por tanto, sin determinación de la necesidad de que sean todos los de la provincia actual: lo que implicaría la entrega al legislador de la determinación del círculo de miembros y, por tanto y cuando menos funcionalmente, de los límites provinciales. Y como complemento, un entendimiento extensivo de la autorización constitucional (art. 141.2 CE) de la encomienda del gobierno y administración autónomos de la provincia a “otras corporaciones de carácter representativo”, con la consecuencia de la posibilidad de la configuración de la instancia provincial como entidad de primer grado (directamente representativa).

La prueba de la ampliación de las posibilidades en la construcción de la instancia supramunicipal que supondría esta primera alternativa, la suministra el dato de que, con toda evidencia, supondría el encaje en ella de la actual Ley 30/2010, de 28 de junio, de Veguerías de Cataluña, que —conforme a la opción del Estatuto de Autonomía de interiorizar (en el sentido de incluirla en su regulación institucional) la instancia supramunicipal en los términos matizados de encomienda del gobierno y la administración de las provincias a los Consejos de veguería conforme permite el artículo 141.2 CE— configura la veguería como nueva entidad local de Cataluña y, al mismo tiempo, nueva denominación de la provincia en ella.

- B) En el segundo de los escenarios propuestos, el nuevo orden constitucional surgido de la reforma o la revisión del texto fundamental, que debería conservar —restringiéndose a ella— la garantía institucional de la autonomía local (en ambos escalones), idealmente en los términos de la CEAL⁴¹, habría de posibilitar ya la plena interiorización

41. Por lo que se refiere, además de a la suficiencia de recursos propios disponibles libremente en el ejercicio de las competencias propias (art. 9 CEAL), a los siguientes extremos (que no por conocidos resulta impertinente recordar): i) el *concepto mismo de la autonomía local*

por las instancias políticas territoriales de la Administración local, de suerte que el desarrollo del modelo de esta quedaría remitido (en el marco de la Constitución –es decir, en términos equivalentes al artículo 28 de la *Grundgesetz* alemana–) a los estatutos de autonomía de cada una de las referidas instancias políticas.

4

Algunas conclusiones finales

Parece claro que el futuro de la instancia supramunicipal del Gobierno-Administración local pasa, en nuestro caso y con carácter general, por su fortalecimiento como pieza de garantía de la potencia gestora de dicho específico sistema de gobierno y administración como un todo⁴², desde su diseño como instancia dotada de legitimación democrática directa y competencias propias en la línea de los modelos alemán e italiano, incorporando de estos:

(art. 3 CEAL: el derecho y la capacidad efectiva 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; derecho ejercido por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos, lo que no impide el recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos); ii) el *alcance de la autonomía* (art. 4 CEAL: fijación de las competencias básicas por la Constitución o por la Ley, sin perjuicio de la atribución de competencias para fines específicos; libertad plena para la iniciativa en toda materia no excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad; principio de incumbencia preferente de las tareas públicas a las autoridades más cercanas a los ciudadanos; principio de plenitud y compleción, como regla, de las competencias, solo cuestionables y limitables por otra autoridad distinta en los términos de la ley; principio de disfrute, en las competencias delegadas, de libertad de adaptación a las condiciones locales; y principio de consulta previa, tempestiva y adecuada en los procesos de planificación y de decisión de las instancias superiores); iii) la *protección de la demarcación local* (art. 5 CEAL: exigencia de la consulta previa, incluso vía referéndum, en toda modificación de los límites territoriales); iv) la *adecuación de las estructuras y los medios a los cometidos* (art. 6 CEAL: inclusión en la autonomía de la definición de las estructuras administrativas internas y permisión por el estatuto del personal de una selección de calidad); v) las *condiciones de cumplimiento de las responsabilidades de gestión* (art. 7 CEAL: libertad de ejercicio del mandato local y determinación por ley de las incompatibilidades); vi) el *control de los actos locales* (art. 8 CEAL: limitación, como regla, al aseguramiento del respeto a la legalidad en las competencias propias; observancia del principio de proporcionalidad en el control); vii) el *derecho de cooperación y asociación con otras entidades* y el *derecho de asociación, incluso internacional, para la protección y promoción de sus intereses comunes* (art. 10 CEAL), y viii) la *protección legal de la autonomía* (art. 10 CEAL: disposición de una vía de recurso jurisdiccional para asegurar el libre ejercicio de las competencias y el respeto a los principios de la autonomía).

42. Garantizando las condiciones de vida en el mundo rural y absorbiendo –para permitir la conservación de la inmediatez democrática y la autoadministración representativa de las estructuras de menor capacidad de gestión– las insuficiencias de la instancia municipal de menor población.

- La no comprensión (al menos *ex lege*) de los municipios a partir de la dimensión (tamaño y recursos) que permita suponerles legalmente idoneidad para la gestión objetiva y eficaz de los correspondientes intereses públicos.

El problema estriba obviamente en determinar el umbral mínimo de idoneidad. Como es lógico aquí no es posible intentar siquiera esbozar una solución, aunque sí indicar que la que parece que cuenta con mayor aceptación –y ser, en todo caso, de la que parte el artículo 26.1 de la Ley básica de régimen local para el primer salto desde el elenco mínimo general de servicios municipales obligatorios– es la de situar dicho umbral en los 5000 habitantes. La fijación de este u otro significaría, en cualquier caso, que las necesidades comunes a dos o más municipios habrían de ser abordadas en toda la franja de municipios que lo superaran, mediante fórmulas sean funcionales u orgánicas de colaboración o cooperación (incluyendo las de mancomunación y las de carácter consorcial), sean novedosas de intermunicipalidad asociativa del tipo (alemán) “Municipios de conjunto” o (español de inspiración histórica) “Municipios completos e incompletos”.

- La consecuente concentración de la instancia supramunicipal de obligatoria pertenencia, de un lado y a efectos de la delimitación de su esfera competencial propia, en el terreno de las infraestructuras y los equipamientos básicos (lo que exigiría la reconsideración, para su actualización y acomodación a las características del mundo rural y de las pequeñas aglomeraciones urbanas, de la regulación legal, en la legislación de ordenación territorial y urbanística de las instalaciones y los servicios propios de la urbanización), el desarrollo local sostenible (incluyendo la ordenación territorial estratégica o la ordenación urbanística de conjunto para salvar el problema de la distancia respecto a los fenómenos de ocupación y transformación del suelo), la movilidad (transporte público intermunicipal) y la asistencia social primaria; y, de otro lado y a título de función subsidiaria de cobertura de las insuficiencias de gestión a escala municipal, la cooperación y la asistencia técnica y económico-financiera a los municipios miembros.
- La configuración, por tanto, de la instancia supramunicipal como instancia con competencias de doble naturaleza: las propias que acaban de indicarse, y las atribuidas por encomienda o delegación por cualquiera de las instancias superiores.

Excepciones al esquema general expuesto podrían ser:

- Las provincias constitutivas estructuradas funcionalmente por una o varias aglomeraciones urbanas interrelacionadas, cuyo gobierno y administración podría encomendarse –siguiendo el modelo italiano– a entidades metropolitanas (los supuestos más claros serían los de Barcelona y Madrid, pero cabría pensar en la posibilidad de extender la fórmula a Bilbao, Sevilla, Valencia y Zaragoza).
- Las islas, que deberían conservar su régimen específico sin otra modulación, quizás, que la “exención” de los municipios de entidad suficiente al efecto.

Gobernar en minoría ayuntamientos fragmentados¹

CARMEN ALONSO HIGUERA
Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat (Barcelona)

1. **Gobiernos minoritarios y principio de gobernabilidad**
2. **Debilidades de los Gobiernos minoritarios y fragmentados: el gobierno de la Oposición como perversión del sistema**
 - 2.1. Debilidades en el ámbito de la organización
 - 2.2. Debilidades en el ámbito del funcionamiento
3. **Algunas de las herramientas de los alcaldes para gobernar en minoría**

Resumen

Los pasados comicios electorales han provocado la pérdida, en muchos Gobiernos locales, de los últimos vestigios de regímenes de mayorías absolutas, y también una gran fragmentación del poder local, como consecuencia de la entrada en escena de nuevas opciones y modelos políticos, fuertemente apoyados por gran parte del electorado, que han provocado que incluso hoy podamos hablar, aunque sea en términos eufemísticos, del Gobierno de la minoría.

En este nuevo escenario, es evidente que resulta obligada una reflexión de los actores políticos, a fin de encontrar nuevos modelos de organización y de funcionamiento que den respuesta a estas nuevas realidades,

Artículo recibido el 03/12/2015; aceptado el 08/02/2016.

1. Conferencia impartida en la sesión del *Seminari de Dret Local* de la Federació de Municipis de Catalunya de 9 de octubre de 2015.

pero mientras tanto debemos tener claro cuáles son las bases de nuestro sistema legal, en particular por lo que al funcionamiento local se refiere, y ello con el objeto de evitar que esta fragmentación del poder suponga una perversión indirecta del régimen jurídico que informa el reparto de competencias ejecutivas entre los distintos órganos municipales en nuestro derecho.

Y este es precisamente el objetivo de este trabajo, analizar las debilidades de los Gobiernos minoritarios y fragmentados, y, paralelamente, las herramientas de que disponen los alcaldes para gobernar en minoría.

Palabras clave: *pluralismo político; derecho de participación política; Gobierno; Oposición; principio de gobernabilidad; fragmentación del poder; alcalde; Pleno; mayorías absolutas; votos populares; plenitud de atribuciones; control de la Oposición; consenso y negociación; acceso a la información; moción de censura; perversión del sistema; mociones; ruegos; preguntas.*

Minority governments, fragmented city councils

Abstract

The past elections have brought a new scenario in the sphere of local governments characterized for the loss of absolute majorities and the spread of the fragmentation with the entry of new political options and models. Currently, we can talk even in euphemistic terms, about the government of the minority.

In this new scenario, political actors must deliberate in order to find new models of organization and functioning to face the new realities. Meanwhile, we should clarify the basis of our legal system, particularly in relation to the local government, with the aim of avoiding the indirect perverted interference to the system of distribution of competences between the different local bodies that fragmentation can imply.

This is, precisely, the goal of this article, that is, to analyze the weaknesses of minority and fragmented governments and, at the same time, to study the tools available for the majors to rule in minority.

Keywords: political pluralism; right to political participation; government; political opposition; governability; fragmentation of the power; major; plena-

ry; absolute majority; popular vote; full competences; government oversight; consensus and negotiation; access to the information; censure motion; perversion of the system; motions; pleas; questions.

1

Gobiernos minoritarios y principio de gobernabilidad

La reciente renovación de las entidades locales derivada del proceso electoral convocado mediante el Real Decreto 233/2015, de 30 de marzo, ha provocado la pérdida, en muchos Gobiernos locales, de los últimos vestigios de regímenes de mayorías absolutas, pero, también, una gran fragmentación del poder que los Gobiernos locales representan, pues, en una aparente superación del sistema de alternancia bipartidista que había sido habitual en los últimos años, han entrado en escena nuevas opciones y modelos políticos, fuertemente apoyados por gran parte del electorado, que han provocado que incluso hoy podamos hablar, aunque sea en términos eufemísticos, del Gobierno de la minoría o, en palabras de algunos, de las minorías absolutas.

En este nuevo escenario, que no es exclusivo de aquí, sino que es una tendencia general en las democracias occidentales, es evidente que resulta obligada una reflexión de los actores políticos, a fin de encontrar nuevos modelos de organización y de funcionamiento que den respuesta a estas nuevas realidades. Entre tanto, asumiendo el papel que nos corresponde, es decir, el papel profesional de asesores municipales, debemos tener claro cuáles son las bases de nuestro sistema legal, en particular por lo que al funcionamiento local se refiere, y ello con el objeto de evitar que esta fragmentación del poder suponga una perversión indirecta del régimen jurídico que informa el reparto de competencias ejecutivas entre los distintos órganos municipales en nuestro derecho.

Con esta intención, y desde una perspectiva local, me parece adecuado recordar los fundamentos en los que descansaba el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y de la Administración Local que en el mes de octubre del año 2006 el ministro de Administraciones Públicas presentaba en la Comisión de Entidades Locales del Senado, con la pretensión de establecer las bases de la autonomía local, en el que se pretendía definir un sistema que, tal y como ponía de manifiesto su Exposición de Motivos, reconociera la dinámica “[...] entre mayoría y minoría, de manera que quien gane las elecciones pueda gobernar y quien las pierda pueda controlar al que ha ganado [...]”, dibujando para ello un sistema ejecutivo fuerte, claramente inspirado en algunos aspectos del régimen especial de los municipios de gran población

introducido en la legislación básica por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que atendía a las siguientes características:

- Definitiva conversión del Pleno municipal en un órgano deliberante y de control político, que funcionara en Pleno y en Comisiones² que, además de las funciones típicas de estudio, informe o consulta, asumirían auténticas competencias resolutivas por delegación del Pleno y quedarían autorizadas para el uso del sistema de voto ponderado.
- Existencia de dos órganos de carácter ejecutivo, uno unipersonal, que descansara en la tradicional figura del alcalde o alcaldesa, y el otro colegiado, bajo la nueva denominación de Consejo de Gobierno³, en el que, cuando se tratara de capitales de provincia o municipios de más de 75 000 habitantes, se permitiera al alcalde o alcaldesa nombrar hasta un tercio de sus miembros entre personas que no tuvieran la condición de representantes locales⁴.
- No comunicabilidad entre las competencias del Pleno y las competencias del ejecutivo mediante la técnica de la delegación, al prohibir de forma expresa la delegación de competencias del Pleno en los órganos ejecutivos⁵ que, en cambio, podrían delegar las suyas a favor de aquellos de sus miembros que no tuvieran la condición de representantes locales, opción que, como ya hemos visto, hoy resulta totalmente imposible, dada la imposibilidad de integrar en el órgano colegiado ejecutivo a miembros que no tengan la condición de electos, pero también a favor de los directivos públicos locales⁶.

2. Necesariamente en municipios con población superior a 5000 habitantes.

3. Órgano necesario en municipios con población superior a 5000 habitantes.

4. Esta previsión, que fue incorporada al régimen especial de las ciudades de gran población, no superó con éxito el análisis constitucional, y este inciso fue declarado inconstitucional mediante la STC núm. 103/2013, de 25 de abril.

5. El artículo 51.4 del Anteproyecto solo permitía al Pleno la delegación de algunas de sus competencias a favor de sus Comisiones.

6. Los artículos 52.2 y 54.2 del Anteproyecto permitían, respectivamente, que el alcalde o alcaldesa delegase o desconcentrase algunas de sus competencias en el Consejo de Gobierno municipal, en sus miembros y en el resto de concejales, así como que este último órgano ejecutivo municipal de carácter colegiado lo hiciera en sus miembros, el resto de concejales y en los directivos públicos locales a los que se refirió posteriormente el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público.

- En los municipios que dispongan de Consejo de Gobierno, redistribución de las competencias locales en tres niveles: Pleno, Consejo de Gobierno y alcalde⁷.
- El mantenimiento del criterio de no condicionar la potestad municipal de autoorganización con el detalle de otros órganos municipales complementarios, ni con el establecimiento de modelos orgánicos específicos de participación ciudadana, apartándose así del modelo iniciado con la Ley de Modernización.

Pues bien, aunque todos sabemos la suerte que corrió este Anteproyecto y cuál fue el modelo posteriormente adoptado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que no se ocupó en absoluto del funcionamiento y que, en materia de organización, tan solo se preocupó de limitar el poder de autoorganización de los municipios y de adelgazar el sector instrumental local, en mi opinión resulta procedente recordar ahora aquella máxima en la que se apoyaba y fundamentaba aquel fallido Anteproyecto, y elevarla a la condición de auténtico axioma: “[...] que quien gane las elecciones pueda gobernar y quien las pierda pueda controlar al que ha ganado”, y ello por considerar que esta es la regla que debe presidir la interpretación de nuestro derecho local en materia de funcionamiento ante la nueva realidad, y que debe constituir la dinámica entre Gobierno y Oposición, cualesquiera que sean las características en cada momento del uno y de la otra.

Por ello, no me dedicaré a realizar un análisis sociopolítico sobre cuál es la base de la democracia, preguntándome, por ejemplo, si en nuestro sistema de democracia representativa, en el que la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce mediante los representantes libremente elegidos, se respeta la voluntad popular cuando la suma de las minorías elegidas actúa como una mayoría representativa, o cuando una minoría se convierte de facto en poder bisagra de las mayorías, asumiendo una fuerza política no proporcional a la confianza depositada en esta formación por los votos populares, pues este punto de partida nos puede hacer desviar la atención a aspectos que no son de nuestra incumbencia profesional.

Sí partiremos, en cambio, de un hecho constatable, cual es que en la conciliación del pluralismo político y el principio representativo con la eficiencia en la gestión, nuestro legislador se ha decantado siempre por soluciones que

7. Si lo comparamos con el sistema vigente, vemos que se operaba una auténtica transferencia de competencias ejecutivas y de gestión típicas del alcalde o alcaldesa a este órgano, en particular por lo que se refiere al ámbito del urbanismo, la hacienda, la gestión patrimonial y la contratación, la gestión del personal, etc.

apuesten claramente por la gobernabilidad, incluso por la gobernabilidad en minoría, por una parte cuando, en el caso de que en la votación del alcalde no se obtenga la mayoría absoluta de los votos del plenario en una primera votación, resulta automáticamente elegido alcalde el candidato más votado y, por otra, cuando todas las modificaciones que se han ido operando en la legislación básica de régimen local durante todos estos años, han apostado por un reforzamiento de la figura presidencial y se han decantado por soluciones que permitan esta gobernabilidad mediante los mecanismos siguientes:

- Mediante una atribución de mayores competencias a los alcaldes, que ha dado lugar a que tradicionalmente se haya afirmado por la Doctrina y por la Jurisprudencia⁸ que la conformación orgánica de los municipios descansa en un modelo de Gobierno de corte presidencialista⁹.
- Mediante una reducción considerable y paulatina de los asuntos que requieren quórum reforzados de votación, como sucede actualmente y entre otros importantes asuntos con la moción de censura del alcalde, que si bien exige mayoría absoluta para su presentación, no la exige, en cambio, para su votación¹⁰.
- Mediante el establecimiento de mecanismos de desbloqueo de las decisiones más importantes, como la regulación de la cuestión de confianza del alcalde por el artículo 127 bis de la LOREG, vinculada a la aprobación de los presupuestos anuales, el Reglamento Orgánico, las Ordenanzas fiscales o la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento general en el ámbito municipal.
- Incluso, realizando un apoderamiento¹¹ a la Junta de Gobierno para adoptar, aunque con carácter excepcional y dando posteriormente cuenta al Pleno, determinadas decisiones sobre aspectos de competencia plenaria que en una primera votación no alcancen las mayorías necesarias para prosperar.

8. STS de 21 de mayo de 1998 (Ar. 1372).

9. Esta afirmación se hizo más patente a partir de la Ley 11/1999, de 21 de abril, por la que se modificó la redacción original de la LBRL, ampliando de una manera importante las competencias del alcalde o alcaldesa, aunque esta circunstancia, en mi opinión, no puede llevarnos a pensar que nos encontramos ante un sistema presidencialista puro, pues como podemos comprobar al analizar las competencias del Pleno y compararlas con las del alcalde, veremos que lo que ha hecho el legislador es atribuir al alcalde aquellas competencias que suponen la ejecución de políticas globales previamente definidas por el Pleno mediante instrumentos de planificación económica, urbanística o de cualquier otro sector de actividad, o mediante instrumentos de carácter normativo, en los que se delimita la política del municipio a corto y medio plazo.

10. Véase el acuerdo de la Junta Electoral Central de 20 de marzo de 2014.

11. Este apoderamiento se realizó por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que dio nueva redacción a la disposición adicional 16.^a de la LBRL.

De lo anteriormente expuesto se desprende una clara consecuencia: nuestro sistema descansa en lo que podríamos denominar “principio de gobernabilidad”, y este debe ser el criterio interpretativo del que debemos partir a la hora de interpretar la ley respecto del papel atribuido al Gobierno y a la Oposición. En otras palabras, Gobierno y Oposición tienen papeles distintos.

Y es que, si nos detenemos en la forma de elección del alcalde, vemos que en nuestro sistema el Gobierno municipal recae en quien tenga el apoyo de la mayoría de concejales, aunque no sea quien más votos populares o escaños haya obtenido en el proceso electoral, y solo en defecto de mayoría de votos de los concejales o representantes populares opera un segundo mecanismo de mayorías que, en este caso sí, hace primar la mayoría de votos populares, aunque estos procedimientos signifiquen la ausencia de mayoría absoluta en el plenario, aunque signifique que únicamente se trate de la primera minoría municipal o, incluso, aunque el alcalde elegido represente una candidatura claramente minoritaria respecto de las restantes.

Pues bien, incluso en este último caso el alcalde elegido asume las funciones del cargo en plenitud y solo puede ser cesado en virtud de una moción de censura constructiva que, de prosperar, implique la elección de un nuevo alcalde y, en consecuencia, de una nueva correlación de fuerzas, pero, entre tanto, quien desempeña este cargo lo hace en plenitud de atribuciones, de manera que estas no puedan ser mediatizadas mediante estrategias que supongan la perversión del sistema, como sucedería, por ejemplo, con la adopción de acuerdos plenarios que mediatizasen el ejercicio por el alcalde de sus propias competencias.

En otras palabras, cualquier política que tenga por objeto derribar el Gobierno municipal por otra vía que la moción de censura supondría, en mi opinión, una especie de fraude de la ley y de los principios constitucionales, pues no resulta plausible que, teniendo la Oposición la capacidad de derribar un gobierno, ni lo derribe ni lo deje gobernar, y este será nuestro punto de partida para analizar las debilidades de los Gobiernos minoritarios y fragmentados y las herramientas de que disponen los alcaldes para gobernar en minoría.

2

Debilidades de los Gobiernos minoritarios y fragmentados: el gobierno de la Oposición como perversión del sistema

Una vez señalado esto, a modo de introducción necesaria, no creo que nadie pueda poner en duda que, aun así, un ayuntamiento con el poder muy fragmentado y el Gobierno en minoría sufre importantes debilidades para impul-

sar sus propias políticas y para implementar sus programas electorales, que se manifiestan, fundamentalmente, en un doble ámbito:

2.1

Debilidades en el ámbito de la organización

En el ámbito de la organización, las características de este tipo de Gobiernos municipales provocan especiales efectos que tienen una incidencia determinante en relación con la conformación de la organización del Cartapacio municipal, y que condicionan claramente la adopción del modelo de organización, en particular por lo que se refiere a los siguientes aspectos:

- a. La creación y estructuración de las Comisiones Informativas de carácter permanente, pues, ante el elevado número de grupos políticos existentes en algunos municipios, se debe acudir a la solución, específicamente aceptada por la legislación catalana de régimen local, de establecer el mismo número de miembros para todos y utilizar el sistema de voto ponderado, a fin de no reproducir la composición del plenario.
- b. La reticencia a establecer un régimen de delegaciones interorgánicas de las competencias del Pleno en la Junta de Gobierno para conseguir una mayor agilidad en la gestión.
- c. Los difíciles y necesarios consensos para establecer, tanto el régimen de dedicación, retribuciones y asistencias de los miembros de la Corporación, como el número y las características esenciales del personal eventual.
- d. Las habituales confrontaciones para:
 - La conformación de los órganos de gobierno de los entes instrumentales municipales.
 - La determinación de los representantes municipales en otros entes y Administraciones, aunque el alcalde, como representante legal del Ayuntamiento, ostenta esta competencia.
 - Incluso, en ocasiones, el establecimiento del régimen de sesiones.

2.2

Debilidades en el ámbito del funcionamiento

En el ámbito del funcionamiento, por su parte, estas debilidades producen en ocasiones distorsiones que se manifiestan, entre otros importantes aspectos, en los siguientes:

- a. En la dificultad, cuando no imposibilidad, de alcanzar los quórum especiales exigidos por las leyes para la adopción de determinados acuerdos. Según el artículo 47 de la LBRL¹², requieren para su aprobación un quórum especial de mayoría absoluta los siguientes asuntos:
- Creación y supresión de municipios y alteración de términos municipales.
 - Creación, modificación y supresión de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio a las que se refiere el artículo 45 de la LBRL.
 - Aprobación de la delimitación del término municipal.
 - Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio.
 - Adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo.
 - Aprobación y modificación del Reglamento Orgánico propio de la corporación.
 - Creación, modificación o disolución de mancomunidades u otras organizaciones asociativas, así como adhesión a las mismas y aprobación y modificación de sus estatutos.
 - Transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones Públicas, así como aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras Administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente.
 - Cesión por cualquier título del aprovechamiento de los bienes comunales.
 - Concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto.
 - Municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente.
 - Aprobaciones de operaciones financieras o de crédito y concesiones de quitas o esperas, cuando su importe supere el diez por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto, así como las operaciones de crédito previstas en el artículo 177.5 del TRLHL.
 - Los acuerdos que corresponda adoptar a la corporación en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística.

12. En Cataluña este extremo está regulado por el artículo 114 del TRLMC, que se tiene que entender modificado por la reforma operada en la legislación estatal básica por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

- Enajenación de bienes cuando su cuantía exceda del veinte por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto.
- Alteración de la calificación jurídica de los bienes demaniales o comunales.
- Cesión gratuita de bienes a otras Administraciones o instituciones públicas.
- Los restantes determinados por la ley.

En estos supuestos, la exigencia de este quórum especial lleva aparejada también la consecuencia de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179.1.b) del TRLMC, el asunto requiera, con carácter preceptivo, el informe previo del secretario o secretaria de la Corporación y, en su caso, del interventor o interventora.

- b. En la a veces mal interpretada capacidad de la Oposición, no solo para controlar al Gobierno municipal, sino también para:
 - Imponer resoluciones y políticas al Gobierno en minoría, mediante la presentación de propuestas de acuerdo al Pleno y la promoción de Plenos extraordinarios.
 - Como consecuencia de ello, la capacidad de la Oposición de tomar la iniciativa para tramitar y aprobar instrumentos muy importantes de gobierno municipal, como el Presupuesto, las Ordenanzas fiscales, la decisión de las formas de gestión de los servicios públicos, operaciones financieras, etc., contra la voluntad del Gobierno.
 - Presentar mociones de carácter resolutivo al Pleno en la parte de control que, en ocasiones, van mucho más allá de la función de control.
 - Solicitar informes de forma colegiada al secretario y al interventor, cuando los concejales peticionarios supongan una cuarta parte de los miembros de la Corporación.
 - Acceder a la documentación e información municipal, como premisa previa y necesaria para el ejercicio del cargo.

Estas debilidades, sin embargo, no pueden ni deben provocar nunca, en mi opinión, un intercambio de facto de los papeles que el legislador ha atribuido al Gobierno y a la Oposición y, en consecuencia:

- a. Ni pueden dar lugar al gobierno de la Oposición en la sombra, porque, como hemos señalado al inicio de este estudio, ello supondría una perversión del sistema.
- b. Ni pueden desvirtuar las competencias propias que el legislador ha depositado en manos del alcalde, precisamente para garantizar la gobernabilidad.

3

Algunas de las herramientas de los alcaldes para gobernar en minoría

Para contrarrestar estas debilidades y las tentaciones de generar un gobierno de facto de la Oposición, seguramente el instrumento más importante lo constituya la preexistencia de un ROM actualizado, que contemple las reglas esenciales de la organización y el funcionamiento municipal, porque sin perjuicio de su posible y permanente actualización, marcará de inicio reglas objetivas e imperativas de obligado cumplimiento en la organización, el funcionamiento y, en general, el Gobierno municipal.

Y es que las reglas del juego deben fijarse antes de iniciar la partida, o lo que es lo mismo, y hablando en sentido figurado, las reglas del juego, en este caso las normas de funcionamiento, deben aprobarse en tiempos de paz para regir los tiempos de guerra.

En consecuencia, la primera herramienta a utilizar es sin ninguna duda el ejercicio del mayor exponente reconocido por nuestro legislador en materia de autonomía local, que no es otro que la potestad de autoorganización, dando la importancia que merece al Reglamento Orgánico Municipal, en particular teniendo en cuenta los dos factores siguientes:

- a. Su posición ordinal preferente en materia de organización respecto del ROF, declarada de forma reiterada por la Jurisprudencia¹³, que en relación con esta cuestión ha manifestado lo siguiente: “[...] erró la Sala de instancia para anular los preceptos municipales reseñados en base al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, cuando esta Norma, según declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia número 214/1989, tiene un carácter supletorio o subsidiario de los Reglamentos Orgánicos aprobados por las Corporaciones locales”.
- b. La consideración del ROM por la Jurisprudencia como instrumento idóneo para regular la organización complementaria, el funcionamiento, el estatuto del concejal, los grupos políticos municipales y la participación ciudadana.

Además, y como complemento, entendemos que el alcalde de un gobierno en minoría tiene otras herramientas para alcanzar la gobernabilidad, entre las que tienen una considerable importancia las que a continuación se relacionan:

13. Véase, entre otras, la STS de 17 de marzo de 2009 (Ar. RJ\2009\2494).

1. LA NEGOCIACIÓN Y EL CONSENSO COMO DINÁMICA DE GOBIERNO, a pesar de la escasa cultura de consenso de nuestro sistema, lo que exige de inicio una conducta del Gobierno de:
 - a. Respeto escrupuloso del derecho de participación política de la Oposición y, por tanto, de su labor de control, sin perjuicio del paralelo respeto que debe tener la Oposición por la labor del Gobierno.
 - b. Facilitar la existencia auténtica de paredes de cristal, que permitan y faciliten de verdad el acceso de la Oposición a la información y documentación municipal, como requisito ineludiblemente indispensable para que la Oposición pueda desarrollar su verdadera función de control.
2. EL AMPLIO MARCO COMPETENCIAL QUE NUESTRA LEGISLACIÓN HA CONFIADO A LOS ALCALDES, haciéndoles receptores de un amplio abanico de competencias propias y de las llamadas competencias residuales, es decir, las que el legislador atribuye al municipio sin asignarlas a un órgano en concreto.
3. LA POSIBILIDAD DE DISPOSICIÓN ABSOLUTA DE INFORMES DEL SECRETARIO Y DEL INTERVENTOR –a los que los demás concejales tan solo pueden acceder mediante una solicitud colegiada– y, en general, de todos los profesionales municipales, en su condición de jefe máximo de personal y de director de todos los servicios municipales.
4. EL APROVECHAMIENTO DE LOS EFECTOS FAVORABLES DERIVADOS DE LA DISTINCIÓN ENTRE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y ÓRGANOS DE GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN, pues mientras en los primeros el derecho de participación política de la Oposición exige su presencia proporcional, tal como sucede en las Comisiones o los máximos órganos de gobierno de los entes instrumentales –Junta General de las sociedades mercantiles, Asambleas o Plenarios de organismos autónomos, etc.–, en los segundos, es decir, en los Consejos de Administración de las sociedades o en las Comisiones Ejecutivas de otros entes instrumentales, como solo constituyen órganos de gestión y administración, no resulta obligada su presencia.
5. LA POSIBILIDAD DE PLANTEAR UNA CUESTIÓN DE CONFIANZA Y DE ACUDIR A LAS ATRIBUCIONES EXCEPCIONALES DE LA JUNTA DE GOBIERNO.
La cuestión de confianza, que fue incluida en la LOREG, junto con una nueva regulación de la moción de censura, por la Ley Orgánica

8/1999, de 21 de abril, surge, según su Exposición de Motivos, por la necesidad de arbitrar mecanismos que permitan superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de toma de decisiones en estas materias, ante la gran trascendencia que las mismas tienen para el desarrollo del gobierno municipal, a pesar de las importantes críticas de parte de la doctrina de la época, que consideró que de este modo se introducían importantes restricciones al principio democrático.

La cuestión de confianza se constituye así como una prerrogativa del alcalde, que es el único que puede plantearla mediante su incorporación expresa en el correspondiente punto del orden del día de una sesión plenaria, siempre que los Presupuestos, el ROM, las Ordenanzas fiscales o la aprobación final de los instrumentos de planeamiento urbanístico general hayan sido previamente sometidos a la consideración del Pleno, sin que hubiesen obtenido la mayoría necesaria para su aprobación, lo que significa un reforzamiento de su posición, pero también constituye un instrumento de fiscalización y control del Pleno respecto del resto de órganos del Gobierno municipal.

Según la LOREG, una vez incluida la cuestión de confianza en el orden del día de una sesión plenaria, esta será sometida, forzosamente, a la deliberación del Pleno y a su votación, mediante el sistema de votación nominal, requiriendo para que prospere el mismo quórum exigido por la ley para la aprobación del asunto al que esté vinculada.

De no prosperar la cuestión de confianza, el alcalde cesa automáticamente en su cargo, aunque permanece en funciones hasta la toma de posesión de su sucesor, pues, en este caso, se procede a un nuevo procedimiento de elección de alcalde mediante el sistema ordinario regulado por el artículo 196 de la LOREG, es decir, mediante una sesión plenaria que, sin embargo, goza de algunas peculiaridades, pues queda convocada automáticamente para las 12 horas del décimo día hábil siguiente al de la votación del acuerdo relativo a la cuestión de confianza, con los mismos efectos que se derivan de una renuncia ordinaria del alcalde a su cargo, pero con la salvedad de que, en los municipios con población superior a 250 habitantes, el alcalde queda excluido de la posibilidad de elección, al perder, a estos efectos, la condición de cabeza de lista, pasando a ocupar su lugar el segundo de la misma.

En los municipios de población comprendida entre 100 y 250 habitantes, el alcalde cesante tampoco podrá ser candidato a la alcal-

día, ni proclamado alcalde, en defecto de un candidato que obtenga el voto de la mayoría absoluta del número legal de concejales. En este caso, si ninguno de ellos obtiene dicha mayoría, es proclamado alcalde el concejal que haya obtenido más votos populares en las elecciones, excluido el alcalde cesante.

Este sistema general no resulta aplicable, en cambio, cuando la cuestión de confianza se vincula a la aprobación del Presupuesto anual o a su modificación, pues, en este caso, si se rechaza la cuestión de confianza vinculada a este, se entiende automáticamente otorgada posteriormente y aprobado el proyecto de Presupuestos, si dentro del mes siguiente a su votación no se presenta una moción de censura con candidato alternativo a alcalde, o si, presentada esta, no prospera, sin que a estos efectos resulte aplicable la limitación establecida por la LOREG, en cuanto a la imposibilidad de suscribir más de una moción de censura durante el mandato.

Del mismo modo que sucede respecto de la moción de censura, la LOREG también prevé determinadas limitaciones en cuanto a la cuestión de confianza, al establecer que los alcaldes no puedan plantear más de una cuestión de confianza cada año, contado desde el inicio de su mandato, ni más de dos durante la duración total del mismo, y al impedir que se puedan plantear cuestiones de confianza durante el último año de mandato de la Corporación, ni tampoco desde que se haya presentado oficialmente una moción de censura, en tanto esta no haya sido votada.

El problema más importante que plantea la regulación de la cuestión de confianza es el de las limitaciones que el resultado de su votación lleva inherentes respecto a la libre manifestación de la voluntad de los concejales al emitir sus votos, en tanto que, por una parte, los concejales que voten a favor de la aprobación de un asunto al que se hubiese vinculado una cuestión de confianza, quedan impedidos para firmar una moción de censura contra el alcalde que la hubiera planteado durante un plazo de seis meses contado a partir de su votación y, por otra parte, estos concejales tampoco podrán votar en contra del asunto al que se hubiese vinculado una cuestión de confianza durante el mismo plazo, siempre que sea sometido a votación en los mismos términos que en la primera ocasión, hasta el punto de que, de emitir efectivamente este voto contrario, este será considerado nulo de pleno derecho por imperativo expresamente establecido por la LOREG.

Se trata, en consecuencia, de una importante prerrogativa del alcalde, aunque, respecto del Presupuesto municipal, podemos prever su

segura inutilidad, si tenemos en cuenta que la nueva redacción dada a la Disposición Adicional 16.^a de la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, apoderó a la Junta de Gobierno para adoptar, aunque con carácter excepcional y dando posteriormente cuenta al Pleno, determinadas decisiones sobre aspectos de competencia plenaria que en una primera votación no alcanzaran las mayorías necesarias para prosperar, refiriéndose en concreto a las materias siguientes:

- a. El Presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, cuando exista uno prorrogado.
- b. Los planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste previstos por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- c. Los planes de saneamiento o de reducción de deudas.
- d. La entrada de la entidad local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y, en particular, las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio.

En cualquier caso, nunca debe olvidarse que, sin perjuicio de la posibilidad de que la Oposición presente enmiendas al Presupuesto, su formación es una competencia exclusiva del alcalde.

6. LA TITULARIDAD DEL VOTO DE CALIDAD, que en el caso de mayorías muy justas, puede desbloquear determinados acuerdos con empates persistentes.
7. LA POTESTAD DE CONVOCATORIA, DE DEFINICIÓN DEL ORDEN DEL DÍA DEL PLENO Y DE DIRECCIÓN DE LA SESIÓN PLENARIA, FRENTE A LA ACCIÓN COLEGIADA DE LA OPOSICIÓN PARA PLANTEAR PLENOS EXTRAORDINARIOS, PROPUESTAS DE ACUERDO, MOCIONES, RUEGOS Y PREGUNTAS.

Respecto del tema que analizamos, es seguramente la potestad de la Oposición de plantear Plenos extraordinarios, propuestas de acuerdo, mociones, ruegos y preguntas, la que produce, si no es bien interpretada, mayores riesgos de distorsionar el verdadero papel de control que nuestro Ordenamiento atribuye a la Oposición, provocando con ello la posible perversión del sistema que venimos comentando, y generando en ocasiones, indirectamente, un intercambio de fun-

ciones no querido por el legislador, por lo que analizaremos pormenorizadamente a continuación cada una de estas iniciativas.

a. Convocatoria de sesiones plenarias a instancia de la Oposición

Estas sesiones extraordinarias, como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁴, constituyen una manifestación de un principio consustancial al pluralismo democrático, como es el de la participación de los grupos minoritarios en el funcionamiento de las instituciones representativas.

Ahora bien, en tanto estas sesiones no se celebran de acuerdo con un calendario previamente establecido, sujeto a una periodicidad predeterminada, sino que obedecen a la necesidad de tratar asuntos determinados a propuesta de la Oposición, debemos tener claro, de salida, que estamos ante sesiones plenarias de naturaleza extraordinaria –de ahí la necesidad de que su convocatoria deba ser motivada– y en las que, a diferencia de lo que ocurre en las sesiones ordinarias, no se pueden adoptar acuerdos sobre temas no incluidos en su orden del día, por imposición expresa del artículo 48.2 del TRLHL que, después de establecer la necesidad de que las convocatorias de estas sesiones expresen los puntos a los que deben circunscribirse las deliberaciones y los acuerdos a adoptar, establece que, fuera de estos, no se podrán tratar otros asuntos. En el mismo sentido se expresa el artículo 103.4 del TRLMC.

La razón de esta previsión descansa, según ha señalado el Tribunal Supremo¹⁵, en la especial naturaleza de estas sesiones, que deben circunscribirse a los temas expresamente incluidos en su convocatoria, sin que puedan ser objeto de ampliación, ni siquiera mediante declaración de urgencia, por lo que, aunque el artículo 51 del TRRL, que es el único que determina la nulidad de los acuerdos que se adopten contraviniendo esta previsión, no tiene carácter básico, lo cierto es que, aun prescindiendo de su aplicación, se llega a idéntica solución, resultando nulos los acuerdos que se adopten en una sesión extraordinaria del Pleno cuando no figuren incluidos previamente en el orden del día.

Tampoco debe figurar en el orden del día de estas sesiones la parte de control, para el debate o formulación de las mociones, los ruegos y las preguntas por parte de los grupos políticos municipales a que se refiere el artículo 46.2. i) de la LBRL, pues este precepto las circunscribe únicamente a las sesiones ordinarias; ni tampoco la aprobación del borrador del acta de la sesión anterior, por los motivos ya expuestos en el apartado anterior.

Se trata de sesiones extraordinarias que deben ser convocadas por el alcalde o alcaldesa a solicitud de una cuarta parte, como mínimo, del número

14. SSTs de 10 de diciembre de 1999 (Ar. 8829) y de 9 de octubre de 1997 (Ar. 8320).

15. La STS de 12 de febrero de 1990 (Ar. 1140) señala que las dudas que pueda ofrecer la identidad de los firmantes no pueden servir de base para denegar la convocatoria de la sesión.

legal de miembros de la Corporación, como manifestación de su derecho de participación política. En este caso, los concejales y concejalas proponentes deben solicitar por escrito, debidamente firmado por todos ellos, la convocatoria de la sesión, razonando y motivando¹⁶ la necesidad de su celebración, los puntos a incluir en el Orden del Día¹⁷ y el texto de las propuestas de los acuerdos que se pretendan adoptar¹⁸, con la limitación de que ningún concejal podrá suscribir más de tres solicitudes de esta naturaleza al año.

A estos efectos, entendemos que no serán computables las solicitudes de sesiones plenarias que, por las razones que sean, no lleguen a ser convocadas y/o celebradas.

En las sesiones plenarias de carácter extraordinario convocadas a iniciativa de los concejales y concejalas, como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁹, cuando el alcalde o alcaldesa efectúa su convocatoria, ejerce una competencia estrictamente reglada, que no admite valoraciones como las que en esta sentencia se planteaban por la Alcaldía²⁰, consistentes en la banalidad de la

16. La ausencia de esta motivación, a juicio del Tribunal Supremo manifestado en su sentencia de 29 de abril de 1992 (Ar. 4092), es un defecto subsanable que no puede tampoco servir de base para denegar la convocatoria del Pleno.

17. La acotación del alcance y contenido de los temas a tratar, a pesar de que es recomendable, no siempre será determinante del alcance de la sesión que al efecto se convoque, como se deduce de la STS de 30 de noviembre de 2000 (Ar. 10367), que ha admitido fórmulas genéricas como “el debate y la resolución que proceda sobre delegaciones de competencias efectuadas por el Pleno Municipal en la Comisión de Gobierno”. En este supuesto el Tribunal entiende no ajustada a derecho la negativa de un alcalde de someter a votación las delegaciones de competencias efectuadas por el Pleno en la Comisión de Gobierno, basándose en que los solicitantes de la celebración de la sesión circunscribieron su petición respecto a este concreto punto del Orden del Día a que se les suministrara información sobre tales competencias, sin incluir una propuesta pertinente a lo que sobre esta materia debía resolver el Pleno, por entender que “pedir al Pleno una resolución sobre las controvertidas delegaciones de competencia, equivale a proponer que se pronuncie sobre la continuidad o no de dichas delegaciones”.

18. Esta precisión no se recoge expresamente en la Ley, pero entendemos que si la documentación de las sesiones plenarias debe estar en la Secretaría de la Corporación a partir de su convocatoria, para que todos los miembros de la Corporación tengan acceso a la misma, resulta necesario que se aporten los textos concretos de las propuestas. También es necesario desde otro punto de vista, para analizar si se trata de competencias del Pleno, si requieren algún informe que sea preceptivo, si tienen repercusión económica, a efectos de su previa fiscalización por la Intervención, etc.

19. STS de 10 de diciembre de 1999 (Ar. 8829).

20. Las SSTS de 5 de noviembre de 1999 y 9 de diciembre de 2000 (Ar. 2011 y 10685) admiten, en cambio, en un caso, la demora de la convocatoria del Pleno extraordinario solicitado por los concejales y concejalas para acordar solicitar a otras Administraciones unas ayudas, en forma de aval, para una actividad comercial que se realizaba en el municipio, hasta tanto el alcalde o alcaldesa obtuviera resultado de algunas gestiones que se estaban llevando a cabo con los titulares de la actividad sobre las posibles soluciones y, en el otro caso, la denegación de la convocatoria de la sesión plenaria solicitada para ratificar unos despidos de personal laboral, por estar pendientes de resolución del recurso de súplica interpuesto contra la sentencia del Juzgado social.

propuesta o en el hecho de haber sido ya debatida, aunque, en mi opinión, esto no supone que quede enervada la competencia del alcalde para determinar los puntos que deban integrar el Orden del Día, sino solo que esta posibilidad se somete a autorización, pues la incorporación de otros puntos nuevos, distintos de los propuestos por los solicitantes, requiere la autorización expresa de la convocatoria por parte de estos²¹.

Respecto de esta cuestión, hasta la reforma operada en el artículo 46 de la LBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril, se entendía que el ROM podía contemplar la previsión de que el alcalde o alcaldesa quedara facultado para excluir del Orden del Día, de forma motivada, alguno de los puntos propuestos por los concejales y concejalas peticionarios, cuando esto se basara, única y exclusivamente, en la falta de competencia del Ayuntamiento o del Pleno para la adopción de los acuerdos relativos a los asuntos propuestos. Así parecía deducirse de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo²², en particular en un pronunciamiento en el que analizó la denegación por un alcalde de la convocatoria de un pleno de esta naturaleza, entre otros motivos, por el hecho de que alguno de los asuntos propuestos no era de competencia plenaria. De esta sentencia se podía extraer lo siguiente:

- a. Por una parte, el Tribunal recordó la doctrina fijada en alguna de sus sentencias anteriores²³, y señaló abiertamente que no toda solicitud de esta naturaleza debe ser obligatoriamente estimada, especialmente cuando se polarice, como era el caso, en demandas de informes de carácter genérico.
- b. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en lugar de rechazar frontalmente tal posibilidad, se preocupa de justificar de alguna manera la existencia de competencias plenarias en el caso concreto que estaba enjuiciando, al señalar: “[...] sin negar que el contratar y despedir al personal laboral de la Corporación, así como el nombrar y cesar al personal interino y eventual, figuren entre las atribuciones específicamente atribuidas a los Alcaldes [...], también lo es que el Pleno no está privado de ciertas facultades de control sobre estas materias, bien sea determinando el número y características del personal eventual, bien aprobando las bases para la selección de personal, bien ratificando el despido del personal laboral [...]. Y, lo que es más importante, como órganos de gobierno

21. En este sentido debe entenderse modificado el artículo 78.2 del ROF. Véase STS de 5 de abril de 2000 (Ar. 4016).

22. STS de 5 de abril de 2000 (Ar. 4016).

23. SSTs de 8 de julio de 1986 (Ar. 4227) y 5 de octubre de 1987 (Ar. 6701).

municipal tienen igualmente encomendada la gestión de los intereses propios de las correspondientes colectividades [...], así como el servir con objetividad los intereses públicos [...]. En consecuencia no es posible considerar como tema ajeno a la competencia del Pleno del Ayuntamiento la convocatoria de una sesión para discutir el posible abuso que pueda efectuar uno de los órganos municipales de las facultades concretas que tiene conferidas, cuando la solicitud de convocatoria expresa de manera inequívoca que con dicha convocatoria se persigue plantear la contratación de personal sin respetar las prescripciones legales, [...]”.

En cambio, en otro de sus pronunciamientos, el Tribunal Supremo es más rotundo y entiende que: “[...] no cabe admitir ni apreciar ninguna facultad o competencia del Alcalde para demorarlo –el Pleno– ni menos para no convocarlo [...]”.

En la actualidad, esta última interpretación parece ser la postura dominante. Sin embargo, y aunque la primera interpretación no está exenta de importantes dudas, en particular teniendo en cuenta que en las sentencias que la sustentaban se analizaban unos supuestos que se habían producido con anterioridad a la modificación de la LBRL, la verdad es que me resisto a creer que no pueda denegarse la convocatoria de una sesión plenaria para debatir asuntos respecto de los cuales el Pleno sea manifiestamente incompetente de modo patente y notorio, por tratarse de asuntos de la competencia de otros órganos y no referirse a la fiscalización y control del Pleno sobre los actos dictados por aquellos otros órganos²⁴, sino a la suplantación de estos. Imaginemos, por ejemplo, que la convocatoria del Pleno se solicita para modificar el régimen de delegaciones de competencias previamente conferidas por el alcalde o alcaldesa. Ello sin perjuicio de entender que las propuestas de fiscalización y control tienen en nuestro sistema legal actual un canal específico, como es la parte de control de las sesiones plenarias de carácter ordinario.

Por el contrario, resulta evidente que este derecho de ejercicio colegiado de los concejales y concejalas para instar la convocatoria de sesiones de carácter extraordinario no podrá quedar enervado, en ningún caso, por la incorporación de los asuntos que estos hayan propuesto en el Orden del Día de una sesión ordinaria o de una extraordinaria, salvo que el alcalde o alcaldesa quede expresamente autorizado para ello por los solicitantes de la convocatoria.

24. Según la STS de 27 de mayo de 1999 (Ar. 3670), cuando el objeto de la sesión es fiscalizar la actuación de otro órgano corporativo, por ejemplo la de un concejal delegado, procede su celebración, con independencia de cómo sea la materia sobre la que verse tal delegación.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la convocatoria de las sesiones del Pleno propuestas por una cuarta parte de los concejales y concejalas, el artículo 48 del TRRL, con carácter de norma básica, impone al alcalde o alcaldesa la obligación de convocar la sesión correspondiente dentro de los cuatro días siguientes, no pudiendo demorar su celebración por más de quince días, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LBRL, según la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 11/1999, de 21 de abril.

Lo cierto, sin embargo, es que en relación con esta cuestión, y a partir de la modificación operada en la LBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril, se plantearon algunas dudas respecto de la vigencia del plazo máximo legal de cuatro días que para efectuar la convocatoria de la sesión establece el TRRL, ya que, con la redacción actual del artículo 46.2.a) de la LBRL, se podría entender que el plazo para convocarla y para celebrarla es de 15 días, pero lo cierto es que esta tesis tampoco puede sostenerse, pues este último precepto, más que identificar, confunde los términos “convocatoria” y “celebración”, pues es imposible convocar válidamente una sesión extraordinaria del Pleno el día que hace el número 15 a partir de que ha sido solicitada y a la vez celebrar la sesión correspondiente el mismo día, salvo en el supuesto de sesiones extraordinarias urgentes.

Es por ello que, teniendo en cuenta que el plazo de cuatro días fijado por el TRRL permitiría cumplir los plazos de convocatoria para que la sesión se celebrara, como máximo, a los 15 días de haber sido solicitada, y que, por tanto, no puede considerarse totalmente derogado, entendemos que a partir de aquella reforma este precepto ha podido perder su carácter básico, y han quedado habilitados tácitamente los reglamentos orgánicos para regular esta cuestión, dentro del marco legal contemplado en el artículo 46.2. a) de la LBRL y en el artículo 98.a) del TRLMC, que permitiría convocar el Pleno después de los cuatro días a que se refiere el TRRL, siempre que se efectúe esta convocatoria con dos días de antelación a su celebración, y que esta tenga lugar, como máximo, dentro de los 15 días siguientes a su solicitud.

Esta forma rogada de convocatoria de los Plenos a instancias de los concejales y concejalas ha sido una constante en nuestro derecho local de las últimas décadas, pero también ha sido una constante, como pone de manifiesto la gran litigiosidad que este tema ha planteado, el entorpecimiento del ejercicio de este derecho por parte de algunos alcaldes y alcaldesas que han negado su convocatoria, incluso cuando se producía la intervención del Estado²⁵.

25. La STS de 16 de mayo de 2000 (Ar. 4311) admitió la legitimación del Estado para, al amparo de lo dispuesto por el artículo 65 de la LBRL, interesar del alcalde o alcaldesa la convocatoria de un pleno extraordinario negado a los concejales y concejalas solicitantes, que representan la cuarta parte de la Corporación, por entender que tal negativa infringe la legislación estatal.

Esta situación fue, precisamente, la que motivó la modificación operada en la LBRL en 1999, mediante el establecimiento de un sistema de convocatoria automática o convocatoria *ope legis* de las sesiones plenarias instadas por los concejales y concejalas, por lo que cuando el presidente de la Corporación no convoque el Pleno extraordinario solicitado por estos para su celebración dentro de los quince días siguientes, quedará automáticamente convocado para las 12 horas del décimo día hábil siguiente al de la finalización de dicho plazo, circunstancia que, por evidentes razones de seguridad jurídica, deberá ser notificada por el secretario o secretaria de la Corporación a todos sus miembros el día siguiente a la finalización del plazo legalmente establecido para que el Pleno se hubiera celebrado originariamente.

En estos casos será indiferente que el alcalde o alcaldesa, o quien legalmente le sustituya, asista o no a la sesión, pues en estos supuestos, por imperativo legal, el Pleno queda válidamente constituido con la presencia mínima de un tercio del número legal de sus miembros, siempre que no sea inferior a tres, y la asistencia del secretario o secretaria²⁶ de la Corporación o de quien legalmente le sustituya, bajo la presidencia del miembro de la Corporación de mayor edad entre los presentes en el acto.

Estas nuevas previsiones legislativas, en mi opinión, no tienen la suficiente precisión, al no prever las consecuencias que puedan derivarse de las solicitudes que no cumplan los requisitos legalmente establecidos, o que propongan la celebración de sesiones plenarias respecto de asuntos que desborden la competencia municipal o la expresamente atribuida al Pleno, ya que entiendo que cuando el escrito de petición no cumpla los requisitos formales señalados por el legislador o el Pleno fuera incompetente para debatir la totalidad de los asuntos que configuraran el Orden del Día propuesto por los concejales y concejalas, debería caber la posibilidad de que el alcalde o alcaldesa, mediante resolución motivada notificada a los interesados, denegara tal petición, sin perjuicio de que esta decisión pueda ser recurrida por los interesados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²⁷, lo que, en

26. La presencia del secretario o secretaria o de quien legalmente le sustituya, es un requisito necesario para la validez de la sesión. En este sentido, además de la sentencia del Tribunal Supremo de 2001 que ya hemos recogido en estas notas, podemos citar en el mismo sentido la de 3 de febrero de 1999 (Ar. 1379).

27. A efectos de la interposición del recurso, no existe litisconsorcio activo necesario de los concejales y concejalas proponentes del Pleno. STS de 27 de mayo de 1999 (Ar. 3670). Por su parte, la STS de 16 de mayo de 2000 (Ar. 4311) admite la legitimación de la Administración del Estado para, al amparo de los artículos 65 de la LBRL y 78 del ROF, interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la denegación del alcalde o alcaldesa de la convocatoria de este tipo de sesiones plenarias, por suponer una infracción del Ordenamiento Jurídico.

mi opinión, debería neutralizar la convocatoria automática del Pleno extraordinario, por no darse los requisitos legalmente exigidos para que el mismo pueda ser válidamente celebrado.

En cambio, cuando, de los asuntos propuestos, solo alguno de ellos excediese de la competencia municipal o de la competencia del Pleno, el alcalde o alcaldesa debería quedar únicamente facultado para dictar resolución motivada, que deberá notificar a los solicitantes, denegando parcialmente su solicitud en lo referido, única y exclusivamente, a este extremo, pero manteniendo la obligación de convocar el Pleno correspondiente y la posibilidad de su eventual convocatoria automática por ministerio de la ley, respecto de los demás puntos del Orden del Día propuesto.

En este sentido, con el fin de solventar estos problemas, se podía haber adoptado una solución similar a la adoptada por el legislador con la presentación de la moción de censura, es decir, una previa intervención formal del secretario, para informar sobre su viabilidad legal desde el punto de vista competencial.

Otro problema que se suele plantear en relación con la convocatoria de sesiones plenarias a instancia de los concejales y concejalas, es el hecho de que, normalmente, el Orden del Día de estas sesiones estará configurado por asuntos que no han sido dictaminados previamente por la Comisión Informativa correspondiente, a pesar de que ello constituye un requisito necesario de validez, aunque nada impide que, aportadas las correspondientes proposiciones o propuestas de acuerdo, a instancias del alcalde o alcaldesa, se les dé el trámite correspondiente con carácter previo a la celebración del Pleno, por lo que se refiere tanto al dictamen de la Comisión Informativa como a la instrucción previa del correspondiente expediente que disponga de los informes y demás documentos legalmente preceptivos, ya que resulta evidente que en este caso cada uno de los puntos del Orden del Día, al no estar referidos a la parte de control, constituye una propuesta de resolución y, en consecuencia, debe cumplir los requisitos exigidos por la ley que comento en el apartado siguiente.

Sea como sea, lo que es aconsejable es que sea el ROM el instrumento normativo que, en desarrollo de las previsiones legales, aclare estos extremos, complementando las normas legales con una regulación que, con cierta osadía y sin contradecirlas, sea más precisa.

b. Posibilidad de presentación de propuestas de resolución para su debate y votación por el Pleno

Este derecho se encuentra reconocido tanto a los grupos municipales como a los concejales y concejalas, aunque en este caso de forma colegiada —un mínimo de tres—, salvo que no se hayan constituido grupos políticos mu-

nicipales, pues en este supuesto podrán presentarse por todos los concejales y concejalas individualmente considerados. En virtud de dicho derecho estos quedan habilitados para presentar al Pleno propuestas de resolución para debate y votación, que deben incluirse, necesariamente, en el Orden del Día cuando se hayan presentado antes de su convocatoria, quedando supeditadas, de lo contrario, a que el Pleno las considere de urgencia, mediante un previo acuerdo adoptado por mayoría absoluta del mismo.

Según dispone el artículo 106 del TRLMC, puede considerarse que una propuesta de resolución es una proposición formulada por escrito, a través del Registro General, por un mínimo de tres concejales y concejalas o por un Grupo Político Municipal, que tiene por objeto proponer al Pleno la adopción de uno o varios acuerdos en relación con un asunto determinado de competencia municipal, cuando por su naturaleza no tenga el carácter de acto de control ni, en consecuencia, deba formar parte de las mociones incluidas en la parte de control del Orden del Día.

Este derecho plantea, no obstante, la duda de si estas propuestas de resolución, al estar referidas a los asuntos de gestión, ya que están configuradas por el TRLMC como distintas de las mociones, requieren o no el previo dictamen de la Comisión Informativa correspondiente y, en su caso, si el ROM así lo puede determinar, posibilidad que, cuando no se planteen por el procedimiento de urgencia, creo que es perfectamente factible, pues no se pueden predicar diferencias en cuanto a la participación política de los miembros del Gobierno respecto de los de la Oposición, y del mismo modo que los grupos de la Oposición tienen derecho a conocer los asuntos antes del Pleno, mediante las Comisiones Informativas, el Gobierno municipal debe tener idéntico derecho.

En este caso, tanto si se presentan para su inclusión en un pleno ordinario, como si constituyen parte de los puntos de un pleno extraordinario convocado a instancia de la Oposición, resultan de aplicación, y entiendo que así lo puede determinar el ROM, las reglas esenciales que resultarían de aplicación si se tratara de un asunto incluido en el Orden del Día por el alcalde, en cuanto a los trámites y documentos públicos indispensables exigidos por el legislador.

En este sentido, cabría la aplicación de las previsiones contenidas en la legislación de procedimiento administrativo sobre enmienda de la solicitud, a fin de que el alcalde, con suspensión de los plazos legales, instara a los peticionarios a que complementaran su solicitud, con advertencia de que, de no atender este trámite, se les tendría por desistidos de su petición.

Por último, como ya he adelantado en el apartado anterior, es evidente que debe tratarse de propuestas de resolución de la parte de gestión del

Pleno, referidas a asuntos de su competencia, no de la competencia de otras Administraciones u órganos municipales, a menos que se limiten a censurar una actuación o a declarar un posicionamiento, aunque en este último caso estaríamos más ante mociones de la parte de control que ante auténticas propuestas de resolución. Estas exigencias competenciales también deben darse cuando se presenten al Pleno por urgencia, pues, como ha señalado la Jurisprudencia²⁸, aunque refiriéndose a las mociones: “[...] el que el Pleno haya declarado la urgencia de las mociones ello no impide el que se pueda y deba analizar si el contenido de las mismas es o no competencia del Pleno, o del Alcalde, pues si la competencia para las mismas está atribuida al Alcalde, no se podían ni se pueden en Pleno analizar tales mociones, aunque haya sido declaradas urgentes, pues la posibilidad de las mociones de urgencia a que se refiere el artículo 97 citado lo son solo y exclusivamente para aquellas cuestiones que sean de la competencia del Pleno y por tanto no se pueden utilizar para privar al Alcalde de sus competencias”.

c. Posibilidad de presentación de mociones, ruegos y preguntas en la parte de control

Los concejales y concejalas de la Oposición también tienen derecho a formular ruegos y preguntas y a presentar mociones en la parte dedicada a control de los plenos ordinarios.

A estos efectos, el artículo 98.e) del TRLMC establece la obligación de que esta parte tenga una sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutoria, y de que las reglas de funcionamiento de la entidad, establecidas o no en una norma orgánica, garanticen de forma efectiva la participación de todos los grupos municipales en la formulación de los ruegos, preguntas y mociones en las sesiones de carácter ordinario.

a) Ruegos y preguntas:

La formulación de ruegos y preguntas, no obstante, es un derecho que se lleva a cabo en todas las sesiones ordinarias del Pleno corporativo, que el artículo 105 del TRLMC reconoce, también, a los miembros de la Corporación individualmente considerados, y que constituye un sistema de control ordinario de la gestión corporativa, pero también un sistema de solicitud de información, en ambos casos, en ejercicio de su derecho de participación política.

Por **ruegos** debemos entender la formulación por parte de los concejales y concejalas, o de los grupos políticos municipales, de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal, ya se trate del alcalde o alcaldesa o de la Junta de Gobierno, o de los concejales y

28. STS de 17 de febrero de 2004 (Ar. RJ\2004\1524).

concejalas que ejerzan competencias por delegación de aquel. Respecto de los ruegos debemos tener en cuenta, en primer lugar que, en tanto que constituyen únicamente propuestas de actuación, ni quedan limitados a materias de la competencia del Pleno, lógicamente, ni dan lugar a la adopción de acuerdo alguno, de lo que se deduce que estos ruegos no deben generar debate ni, evidentemente, tienen carácter vinculante para el órgano al que van dirigidos.

Por lo que se refiere a las **preguntas**, entendiendo por tales las cuestiones planteadas por los concejales y concejalas o por un determinado grupo municipal a los distintos órganos de gobierno del Ayuntamiento en relación con su actividad, debemos señalar que estas se efectúan en el mismo punto del Orden del Día de las sesiones ordinarias que los ruegos, y tienen por objeto obtener determinada información en relación con la actividad municipal, por lo que tampoco deben generar debate, ni dar lugar a decisión ejecutiva alguna de carácter vinculante, y únicamente otorgan al concejal o concejala o al grupo promotor de la pregunta un derecho a ser contestado.

Tanto los ruegos como las preguntas pueden ser formulados verbalmente en la propia sesión o presentarse por escrito, con carácter previo a la misma, en los términos que al efecto establezca el propio ROM, pudiendo ser contestadas las preguntas en la propia sesión o posteriormente, mediante escrito dirigido personalmente al Grupo o concejal que las haya formulado, a menos que se hayan presentado por escrito con 24 horas de antelación a la celebración de la sesión, en cuyo caso deben ser contestadas en la misma sesión, excepto por razones justificadas que lo impidieran.

El problema nuclear que se ha venido planteando en relación con los ruegos y preguntas en la práctica, es el de la posibilidad de establecer, mediante el ROM, un número máximo de ruegos y preguntas a formular en cada sesión de carácter ordinario por los grupos políticos municipales o por los concejales y concejalas, posibilidad que, en mi opinión, es factible, siempre que se cumpla el principio de igualdad, dando un trato objetivo e igualitario a todos los grupos políticos municipales, y de hecho esta posibilidad ha sido expresamente admitida por la Jurisprudencia²⁹, pudiendo regular el ROM, también, su procedimiento de presentación y, en su caso, de contestación, y determinados parámetros sobre el tiempo de exposición de los ruegos o preguntas.

b) *Mociones:*

La moción, por el contrario, es una propuesta formulada, única y exclusivamente, por uno o varios grupos políticos municipales, mediante escrito ingresado en el Registro General, a efectos de su inclusión en la parte de

29. STSJ de las Islas Canarias de 30 de junio de 2006 (Ar. RJCA\2006\955).

control del Orden del Día de los plenos ordinarios, sin necesidad del previo dictamen de ninguna Comisión Informativa.

Como consecuencia de estas previsiones legales, los órdenes del día de los plenos ordinarios deben dividirse en dos partes. La primera, que la Ley denomina parte resolutive, entiendo que se identifica con los asuntos ordinarios de gestión del Ayuntamiento, mientras que la parte de control entiendo que está integrada, además de por los ruegos y preguntas que puedan plantear los miembros de la Corporación al finalizar la sesión, por las mociones, lo que nos plantea una primera cuestión –ya que el legislador no se ha molestado en definir las– que es si estas mociones de la parte de control tienen o no carácter resolutive.

En mi opinión, nada impide que estas mociones puedan tener carácter resolutive, y de hecho es lo más habitual, pero considero de fundamental importancia que al proponerlas se haga constar que se trata de mociones a incluir en esta parte de control del Orden del Día de la sesión, a fin de diferenciarlas de las propuestas de resolución que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 del TRLMC, se elevan al Pleno a instancia de los concejales y concejalas³⁰ respecto de asuntos que forman parte de la gestión ordinaria municipal y que, por tanto, deberían incorporarse, en mi opinión, en la primera parte o parte resolutive de la sesión.

En la práctica es habitual que en esta parte de control, por lo que se refiere a las mociones, los ayuntamientos incorporen todas aquellas que coloquialmente llamamos “mociones de carácter político”, es decir, que no obedecen tanto a la gestión ordinaria de los asuntos corporativos como al posicionamiento del Ayuntamiento en relación con problemáticas que, aunque tienen incidencia municipal, muchas veces exceden de las puras competencias municipales y se realizan, bien en ejercicio del derecho de petición a otras Administraciones, bien en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, también predicable en nuestro Ordenamiento Jurídico de las personas jurídico-públicas, o a efectos del control de la gestión del resto de órganos municipales.

En este caso, a diferencia de los ruegos y preguntas, las mociones sí constituyen auténticas propuestas de acuerdo que deben ser objeto de debate y votación y, en consecuencia, deben obedecer a la estructura propia de las propuestas, es decir, contener una parte expositiva en la que se motive su fundamento y una parte dispositiva en la que se concreten los acuerdos a adoptar.

Pero en este caso nos encontramos ante propuestas de adopción de acuerdos que se someten directamente a la consideración del Pleno, sin el previo

30. STS de 24 de junio de 1987 (Ar. 6530).

dictamen de las Comisiones Informativas correspondientes y, en opinión de algunos autores, sin necesidad de incluirlas nominativamente en el Orden del Día, lo que exigirá, para su votación y discusión, su previa declaración de urgencia.

Sin embargo, también entiendo que nada obsta para que el ROM regule un sistema específico de presentación de mociones por parte de los diferentes grupos políticos, con el objeto de que queden detalladas en el Orden del Día correspondiente, que podría tener en cuenta aspectos tales como que su contenido no implique ni forme parte de la gestión de los expedientes municipales, pues esto sería como hurtar su análisis, cuando sean competencia del Pleno, al conocimiento previo de la correspondiente Comisión Informativa, sino que deben tener por objeto el control, seguimiento y fiscalización de los órganos de gobierno.

Lo cierto, sin embargo, es que la escasa regulación de las mociones, que el legislador ni siquiera ha definido, ha generado una importante problemática en cuanto a la determinación de sus límites, en particular por lo que se refiere a los siguientes extremos:

- **Posibilidad de que las mociones se refieran a asuntos que excedan de la competencia municipal.**

En relación con esta cuestión debo decantarme por tal posibilidad, siempre que ello constituya un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente garantizada cuando, aun tratándose de cuestiones que excedan del ámbito de competencias municipales, incidan o traten temas vinculados con los intereses del municipio. Ahora bien, en este caso debemos tener en cuenta, lógicamente, que el acuerdo a adoptar únicamente podrá consistir en la toma de posición del municipio en relación con una determinada cuestión, bien porque constituya la expresión de su opinión en relación con esta, a fin de trasladarla a las Administraciones implicadas, o bien porque suponga la realización de una censura de las actuaciones realizadas por estas Administraciones, sin que pueda consistir nunca en la adopción de un acuerdo por el que el municipio adopte decisiones de fondo en cuestiones que sean competencia de órganos de otras Administraciones.

- **Posibilidad de que las mociones puedan referirse a asuntos que excedan de la competencia del Pleno.**

En relación con esta posibilidad también me decanto por entender que nada obsta para que, cuando estas mociones sean de control, se refieran a asuntos de la competencia de otros órganos, siempre que

su finalidad consista en un posicionamiento del Pleno en relación con la opinión que esta gestión merece a dicho órgano, pero nunca suplantando al órgano censurado en el ejercicio de sus atribuciones, posibilidad expresamente proscrita, como ya hemos visto, por el Tribunal Supremo, de lo que se deduce que si bien no existe inconveniente en que se presente una moción al Pleno en la que se acuerde la comparecencia de un concejal con competencias delegadas, en cambio, es inadmisibles que esta moción conlleve la aprobación de una decisión que debe ser tomada por otro órgano, como el alcalde o alcaldesa o, por delegación de este, los propios concejales y concejalas.

- **Posibilidad de presentar mociones en sentido contrario a acuerdos adoptados por el Pleno de la Corporación que puedan suponer revocaciones ilegales de estos.**

Esta cuestión, a pesar de las dudas que pueda suscitar, entendemos que debe ser resuelta en el sentido de que, cuando la moción implique la adopción de acuerdos idénticos a los ya adoptados, pero en sentido contrario, esta moción únicamente debería ser factible si propusiera al Pleno el acuerdo de iniciar el correspondiente expediente para revisar de oficio los citados actos.

- **Posibilidad de que en una misma sesión plenaria varios grupos presenten mociones sobre el mismo tema, lo que podría dar lugar, en la práctica, a la adopción de acuerdos contradictorios en relación con una misma cuestión.**

En este sentido, quizás la solución venga de la mano de la imaginación del ROM que, en relación con esta posibilidad, podría establecer que en estos casos únicamente se incluya en el Orden del Día la primera moción que haya tenido entrada en el Registro general del Ayuntamiento, presentándose al Pleno las restantes como enmiendas a la totalidad o mociones alternativas a la moción presentada en primer lugar, pues con ello se evitaría la eventualidad de los acuerdos contradictorios, en la medida en que se debatirían conjuntamente, votando en primer lugar las enmiendas o mociones alternativas y, en segundo lugar, la moción principal con la redacción resultante de las enmiendas aprobadas.

- **Posibilidad de que puedan establecerse normas por las que se limite el número de mociones a presentar por cada Grupo.**

Respecto de esta posibilidad entiendo que, siempre que se haga a través del ROM, nada debería impedirlo, ya que se trataría de una solución igualitaria para todos los grupos políticos municipales, in-

cluido el que tenga la responsabilidad del gobierno del municipio. De hecho ha sido expresamente admitido por la Jurisprudencia³¹.

– **Posibilidad de votaciones parciales de las mociones.**

En ocasiones también se ha planteado, no solo en relación con estas mociones, sino también respecto de los acuerdos plenarios en general, la posibilidad de votaciones parciales cuando dentro de su texto se enumeren distintos acuerdos a adoptar, lo que entiendo que, en virtud de la unicidad que constituye la moción como punto del Orden del Día, debería quedar proscrito y debería votarse íntegramente su texto, ya que siempre existe la posibilidad de que los distintos grupos municipales puedan presentar enmiendas de carácter parcial.

Precisamente como consecuencia de estos problemas, en el año 1997 tuvo ocasión de pronunciarse el defensor del pueblo de Cataluña, en relación con un municipio catalán, en el siguiente sentido:

[...]

Debemos recordar, en primer lugar, que el punto central de la queja se refiere a determinadas actuaciones del Ilustrísimo señor alcalde de la población, al incluir en el Orden del Día, como ruegos, determinadas cuestiones presentadas por un Grupo como mociones y proposiciones, aunque dando a entender que el señor alcalde no es competente para realizar tal función calificadora, al exponer en el escrito de queja que “[...] cuando la oposición ha querido presentar ruegos ya lo ha hecho, y no parece razonable que sea el alcalde o alcaldesa quien modifique el sentido de las iniciativas [...]”.

El derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23.2 de la CE) es, evidentemente, un derecho que no puede vulnerarse por ser, también, un derecho que debe ejercerse en el marco de un determinado ordenamiento jurídico –de unas determinadas “reglas de juego”–, concretado principalmente en el ROM y, supletoriamente, en el ROF.

Uno de los principios fundamentales de las citadas disposiciones, es el principio de competencia. En efecto, en la organización municipal existen diferentes órganos y cada uno de estos órganos tiene atribuidas determinadas competencias. Entre los principales órganos de gobierno de los ayuntamientos cabe destacar el Pleno municipal y el alcalde o alcaldesa, órganos evidentemente distintos, con competencias propias claramente diferenciadas.

31. STSJ de las Islas Canarias de 30 de junio de 2006 (Ar. RJCA\2006\955).

Esta diferenciación de competencias propias, implica que el plenario no pueda tomar acuerdos respecto a cuestiones que son competencia del alcalde o alcaldesa, al igual que el alcalde o alcaldesa no puede dictar resoluciones sobre asuntos competencia del Pleno.

A fin de prevenir y evitar, en el desarrollo de una sesión del plenario, una posible injerencia en el campo competencial de otro órgano del Gobierno municipal, resulta totalmente correcto que el alcalde o alcaldesa, como presidente del plenario, sea el responsable de calificar las distintas propuestas de los grupos municipales, prerrogativa que ha quedado plenamente confirmada en varias sentencias del Tribunal Supremo.

Podemos imaginar, por vía de ejemplo, una proposición o una moción de un determinado grupo municipal que implicara la toma de posición del plenario respecto a una cuestión de organización de la Policía Municipal, como sería el fijar la frecuencia de las patrullas y el determinar si estas patrullas deben realizarse en vehículo o a pie. La posible adopción de un acuerdo del plenario respecto a tal cuestión significaría, indudablemente, una clara inmisión en las competencias del alcalde o alcaldesa, a quien corresponde la jefatura de la Policía Local, y, por tanto, una decisión ilegítima. En consecuencia, resultaría plenamente correcto que el alcalde o alcaldesa, como presidente del plenario y con la condición de prevenir y evitar esta inmisión ilegítima, cambiara las calificaciones de las propuestas de moción o proposición, convirtiéndolas en ruegos.

Es precisamente mediante la formulación de ruegos como la Oposición, en el ejercicio de las funciones de control del Gobierno municipal que le son propias, podrá manifestar su desacuerdo con determinadas actuaciones o con determinadas inactividades, y, mediante la formulación de preguntas, podrá conocer en qué consistió la actuación cuestionada, o los motivos de la inactividad denunciada. Y este será un procedimiento que garantizará plenamente el ejercicio de su derecho a participar en los asuntos públicos municipales.

[...]

Y aunque es cierto que este informe se produjo en el año 1997 y, por tanto, con anterioridad a la reforma legal del artículo 46 de la LBRL, lo entiendo parcialmente vigente respecto de la aplicación del principio de competencia, en la medida en que aunque la Ley autorice a presentar mociones, estas mociones, cuando se refieran a competencias de otro órgano municipal, deberían limitarse a efectuar un posicionamiento del Pleno en relación con la opinión que merecen las mismas, nunca de modo que interfieran su ejercicio sustituyendo al órgano competente.

En cambio, resulta obligado hacer constar que respecto de este derecho la Jurisprudencia³² siempre se ha pronunciado a favor de los grupos, en unos casos negando toda posibilidad de que el alcalde ostente competencias para decidir su inclusión o no en el Orden del Día, al corresponder al Pleno decidir sobre su procedencia y, en otros, para negar al alcalde cualquier capacidad de convertir las mociones presentadas en ruegos cuando a su juicio excedan de las competencias plenarias.

A pesar de todo ello, resulta evidente que frente a estos derechos de los grupos políticos o, en su caso, de los concejales y concejalas individualmente considerados, la conjunción de las competencias de la Alcaldía de convocatoria, de definición del Orden del Día y de dirección de la sesión plenaria, con una buena regulación de esta cuestión, puede dar luz a tanta oscuridad, mediante una regulación valiente y algo osada, que aporte un mayor detalle a la forma de ejercer estos derechos por parte de la Oposición, a fin de que no suponga, de facto, un gobierno indirecto de la minoría.

Para finalizar, conviene también recordar que incluso el alcalde se beneficia más de los efectos de la inmediata ejecutividad y de la presunción de legalidad y legitimidad de sus actos, pues fuera de la crítica y el control político, el único instrumento de que dispone la Oposición es su impugnación jurisdiccional, lo que garantiza una decisión judicial futura que a veces se demora hasta más allá del plazo de duración del mandato.

32. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de enero de 2000 (Ar. RJCA\2000\722) y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de enero y 29 de abril de 2002 (Ar. RJCA\2002\476 y 776).

Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones

JULI PONCE SOLÉ

*Acreditado para el cuerpo docente de Catedráticos
de Universidad, profesor titular de Derecho
Administrativo, Universidad de Barcelona¹*

- 1. Introducción: contexto y precisiones conceptuales**
- 2. La delimitación del objeto del estudio: el rescate de concesiones en vigor de servicio público y la falsa indiferencia del derecho respecto de la decisión discrecional sobre el tipo de gestión**
 - 2.1. El concepto de concesión administrativa y el enfoque de este estudio
 - 2.2. El concepto de rescate
- 3. La regulación legal del rescate de las concesiones administrativas**
- 4. La naturaleza jurídica del rescate**
- 5. Los requisitos y límites del rescate y el control del ejercicio de la potestad administrativa: en especial, las obligaciones de buena administración**
 - 5.1. El impacto del derecho de la Unión Europea
 - 5.2. Existencia de potestad para rescatar: orientaciones legales para su ejercicio del art. 85 LBRL y obligación legal de proceder a la gestión directa

Artículo recibido el 22/12/2015; aceptado el 10/02/2016.

1. jponce@ub.edu. Este estudio se enmarca en el proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R, titulado “REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA, BUENA ADMINISTRACIÓN E INTEGRIDAD PÚBLICA: EL PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA CRISIS DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS”, cuyo IP es el autor.

- 5.3. Competencia de la Administración y del órgano para rescatar
- 5.4. Procedimiento administrativo debido para rescatar
- 5.5. Los hechos determinantes para el rescate: el interés público como concepto jurídico indeterminado
- 5.6. Finalidad del rescate: la posible desviación de poder
- 5.7. Motivación del rescate
- 5.8. Principios generales del derecho que limitan el rescate: en especial, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Balance coste-beneficio, consideración de la indemnización y situación de los trabajadores
- 5.9. Obligaciones jurídicas de buena administración y rescate: derecho a una buena administración, *due care* y *due diligence*
- 5.10. Eficiencia, economía, art. 135 CE y equilibrio presupuestario de los entes locales
- 5.11. Principios de buen gobierno y obligaciones de buena administración. En concreto, las leyes de transparencia y buen gobierno
- 5.12. Motivación y justificación del rescate: la carga de la prueba de la Administración y la (ausencia de) presunción de acierto

6. Reflexiones finales

7. Bibliografía

Resumen

El interés por la remunicipalización, un fenómeno internacional en auge, está llegando a España. Este estudio delimita el concepto y demuestra la falsa indiferencia del derecho frente a las decisiones discrecionales en general y las relacionadas con el modo de gestión de los servicios públicos (incluyendo su privatización) en particular. Para ello analiza los requisitos que los rescates de concesiones deben cumplir para ser legales y garantizar el derecho a una buena administración de los ciudadanos, negando que la pura ideología sea un motivo válido en derecho para decidir la gestión directa o indirecta de los servicios públicos.

Palabras clave: remunicipalización; rescate; gestión; buena administración; control judicial; servicio público.

Remunicipalization and privatization of public services and the right to good administration. Theoretical and jurisprudential analysis of the rescue of public concessions

Abstract

The interest for remunicipalization, an emerging international phenomenon, is reaching Spain. This article circumscribes the concept and shows the false indifference of the law before discretionary decisions in general and decisions related to the management of public services in particular. To this end, the article analyses the requirements that the figure of rescue of concessions must comply for being legal and also to guarantee the right to good administration. The article denies the mere ideology as a valid motive for choosing between direct and indirect management of public services.

Keywords: remunicipalization; rescue of public concessions; management; right to good administration; judicial review; public services.

1

Introducción: contexto y precisiones conceptuales

En los últimos tiempos se han multiplicado las referencias a la *remunicipalización* de servicios públicos en el ámbito local. Las razones para ello serían diversas. Radicarían, por un lado, y ante todo, en los cambios políticos acaecidos en las últimas elecciones municipales, que en algunos casos, por cierto, han llevado a entender, erróneamente, como veremos, que decidir la remunicipalización sería un tema puro y únicamente *ideológico*², como históricamente ha venido considerándose en no pocas ocasiones su opuesto, *la privatización* de la gestión de los servicios públicos (en el siglo XIX con el dogma del concesionario interpuesto propio del liberalismo, en el siglo XX sobre este tema véase, por ejemplo, VERGES, 2013, 31).

2. Véanse las declaraciones de una primera teniente de alcalde en un municipio catalán, señalando que “municipalizar servicios es solo una cuestión política, y nosotros queremos dejar claro cuál es nuestra voluntad”, recogidas en un artículo del diario *El País*, edición Cataluña, aparecido el 19 de octubre de 2015, titulado: “Ayuntamientos del área de Barcelona recuperan servicios privatizados”, y consultable en:

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/10/18/catalunya/1445190361_568831.html

En segundo lugar, el movimiento en favor de recuperar la gestión directa de servicios públicos se basaría en la existencia de diversos informes solventes sobre la ineficiencia y los problemas de la gestión indirecta llevada a cabo por empresas privadas³.

En tercer lugar, existen crecientes experiencias norteamericanas (*reverse privatization* o *contracting back-in*) y europeas de recuperación de la gestión directa, que muestran como esta es factible y preferida en ocasiones, por diversas razones vinculadas con la eficiencia, la calidad del servicio y la participación ciudadana (WARNER, M., BALLARD, M. y HEFETZ, A., 2003; HEFETZ y WARNER, 2007; WARNER, 2008; WARNER y BEL, 2008; y WOLLMANN, 2013)⁴.

Esta evidente tendencia internacional de cambio a la gestión directa desde la gestión previamente indirecta de los servicios públicos también ha sido subrayada por la prensa, como, por ejemplo, por el diario *The Guardian*, en un amplio artículo de 2014, aludiendo a diversos países, también europeos, como Francia o Alemania⁵.

Finalmente, como cuarto elemento a considerar, impulsaría ese movimiento una preocupación por la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, como reconocido ámbito de alto riesgo de corrupción, de notoria relevancia en los últimos años (PONCE, 2012). Como recuerda GIMENO FELIU (2014), “El mercado de los contratos públicos es donde existen ‘mayores tentaciones’ y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones en el sector público (como bien se destaca por Transparencia Internacional). De

3. Véase Tribunal de Cuentas (2013), *Informe n.º 1.010 de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011*, <http://www.tcu.es/repositorio/fd3654bc-3504-4181-ade5-63e8a0dea5c2/11010.pdf>; y el informe de la Universidad de Greenwich y otros acerca del sector del agua: *Llegó para quedarse. La remunicipalización del agua como tendencia global*, <https://www.tni.org/es/publicacion/llego-para-quedarse-la-remunicipalizacion-del-agua-como-tendencia-global>

4. Como señala BEL (2008, 729), las razones fundamentales alegadas por los gestores públicos para la remunicipalización son los problemas con la calidad del servicio y la falta de ahorros en los costes debido a los desafíos de la gestión privada. El análisis estadístico de encuestas realizadas entre esos gestores muestra que la remunicipalización es asociada con problemas de costes de transacción (vigilancia de los contratistas), así como con la insuficiente competencia. Estos análisis también muestran cómo las ciudades grandes reinternalizan contratos en mayor medida, porque gozan de economías de escala internas que lo hacen posible.

Pero los diversos estudios citados detectan también en EE. UU. un cambio del mercado hacia la gestión pública, en razón de que los gestores norteamericanos han extendido sus preocupaciones en la prestación del servicio más allá de los costes de transacción y de la eficiencia, y prestan atención a dar voz a los ciudadanos en la gestión del servicio, incluyendo preocupaciones relativas a la democracia deliberativa, que extiende el papel de la ciudadanía más allá del de meros compradores de servicios en el mercado.

5. Publicado el día 12 de noviembre de 2014 y consultable en: <http://www.theguardian.com/cities/2014/nov/12/hamburg-global-reverse-privatisation-city-services>

hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que ‘el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea’ (apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011))”.

Está aún por ver si este movimiento global de recuperación de la gestión directa de servicios públicos supondrá abrir una nueva etapa en las relaciones entre Estado y mercado, que habrían evolucionado, como es conocido, desde la municipalización propia del socialismo municipal de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (MAGALDI, 2012), pasando luego por la liberalización y privatización impulsada desde el último tercio del siglo pasado, y por la generación de un Estado denominado *regulador* (MUÑOZ MACHADO, 2004, 1172 y ss.) o más recientemente *garante* (desde hace ya años insistiendo en este concepto de origen alemán, ESTEVE PARDO, 2015).

Empezando por lo más obvio, cabe destacar que la palabra *remunicipalización* no se halla reconocida en la lengua española (de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia⁶). En su uso actual, se quiere hacer alusión con la misma a un cambio de gestión de un servicio público existente, en el ámbito local, que hasta el momento se prestaba indirectamente y ahora se quiere que pase a ser gestionado de forma directa. Sería la operación inversa a la denominada *privatización* de servicios públicos, cuando esta se ha referido a la contratación con privados de la prestación del servicio (sobre este sentido del término privatización, PONCE, 1996, 352).

En negativo, este concepto no significa *municipalizar* una actividad privada en el sentido de declararla servicio público⁷ (sobre la confusión terminológica en torno a este término anfíbológico, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, 1955; téngase en cuenta el art. 45 RSCL del mismo año, que utiliza las expresiones de municipalización y provincialización, que habían quedado hasta ahora obsoletas). Remunicipalizar, en la acepción utilizada hoy en día, significaría un mero cambio de gestión sobre un servicio público ya preexistente (si bien téngase en cuenta que, históricamente, municipalizar había sido entendido

6. En inglés, por ejemplo, el término es de común uso desde hace tiempo, como muestra la entrada siguiente en Wikipedia: <https://en.wikipedia.org/wiki/Remunicipalization>, sin equivalente aún en el momento de escribir estas líneas en la versión española.

7. Como aún sigue definiendo el DRA el verbo municipalizar: “Convertir en municipal un servicio público que estaba a cargo de una empresa privada”.

también como pasar de la gestión indirecta por concesión a la directa –MAGALDI, 2012 a, p. 456, y 2012 b, recordando a GASCÓN Y MARÍN–).

Tampoco supone la remunicipalización una *revocación* por motivos de oportunidad, no prevista en norma en rango de ley para estos supuestos (y por tanto sin excepción existente a la regla general de irrevocabilidad del art. 105.1 LRJPAC –PONCE, 1997–), ni una *revisión de oficio* por motivos de legalidad (pues no es esto de lo que se discute, sino un tema de mera oportunidad), ni tampoco supone la remunicipalización una *resolución por incumplimiento*, pues el paso a la gestión directa no viene motivado por cómo ha ejecutado el contrato el contratista, sino por razones de interés general que nada tienen que ver con esa ejecución concreta.

En definitiva, *remunicipalizar* es un neologismo, que muestra la viveza del lenguaje y que quizás pase a incluirse en el DRA en el futuro. El mismo es construido a partir del prefijo *re-* y el verbo *municipalizar*, y significaría hoy en día, técnicamente, desde la perspectiva jurídica, *ir hacia atrás* a partir de una situación existente⁸, en el sentido de o bien tomar una decisión de gestionar directamente un servicio público al *finalizar el contrato*, que suponía hasta el momento su gestión indirecta, o bien *rescatar* un servicio *estando el contrato en vigor*, instrumento históricamente bien conocido en el derecho español, para proceder a gestionarlo ahora directamente.

2

La delimitación del objeto del estudio: el rescate de concesiones en vigor de servicio público y la falsa indiferencia del derecho respecto de la decisión discrecional sobre el tipo de gestión

Nosotros *vamos a centrarnos aquí en la remunicipalización de servicios estando un contrato de concesión de servicios públicos en vigor, esto es, en el rescate*. Asimismo, pese a emplear la palabra remunicipalización en el título, que ahora ya identificamos, en realidad, con un cambio de gestión, *no nos vamos a referir exclusivamente al ámbito local*, donde en realidad esta inquietud es más acentuada, pues al hilo del análisis expondremos también el rescate en relación con contratos celebrados por el Estados o las comunidades autónomas.

El presente estudio no se va a ocupar de las concesiones demaniales y de los contratos de servicios, aunque se hagan alusiones y parte de las reflexiones

8. El DRA define en una de sus acepciones el prefijo *re-* como “hacia atrás”.

puedan ser aplicables, en su caso, a estas figuras. Asimismo, tampoco van a ser objeto de análisis aquí las consecuencias (económicas, sobre los bienes, en relación con el personal de la empresa concesionaria) del rescate de concesiones de servicios públicos (al respecto, pueden verse MESTRE, 1992, y BLANQUER, 2002). Este estudio se centra en la toma de la decisión, no en sus consecuencias, aunque, como señalaremos luego, para tomar esta es preciso considerar también aquellas, por los impactos de todo tipo (presupuestarios, de personal) que puedan generar.

En relación con el objeto de nuestro análisis, podemos ya señalar en este momento que existe una parca y fragmentada regulación española, con incidencia en todos los niveles administrativos, relativa a los límites y orientaciones jurídicas de la decisión *discrecional* de rescatar una concesión administrativa, que solo puede tomarse existiendo un *interés general* que así lo exija, como comprobaremos. Asimismo, existe una jurisprudencia no excesivamente abundante, pero sí interesante, sobre los límites y orientaciones jurídicas a este tipo específico de decisión administrativa discrecional, los cuales han conducido en diversas ocasiones a su anulación, como veremos.

Pero la regulación y la jurisprudencia específica sobre rescate de concesiones (la *especie*) deben ponerse en conexión con los límites y las orientaciones (derivadas especialmente del derecho a una buena administración) que en la última década especialmente la jurisprudencia española y la europea han construido sobre la toma de decisiones discrecionales (el *género*), un tipo de las cuales es, precisamente, la decisión de rescatar una concesión.

Será, pues, preciso conectar la escasa regulación sobre rescate con los aportes doctrinales, legales y jurisprudenciales existentes en el ámbito de la discrecionalidad a fecha de hoy, dado que el ejercicio de la discrecionalidad, de cualquier discrecionalidad, *no es libre ni indiferente para el derecho y no puede suponer arbitrariedad* (art. 9.3 CE y jurisprudencia concordante que se analizará), *y debe conducir a un buen gobierno y una buena administración*, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia, aplicables también a los contratos, que se analizarán en su momento.

Lo que se dirá aquí, por cierto, debería ser plenamente aplicable a la *privatización* de los servicios públicos, entendida como el paso de su gestión a modo indirecto, la cual ha conocido en las últimas décadas su época dorada, en base en ocasiones igualmente a consideraciones ideológicas (MIRALLES, 2006, 66). En todo caso, este estudio no aborda directamente el paso de la gestión directa a la indirecta, sino, como ya se ha dicho, la situación inversa.

En definitiva, lo que se subraya en este trabajo es *cómo las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de*

nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnimoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico (en la línea en la que hemos venido insistiendo a lo largo de los años: PONCE, 2001, 2012, 2014, por ejemplo).

Por tanto, lo que se diga en este artículo sobre las remunicipalizaciones es perfectamente aplicable a su opuesto, las privatizaciones. Retomaremos esta idea en la parte final del estudio.

Antes de entrar ya en un análisis más concreto, conviene ahora delimitar ante todo qué se entiende por *concesiones administrativas* y qué se entiende por *rescate* de las mismas.

2.1

El concepto de concesión administrativa y el enfoque de este estudio

En el ordenamiento jurídico español, como es sabido, la concesión administrativa es una institución que presenta tres especies claramente diferenciadas: (i) la concesión de dominio público; (ii) la concesión de obra pública, y (iii) la concesión de servicio público. En lo que ahora nos interesa, esta última es una de las modalidades de gestión típicas del contrato administrativo de gestión de servicios públicos⁹, caracterizada porque el particular gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura.

Sin embargo, no debe olvidarse que dominio, servicio y obra pública son conceptos históricamente vinculados. La evolución histórica creó un *vínculo indivisible* entre los tres, de tal manera que, con frecuencia, la transformación material de inmuebles demaniales para la prestación de servicios públicos conlleva la retribución al concesionario por un cierto tiempo mediante la cesión de la explotación (FERNÁNDEZ, 1983, 2430).

Este *lien indivisible* explica que en la actualidad se encuentren en la regulación sectorial supuestos de otorgamiento por ley del derecho a un uso privativo del dominio público, que históricamente venía conferido por una concesión de servicios públicos¹⁰. De igual modo, el derecho al aprovecha-

9. Este contrato se define en el artículo 8.1 del TRLCSP como aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

10. Así, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, art. 23.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, sin perjuicio de que deban obtenerse los títulos habilitantes para ejercer el derecho en cada caso, que serán concedidos de forma reglada, al existir un derecho legal preexistente.

miento privativo del dominio público puede venir conferido a veces por un contrato administrativo, frecuentemente una concesión de servicio público o una concesión de obra pública¹¹.

En consecuencia, la concesión demanial (esto es, el título jurídico mediante el que la Administración otorga temporalmente a un sujeto un derecho real que le permite el uso y aprovechamiento de forma excluyente de una porción del dominio público, en beneficio del propio interesado y de la colectividad, art. 86.2 y 3 LPAP) está frecuentemente ligada a un contrato administrativo de los regulados en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), sea de concesión de obra pública, sea de concesión de servicio público. Teniendo ello presente, nosotros nos vamos a concentrar en esta última figura, como ya dijimos.

2.2

El concepto de rescate

En consecuencia, cuando se habla de concesiones administrativas se puede, pues, hacer referencia, como ya señalamos, a concesiones demaniales y contratos administrativos de concesión de obra pública y de concesión de servicio público, siendo esta última la que en realidad interesa aquí. En los tres casos, el ordenamiento vigente prevé una forma de terminación anormal y anticipada (esto es, diferente y anterior al cumplimiento de los contratos de concesión de obra pública o de servicio público, y al transcurso del plazo en la concesión demanial) que no tiene carácter sancionador (no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario) y cuya finalidad o elemento teleológico es la protección del interés público o interés general, única razón que legitima esa finalización anormal y anticipada y que conducirá a la gestión directa del servicio o a la eliminación del uso privativo demanial.

Pues bien, el ejercicio de esa potestad administrativa prevista, limitada y regulada en el ordenamiento jurídico vigente dará lugar, en todos los casos vistos, a la producción de lo que, en terminología jurídica española tradicional, se conoce como *rescate* (de la/s concesión/ones administrativa/s).

11. En estos casos, el ordenamiento jurídico considera que la concesión demanial se halla implícita en el contrato y que carece, pues, de sustantividad propia (art. 91.4, párrafo 2, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante, LPAP). Incluso cuando el contrato no habilita de por sí para el aprovechamiento demanial, la concesión demanial se considera accesorio respecto de aquel y sigue sus vicisitudes en cuanto a su otorgamiento, duración, vigencia y transmisibilidad (art. 91.4, párrafo 1, LPAP).

En palabras del Consejo de Estado: “El rescate, [...] es una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediando indemnización en favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce” (Dictamen núm. 2918/2003, de 27 de noviembre de 2003).

Dado que es indudable la pervivencia en España de la influencia francesa en el ámbito contractual, puede ser de interés acudir al ordenamiento jurídico francés y a las decisiones judiciales que lo han aplicado para iluminar nuestra propia práctica (SIERRA, S. DE LA, 2004). Si lo hacemos, podemos comprobar que, efectivamente, existe en el derecho francés una prerrogativa contractual similar a la española, el “*pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d’intérêt général* o *rachat*” de las concesiones. De conformidad con la doctrina (por todos, RICHER, 2010, 239 y ss.) y la jurisprudencia existentes, se pueden destacar las siguientes notas:

- La resolución no puede ser decidida salvo que exista un “*motif légitime*” que es controlado por el juez.
- De acuerdo con el *Conseil d’État* francés, el motivo de interés general puede ser el abandono de un proyecto, la modificación de una reglamentación, o estar vinculado a la organización y el funcionamiento del servicio público, por ejemplo (como indica RICHER, 2010, p. 243, con cita de numerosas decisiones en tal sentido).
- Por otro lado, como señala PREBISSY-SCHNALL (2008) al referirse a una decisión litigiosa (TA Grenoble, 9 avr. 1980, Sté aménagement touristique Alpe d’Huez: D. 1981, jurisp. P. 581, nota de F. SERVUIN), un cambio de mayoría política en un ayuntamiento solo puede dar lugar a un rescate si se invocan motivos de interés general y no exclusivamente políticos. Asimismo, la doctrina francesa considera que no es un motivo de interés general legítimo resolver el contrato y rescatarlo por la única razón de obtener condiciones financieras más favorables.

3

La regulación legal del rescate de las concesiones administrativas

El rescate de las concesiones administrativas no dispone de una regulación única en nuestro ordenamiento jurídico. Al contrario, el análisis de la normativa vigente sobre esta institución permite diferenciar entre las

normas reguladoras del rescate en el ámbito de las concesiones de dominio público, y las que hacen lo propio en el marco de la contratación administrativa.

Dado el ámbito de este estudio, como avanzamos, no nos vamos a ocupar aquí de la regulación de las concesiones demaniales. En el caso de los contratos administrativos, esto es, la concesión de obra pública y la de gestión de servicios públicos, el rescate tiene su regulación básica en el TRLCSP. En el caso del contrato de gestión de servicios públicos, el rescate está previsto en los arts. 286.b) y 287.2 del TRLCSP¹².

Estas previsiones, asimismo, se completan en el artículo 288.4 del mismo texto legal, que define los criterios para cuantificar la indemnización debida al contratista. Adicionalmente, en el caso de la Administración local, también debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 99 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, RDLeg. 781/1986, de 18 de abril), en la medida en que, de un lado, prevé que en caso de rescate de concesiones se debe dar aviso a los interesados con, al menos, seis meses de anticipación, y, de otro, que la determinación del justiprecio a abonar al contratista debe determinarse por las reglas y el procedimiento establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF)¹³.

12. Estos preceptos disponen que:

Artículo 286. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 223, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

[...]

b) *El rescate del servicio por la Administración.*

[...]

Artículo 287. Aplicación de las causas de resolución.

[...]

2. *Por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente.*

13. Si se trata, en particular, de una entidad local sita en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, las normas anteriores deben compaginarse con las disposiciones que, sobre esta materia, contiene el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio (en adelante, ROAS).

En efecto, el ROAS prevé el rescate como causa de extinción de la concesión de gestión de servicios públicos, y le dedica sus artículos 185.3, 241.3, 249.c), y 263 a 265, donde regula con cierto detalle (i) su concepto, (ii) los efectos, y (iii) el procedimiento para su ejercicio efectivo.

4

La naturaleza jurídica del rescate

Por lo que concierne a la naturaleza jurídica del rescate, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han declarado repetidamente que esta causa de extinción anticipada y anormal de las concesiones administrativas participa de la naturaleza de la institución expropiatoria.

En el caso de los contratos administrativos, la STS de 8 de abril de 1999 (recurso de casación 7541/1994) explica que el rescate se configura como “[...] una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos por razones de interés público expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de expropiación forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada. [...] el rescate del servicio supone una reversión anticipada cuyo motivo se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma [...]”.

La doctrina jurídica, por su parte, también considera que el rescate de las concesiones administrativas tiene una evidente naturaleza expropiatoria (MESTRE DELGADO, 2004: 509, 1992: 269).

En definitiva, el rescate de las concesiones administrativas constituye el ejercicio de una potestad administrativa, de naturaleza esencialmente expropiatoria, que, tras seguir el procedimiento debido, conducirá a la producción de un acto administrativo definitivo de extinción anticipada y anormal de la concesión.

El ejercicio de esta potestad, como veremos, presenta un cierto margen valorativo (rescate por “interés público”) o de discrecionalidad técnica, que en ningún caso puede confundirse con la arbitrariedad (FERNÁNDEZ, 1991), en la medida en que siempre deberá actuarse en servicio a los intereses generales o públicos (art. 103 CE y concordantes de la legislación analizada, expresiones ambas que pueden emplearse como sinónimos; véase NIETO, 1991), y que habrá de respetar las obligaciones de buena administración que garantizan la adopción de la mejor decisión posible para los intereses generales.

5

Los requisitos y límites del rescate y el control del ejercicio de la potestad administrativa: en especial, las obligaciones de buena administración

A continuación van a analizarse los requisitos y orientaciones normativos y los límites jurídicos de los rescates que deben ser respetados por todas las Ad-

ministraciones, y que, en caso de ser vulnerados, pueden dar lugar al control y a la anulación de la decisión de rescate, en última instancia, si fuera preciso, en vía judicial.

Antes, sin embargo, de proceder al análisis detallado de cada uno de ellos, conviene acabar de precisar el tipo de potestad administrativa que se ejerce y la clase de acto administrativo a que el rescate da lugar:

a) Como dijimos en su momento, la decisión de rescatar (como la de pasar a modo de gestión indirecta) supone el ejercicio de una potestad administrativa discrecional. Discrecionalidad que, entendemos, es *predominantemente técnica*, por cuanto el ordenamiento jurídico reconoce en favor de los administradores un ámbito de decisión para tomar una resolución en función de evaluaciones de naturaleza técnica o características de un saber profesional, basadas en valoraciones propias del derecho, de la gestión pública y de la Economía (al igual que ocurre en el supuesto contrario, la privatización por cambio de gestión a indirecta). De ahí que el incorrecto ejercicio de la discrecionalidad para rescatar pueda ser controlado y anulado en función de pruebas que demuestren el error de la Administración, siendo plenamente controlable y sustituible por los tribunales (por todos, DESDENTADO DAROCA, 1997, 66).

b) Como también ya dijimos, la decisión de rescatar no supone en ningún caso un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa, discrecional pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público.

Por ello, como ya vimos en el caso francés, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas. Si bien, obviamente, la ideología tiene un lugar destacado en la lucha por el poder político, dado que “los sistemas ideológicos sirven para legitimar el poder diferencial que mantienen los grupos” (GIDDENS, citado por ARPAL, 1998, 367 y 368), una vez alcanzado este, la Política deviene ya políticas públicas concretas en sectores específicos (medio ambiente, urbanismo, aguas, servicios sociales...).

Por utilizar la más expresiva lengua inglesa en este punto, la *Politics* se transmuta en *policies*. Y estas políticas públicas no pueden dar lugar a decisiones administrativas arbitrarias, sin justificación racional en la técnica de gestión pública (no lo es la cita de una ideología cualquiera) y que no cumplan sus obligaciones de buena administración. En otras palabras, la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la

discrecionalidad técnica de gestión, que en el caso de los rescates podrá ser objeto de control jurídico, en su caso judicial (sobre la estéril contraposición entre legitimidad democrática y derecho, y evidente necesidad de que los gestores públicos de origen democrático respeten el Estado de derecho como modo, precisamente, de garantizar una auténtica democracia, véase por todos GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995, *in totum*).

c) En esta línea, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia actuales, que exista discrecionalidad no significa que las Administraciones (y los Gobiernos) puedan decidir de forma arbitraria (esto es, de modo irracional o no justificado), ni tampoco que puedan decidir no importa qué de no importa qué modo, de modo *libre*. Como señala reiteradamente la jurisprudencia, no hay *libertad* para decidir si rescatar o no una concesión, pues tal decisión *debe* ser resultado del mejor servicio posible al interés general.

Así, en relación con las concesiones demaniales, que no son objeto aquí de análisis detallado, el Tribunal Supremo ha señalado repetidamente que la Administración carece de facultad para rescatar las concesiones “a libre voluntad”, “arbitrariamente”, no existiendo “libre actuación de la Administración” incluso si ha incluido una cláusula de precario, puesto que, a diferencia del ámbito civil, aquí la Administración no es libre, sino que está vinculada por el ordenamiento jurídico tanto en cuanto a límites como a orientaciones (SSTS de 29 de septiembre de 1980 y 4 de noviembre de 1997, entre otras).

En un Estado de derecho, pues, al ordenamiento jurídico (y a los jueces que en última instancia lo aplican) no le es *indiferente* el resultado del ejercicio de la potestad de rescatar, sino que, como vamos a ver, el mismo pretende la mejor solución posible para los intereses generales, estableciendo orientaciones en positivo y límites en negativo a ese ejercicio de la discrecionalidad. Como señala la STS de 7 de octubre de 1999 (la cursiva es nuestra): “[...] resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (arts. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución”. De ahí que “Dicha motivación es exigible, por tales razones, [...] cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o ‘razonables’ desde el punto de vista del derecho, o de decidir entre diversas

alternativas ‘jurídicamente indiferenciadas’, como textualmente expresa la sentencia recurrida –*aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia a priori de algo ‘indiferente jurídicamente’*–”.

d) No es aceptable, pues, una interpretación de la potestad de rescate como un instrumento al servicio de la Administración Pública, para recuperar algo que le *pertenece* y que ha dejado en manos de tercero. La potestad de rescate está al servicio de los intereses generales de la sociedad constituida por los ciudadanos, no del Gobierno de turno ni de la Administración, y ese algo que se pretende recuperar (la concesión administrativa) una vez cedido mediante contrato o concesión demanial ya no *pertenece* únicamente a la Administración responsable de la obra o servicio o titular del demanio, sino que ha generado derechos para el concesionario, los cuales han de ser respetados en el ejercicio de la potestad de rescate.

Así, por un lado, en el caso de los contratos (incluyendo las concesiones demaniales, como hace un sector doctrinal), el punto de partida es que el contrato obliga a su cumplimiento (art. 1258 del Código Civil, lo que se expresa con los conocidos brocardos latinos *pacta sunt servanda* o *contractus lex interpartes*; por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002, 732 y ss.). Pero, sin duda, la Administración goza en nuestro sistema jurídico de prerrogativas para la protección de los intereses generales, como la de rescatar el contrato.

La posibilidad de rescate encaja perfectamente con la regulación en nuestro derecho de la irrevocabilidad de actos administrativos favorables o declarativos de derechos (que, por otro lado, sería de aplicación directa, por cierto, si se entendiera que las concesiones demaniales son actos administrativos). Efectivamente, como es conocido, en nuestro derecho el punto de partida histórico ha sido la imposibilidad de revocar por motivos de oportunidad actos administrativos ya dictados si son favorables o declarativos de derechos, establecido por la doctrina (véase un estudio sobre la revocación, con abundantes citas doctrinales, en PONCE, 1997, 165 y ss.) y la jurisprudencia (por todas, STS de 13 de mayo de 1974 o STS de 26 de febrero de 1987).

Pero excepcionalmente se acepta la revocación de actos favorables a los particulares, si lo prevé una normativa sectorial (como es el caso, bien conocido en el ámbito local, del art. 16 RSCL o, en Cataluña, del art. 88 ROAS), mediante indemnización ante la naturaleza expropiatoria de la revocación, considerando estos casos como excepciones concretas a la regla general de irrevocabilidad (por ejemplo, STS de 17 de julio de 1995), que hoy en día se extrae del art. 105 de la Ley 30/1992, *a contrario* (“Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier

momento sus actos, expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico”).

e) En resumen, la Administración, aunque sea posible el rescate en servicio a los intereses generales, *no ha sido nunca ni es libre de rescatar una concesión administrativa*, pues no puede entenderse que al dar algo *que era suyo* pueda recuperarlo cuando le plazca (como tampoco es *libre* de conceder un contrato para la gestión indirecta de un servicio público). Bien al contrario, al celebrar el contrato o dictar el acto que permite el uso privativo del dominio, la autoridad queda vinculada por el ordenamiento jurídico en vigor, que protege la posición jurídica y económica del concesionario, la cual descansa en los arts. 38 y 33 CE (como titular del derecho a la libertad de empresa y titular, en su caso, de derechos reales amparados por la concesión, respectivamente). Y si bien acepta el rescate (que tiene naturaleza expropiatoria), rodea el ejercicio de esta potestad, como vamos a ver, de diversos límites, y la enmarca con diferentes orientaciones, en protección, a la vez, del interés general y de los derechos del concesionario.

f) En fin, como indica la STS de 31 de julio de 1990, en relación con la institución revocatoria, en el tema que nos ocupa se hallan en tensión dos principios constitucionales: por un lado, el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que exige el respeto por parte de la Administración de los derechos y las expectativas legítimas de los particulares; por otro, el principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), que fundamenta la revocación y, en lo que ahora nos interesa, el rescate. La tensión entre estos dos principios constitucionales es resuelta de la manera que a continuación veremos.

Una vez tenemos este marco genérico claro, vamos ahora a repasar brevemente los *elementos reglados* que debe respetar el ejercicio de la potestad de rescatar, así como los *principios generales* que limitan la misma y las *obligaciones jurídicas que la orientan*.

A tal fin, vamos a seguir las categorías firmemente establecidas en el derecho español de control de la discrecionalidad (incorporadas a nuestro derecho desde el capital trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962), que son halladas con normalidad tanto en la doctrina (pudiéndose encontrar en cualquier manual al uso; por todos, SÁNCHEZ MORÓN, 2014, pp. 88 y ss.) como en la jurisprudencia.

Finalmente, añadiremos a este estudio el papel que desde hace más de una década está representando el *derecho a una buena administración* como orientación del comportamiento administrativo hacia la calidad y el mejor servicio al interés general (PONCE, 2001).

5.1

El impacto del derecho de la Unión Europea

En cuanto al papel del derecho de la UE, este respeta la posibilidad de elección en los Estados miembros respecto a la gestión de los servicios públicos. La Directiva 23/2014, para la cual hay plazo de transposición hasta el día 18 de abril de 2016, afirma tal libertad¹⁴, y aunque no contempla entre las causas de finalización de los contratos una figura identificable con el rescate español, tampoco la prohíbe (véase art. 44; de hecho, los arts. 43.4, letra d, y 44, letra a, parecen aceptarlo con naturalidad, considerándolo una modificación sustancial de la concesión, al existir “un nuevo concesionario” que “sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión”).

5.2

Existencia de potestad para rescatar: orientaciones legales para su ejercicio del art. 85 LBRL y obligación legal de proceder a la gestión directa

En el caso que nos ocupa, dada la posible afectación de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de los concesionarios, existe una vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que mediante normas con rango de ley (LCSP, LPAP y diversa legislación sectorial, como ya nos consta) prevé la potestad de rescate, en los términos ya expresados.

La potestad de rescate solo puede ejercerse para el caso de que se pretenda recuperar la gestión directa del servicio, siendo ilegal su ejercicio si se efectúa para realizar una nueva concesión de la obra, servicio o dominio en favor de un tercero distinto (así lo recuerda la jurisprudencia, que llega a anular rescates por esa causa: véase la STS de 5 de abril de 1999, recurso de casación núm. 7541/1994).

Ahora bien, ejercer la potestad de rescate supone, implícitamente, tomar una decisión sobre el modo de gestionar un servicio o un bien (pasando del

14. Art. 2.1:

Principio de libertad de administración de las autoridades públicas

1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

modo indirecto al modo directo, lo que en el caso de los servicios se conoce informalmente, como ya nos consta, con el nombre usual de *remunicipalización*). Esto es, al rescatar, se decide cómo gestionar un servicio. Por ello, la potestad de rescate no solo está concedida y limitada por la legislación de contratos y la demanial, sino que la legislación referida a la gestión de los servicios públicos será de aplicación.

Esto tiene singular relevancia en el ámbito local, donde el art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), establece ahora (tras su reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) unas directrices legales sobre cómo deben gestionarse los servicios públicos de competencia local. Este precepto señala que en la elección entre la gestión directa (y aun dentro de esta, aunque ahora no nos interese) y la gestión indirecta (y rescatar es una decisión de pasar de la segunda a la primera) deberá tenerse en cuenta este concreto mandato legal: “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente entre las enumeradas a continuación”.

En otras palabras, antes de decidir rescatar una concesión administrativa, se deberá estudiar, tener claro y fundamentar y justificar, como veremos, que la gestión directa del concreto servicio o del concreto bien es más sostenible (desde un punto de vista económico, ambiental y social) y eficiente (esto es, que emplea menos recursos o que dados unos recursos obtiene más resultados –por todos, PONCE, 2001–) que la gestión indirecta por el concesionario.

En caso contrario, esto es, si no se prueba por la Administración que la gestión directa es más sostenible y eficiente que la gestión indirecta, la decisión de rescatar será ilegal, por vulneración de este precepto de la LBRL (art. 63.1 Ley 30/1992)

5.3

Competencia de la Administración y del órgano para rescatar

En segundo lugar, como es tradicional, la decisión de rescatar deberá ser adoptada por la Administración (persona jurídica) competente (pues si no se incurrirá en un vicio de nulidad absoluta, art. 62.1 b, por razón del territorio o la materia, Ley 30/1992), y, dentro de esta, por el órgano que tenga otorgada la competencia (en caso contrario, se produciría un vicio de anulabilidad, art. 63 Ley 30/1992). Un ejemplo de control de la competencia para rescatar una concesión lo encontramos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2011 (recurso 2877), en relación con el rescate de una concesión administrativa para la explotación de un café-bar en un bien demanial local.

En términos generales, hay que sostener que deberá rescatar el mismo órgano que contrató u otorgó la concesión demanial, pues *quien puede lo más, puede lo menos* (como señala, por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid núm. 604/11, referido al rescate de una concesión demanial del Ayuntamiento de Las Rozas).

En el ámbito local, por ejemplo, corresponderá al Pleno el otorgamiento (y rescate) de concesiones demaniales, y a este y al alcalde la celebración de contratos (y su rescate), en los términos ahora de la disposición adicional segunda, apartado 2, de la LCSP. En el ámbito catalán, el rescate de un contrato de gestión de servicios públicos corresponderá en todo caso al Pleno, de acuerdo con el ROAS (art. 265.3).

5.4

Procedimiento administrativo debido para rescatar

Como es sabido, el procedimiento administrativo se configura como una institución relevante para proteger los derechos de los ciudadanos (en este caso, los de los concesionarios) y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de buena administración, a las que luego nos referiremos (en este caso, contribuir a que el rescate sirva realmente a los intereses generales).

En el ámbito de los contratos, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece el procedimiento a seguir en el ámbito estatal, en su art. 109¹⁵.

En el ámbito local, el ROAS catalán formaliza el procedimiento administrativo de ejercicio de la potestad de rescatar (art. 265). De acuerdo con este

15. Artículo 109. Procedimiento para la resolución de los contratos.

1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior; del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

precepto, la ejecutividad de la decisión de rescatar será suspendida durante no menos de 6 meses (una expresión del principio de equilibrio financiero del contrato y una excepción sectorial a la ejecutividad inmediata, prevista por el art. 57 de la Ley 30/1992 y también establecida por el art. 99.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

El ordenamiento jurídico prevé también la necesidad de un dictamen preceptivo, pero no vinculante (art. 80 Ley 30/1992), del Consejo de Estado (art. 22.12 de su Ley orgánica 3/1980) u órgano consultivo equivalente (por ejemplo, en Cataluña, la Comisión Jurídica Asesora, art. 8.3 e) Ley 5/2005, y Dictamen 343/14, de 1 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora) en los supuestos en que haya oposición del contratista (art. 211 LCSP).

Por tanto, incluso allí donde el procedimiento de rescate no se halle totalmente formalizado, como mínimo deberá existir durante la instrucción un trámite de audiencia al concesionario y la solicitud de un dictamen al Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente preceptivo, aunque no vinculante, que deberá solicitarse y tenerse en cuenta en la toma de la decisión final. Todo ello en virtud de la Ley 30/1992 (art. 84) y de la normativa vista relativa a órganos consultivos.

La jurisprudencia ha controlado en diversas ocasiones el procedimiento de ejercicio de la potestad de rescatar, concluyendo a veces su ilegalidad por este motivo (STS de 29 de diciembre de 2003, recurso de casación 5496/1998, invalidez de rescate efectuado por un ayuntamiento por falta de dictamen de órgano consultivo; STS de 12 de diciembre de 2008, recurso de casación 2076/2006, anulando un rescate autonómico por ausencia de dictamen de órgano consultivo y recordando la necesidad de audiencia al concesionario, cuya ausencia, al no tratarse de un procedimiento sancionador, generará la anulabilidad si causa indefensión real y efectiva; STS de 18 de noviembre de 2010, relativa al rescate estatal de una concesión demanial, confirmando anulación por falta de dictamen del Consejo de Estado).

5.5

Los hechos determinantes para el rescate: el interés público como concepto jurídico indeterminado

Como es sabido, el ejercicio de una potestad administrativa, cuando no concurren los hechos determinantes previstos en la norma atributiva de la potestad, es ilegal. Como señala la jurisprudencia, su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la

realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración (por ejemplo, STS de 1 de diciembre de 1986).

Si una administración quiere rescatar una concesión administrativa, tendrá que explicar qué hechos fundamentan su decisión. Dado que la legislación solo prevé uno, que la concesión sea incompatible con el interés público o general, tendrá que existir esa incompatibilidad.

El interés público, pues, se configura como un concepto jurídico indeterminado contenido en la legislación de contratos, y demanial que determina el ejercicio de la potestad de rescate (sobre el interés general o público como concepto jurídico indeterminado, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2002, 463). En cada concreto rescate, existiría una única solución justa: o concurrirá interés público para efectuar el rescate o no. Pero, obviamente, existirá un margen de apreciación administrativo, basado en la discrecionalidad ligada a la autonomía local, en su caso, que conducirá a la existencia, como dijimos, de una discrecionalidad técnica fundada en la ciencia jurídica, de gestión pública o económica para determinar si el rescate es o no conveniente para el interés general. Pero no hay libertad arbitraria en tal margen de apreciación, que no puede basarse, como dijimos, en puras razones ideológicas desconectadas de la concreta concesión administrativa y de sus específicas circunstancias (como tampoco lo puede hacer una decisión de privatizar la gestión de un servicio, por cierto).

Así, de nuestra jurisprudencia se deduce que no existe interés público para el rescate de contratos cuando se realiza para el otorgamiento del servicio a un tercero (STS de 5 de abril de 1999, recurso de casación 7541/1994); tampoco cabe confundir el orden público con el interés público (STSJ de Asturias de 8 de enero de 2013, recurso 224/2012). El Consejo de Estado ha señalado que el rescate “exige para su viabilidad la apreciación del interés público de su procedencia, que ha de quedar debidamente acreditada a juicio de la Administración actuante en el procedimiento”, siendo “obvio que no bastaría una abstracta invocación de su concurrencia que sin mayor precisión afirmaran los órganos instructores e informantes: al contrario, esta invocación ha de quedar suficientemente justificada en términos razonables siempre que se pretenda su aplicación” (Dictamen 50197/1987, a propósito de un rescate autonómico de una concesión de transporte regular de viajeros).

No existirá interés público para rescatar cuando el servicio “se venga realizando con la regularidad necesaria para su adecuado cumplimiento” (STSJ de Asturias de 8 de enero de 2013, antes citada, a contrario). Tam-

poco, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia ya vista, cuando exista un simple cambio político en la corporación municipal como razón del rescate.

5.6

Finalidad del rescate: la posible desviación de poder

La anterior reflexión nos introduce en otro típico elemento reglado que también concurre en los rescates: su necesaria persecución del interés general o público. No, en ningún caso, de un interés privado, sea individual o colectivo (por ejemplo, ideológico propio de un grupo o partido político), pues de perseguirse tal interés privado estaríamos ante una clásica desviación de poder, como pone de relieve CASSAGNE (2002, 419) para el caso argentino, al señalar que: “La utilización de la técnica del rescate para finalidades políticas o económicas constituye una de las amenazas más generales [...] y es necesario que el derecho administrativo moderno encuentre el equilibrio para que el sistema jurídico brinde la mayor seguridad jurídica a las inversiones”.

Igualmente, inventarse causas de resolución por incumplimiento como medio para lograr un rescate con mejores condiciones económicas para la Administración también supondría una desviación de poder.

De existir tal desviación de poder, la misma provocaría la invalidez del rescate (art. 63.1 Ley 30/1992).

5.7

Motivación del rescate

La garantía de que un rescate no va a ser arbitrario ni resultado de una mala administración (como luego veremos) es que se exterioricen las razones que justifican el mismo. De conformidad con el art. 54.1 de la Ley 30/1992, todo acto administrativo de rescate va a tener que incluir una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho que lo justifican. Y dado que en este caso la normativa atributiva de la potestad exige la concurrencia de un interés público, la motivación deberá explicar este. La ausencia de motivación o una motivación puramente formal que no explique la razón de interés pública concreta que da lugar al rescate convertirá a este en ilegal, por vulneración de los arts. 9.3 CE y 54 de la Ley 30/1992 (de conformidad con el art. 63.1 de esta misma Ley).

5.8

Principios generales del derecho que limitan el rescate: en especial, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Balance coste-beneficio, consideración de la indemnización y situación de los trabajadores

La técnica más sofisticada de control del ejercicio del margen de apreciación del concepto jurídico indeterminado “interés público” (o, si lo preferimos, de la discrecionalidad técnica a que este da lugar) que fundamenta un posible rescate es la consideración del respeto o no de los límites establecidos por los principios generales del derecho. Entre ellos, dos nos parecen de singular importancia en este ámbito: el de interdicción de la arbitrariedad y el de proporcionalidad.

Respecto al primero, como es sabido, viene consagrado en el art. 9.3 CE y es de corriente uso en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que lo aplica habitualmente para controlar (y anular) decisiones administrativas irracionales o no motivadas (por todas, STS de 10 de mayo de 2000). Por tanto, un rescate que sea irracional, al no poder aportarse razones basadas en la técnica de gestión pública de los servicios, o que, siendo quizás racional, no esté motivado (en los términos vistos en el apartado anterior), será ilegal y susceptible de anulación, en su caso judicial.

En cuanto al principio de proporcionalidad, es bien conocido también en la jurisprudencia del TEDH, de nuestro Tribunal Constitucional (que lo considera inherente a nuestro Estado de derecho y vinculado al valor Justicia del art. 1 CE, SSTC 85/1992, FJ 4, y 50/1995, FJ 7) y de nuestro Tribunal Supremo. La jurisprudencia y la doctrina distinguen tres subprincipios en el mismo. En primer lugar, el de idoneidad, que implica que la decisión administrativa deba perseguir un interés general (pues en otro caso se produciría desviación de poder, en los términos ya aludidos). En segundo lugar, el subprincipio de necesidad, pues, aun persiguiendo un interés general, la decisión (por ejemplo, un rescate) debe ser la menos restrictiva posible de derechos de los ciudadanos (por ejemplo, de los concesionarios). Esta vertiente del principio de proporcionalidad se halla explicitada ahora en el art. 39 bis de la Ley 30/1992¹⁶.

16. *Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.*

1. *Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida*

Este subprincipio es singularmente importante en relación con los rescates, porque si la Administración contratante o titular del demanio puede servir al interés general sobrevenido de otros modos distintos a la expropiación de los derechos derivados del contrato o del título habilitante para el uso privativo demanial, está obligada a hacerlo. Efectivamente, como ya hemos indicado, el rescate es, en definitiva, una privación singular de derechos del concesionario, y el Tribunal Supremo ha dejado claro que si existe una alternativa menos gravosa que la expropiación de bienes, esa es la que debe ser seleccionada, siendo ilegal entonces la expropiación (STS de 30 de diciembre de 1991, por ejemplo y de forma muy clara).

Finalmente, aun persiguiendo una finalidad de interés general y haciéndolo de la manera menos restrictiva posible, una decisión de rescate no superará el test de proporcionalidad si los beneficios que genera son inferiores a los costes que origina (subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*). Este test, empleado también por nuestra jurisprudencia (por todas, STS de 18 de marzo de 1999, por ejemplo, respecto a la anulación del trazado de un vial urbanístico), implica que la decisión de rescate no solo ha de ser más sostenible y eficiente que la gestión indirecta preexistente (art. 85 LBRL, ya analizado), sino que, siéndolo, los beneficios que reporte a la sociedad (ambientales, sociales, económicos) superarán los costes que le infrinja (de todo tipo también, ambientales, sociales y económicos).

Corresponderá al decisor efectuar este análisis coste-beneficio y demostrar que la decisión no es desproporcionada. Para ello, antes de tomar la decisión, deberá haber analizado, por ejemplo, los costes que generará la gestión directa, el personal con el que contará, el impacto del rescate en los empleados de la concesionaria y sus obligaciones con ellos, etc.

5.9

Obligaciones jurídicas de buena administración y rescate: derecho a una buena administración, *due care* y *due diligence*

En la última década diversas iniciativas, normas jurídicas y decisiones judiciales han impulsado el derecho a una buena administración, y las obligaciones derivadas de él para las Administraciones, como un elemento relevante de

menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.
[...]

la agenda jurídica internacional en el ámbito del derecho administrativo (así, por ejemplo, entre otros muchos, BOUSTA, 2010; WAKEFIELD, 2007; PONCE, 2005, y CASTILLO, 2015).

Dejando ahora de lado el contexto europeo (incluyendo el conocido art. 41 de la CDFUE y la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, con más de 300 sentencias ya sobre la buena administración –*good, proper* o *sound administration*– desde los años 60 del pasado siglo hasta 2015), el derecho a una buena administración se encuentra ya incorporado en diversa *normativa española*. La Constitución de 1978 (como hemos tenido ocasión de señalar en otro momento con más extensión y detalle –PONCE, 2001–) prevé implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que hemos denominado –siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina– *deber de buena administración*. Deber que se encuentra explicitado en los arts. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia), y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

Modernos *estatutos de autonomía* han recogido también el derecho a una buena administración¹⁷. En el *nivel legal*, la legislación de contratos contiene una referencia clásica a la orientación de la capacidad de contratación de las Administraciones Públicas por los principios de buena administración (actual art. 25.1 LCSP). Asimismo, también en el preámbulo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se hace una alusión a la buena administración.

Una reciente incorporación *in extenso* del derecho a una buena administración la encontramos en diversas *leyes autonómicas*. Así, la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente el derecho a una buena administración¹⁸. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de

17. Ténganse en cuenta: el art. 30 del Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio; el art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero; el art. 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, o el art. 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano.

18. Artículo 22. Derecho a una buena administración.

1. El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:
 - a. El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.
 - b. El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.

octubre, también se refiere a los principios de buena administración¹⁹. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto es desarrollado por una entera Ley, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública, que tiene, según su art. 1, “por objeto fundamental regular y desarrollar el derecho a una buena administración reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el marco del propio Estatuto de Autonomía y de la legislación básica del Estado”. Y la Ley Balear 4/2011, de 31 de marzo, lleva el expresivo título: “de la buena administración y del buen gobierno”.

En fin, una nueva generación de leyes españolas ha incorporado previsiones de buena administración y buen gobierno en los últimos años, como luego comprobaremos.

En la misma línea, el *Tribunal Supremo español* ya se ha referido en numerosas ocasiones, en muy distintos ámbitos, al derecho a una buena ad-

-
- c. *El derecho a que las decisiones de las Administraciones Públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.*
 - d. *El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.*
 - e. *El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o de los cuales estas puedan disponer.*
 - f. *El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas.*
2. *Las Administraciones Públicas de Cataluña deben fomentar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, a fin de recoger las propuestas, sugerencias e iniciativas de la ciudadanía, mediante un proceso previo de información y debate.*

19. Esta señala en su art. 5 lo siguiente:

Artículo 5 Principio de buena administración

1. *En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a:*

- a. *Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines.*
 - b. *Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.*
 - c. *Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido.*
 - d. *Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía.*
 - e. *Participar en los asuntos públicos.*
 - f. *Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación.*
 - g. *Obtener información veraz.*
 - h. *Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca.*
- [...]

ministración, como lo han hecho también los *tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas*²⁰.

El derecho a la buena administración supone un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública²¹, pues respecto a esta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (adjudicaciones de contratos, rescates, decisiones de gestionar indirectamente un servicio, autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un servicio para la colectividad, como lo es la gestión de hospitales o de escuelas, servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones²². Esta reflexión nos conduce a la relevancia del derecho en garantía de la buena administración, aunque esta no solo dependa de él (pero también de él).

Efectivamente, el derecho español ha diseñado diversas técnicas para hacer efectivo ese derecho a una buena administración (cartas de servicios, códigos éticos o de conducta...) en las que ahora no entraremos, salvo en lo que se refiere a la obligación jurídica existente de tomar en consideración con la máxima diligencia y cuidado posible los hechos (obligación de *due care* o *due diligence*, desarrollada por la jurisprudencia del TJUE), intereses, derechos y normas jurídi-

20. Un recopilatorio jurisprudencial es consultable en MIGLIARI, W. y PONCE, J., “El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas”, Blog de la Revista Catalana de Derecho Público, 2015, disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-redp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>, donde en la parte final hay remisión a un anexo de jurisprudencia.

Por lo que se refiere al Tribunal Supremo, las primeras sentencias recayeron en el ámbito de la contratación, sector donde nuestra legislación tradicionalmente hacía –y hace– alusión a los principios de buena administración como inspiradores de la actividad contractual pública. Es el caso, por ejemplo, de las SSTs de 13 de febrero de 2001 (aunque aquí se desestima el recurso) o de 11 de junio de 2001 (donde no solo se anula la adjudicación, con alusión a los principios de buena administración, sino que incluso se condena a la Administración a adjudicar el contrato a una concreta empresa). En la STS de 3 de mayo de 2007 (RJ2007\8351) se anula un contrato de compraventa de varias parcelas realizada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en conexión con el Plan Parcial de las Teresitas, puesto que la ausencia de una ponderación adecuada del precio a pagar por la Administración supone una vulneración de los “principios de buena administración”.

21. Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por KUHN, 1996, extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al derecho (público).

22. Llama la atención sobre este punto CERULLI IRELLI, 1997, 339 y 340, señalando el cambio cultural “de verdadera y propia revolución” que esto conlleva, respecto a los administradores, los jueces y los ciudadanos.

cas implicados en la toma de toda decisión administrativa discrecional, también, claro está, en el caso de los rescates (véase ahora, por ejemplo, el art. 54.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley de 7/2007, de 12 de abril, señalando la obligación de desarrollar las funciones públicas “de forma diligente”)²³.

Este debido cuidado y diligencia comporta la necesidad de generar alternativas al rescate antes de adoptar este, alternativas menos gravosas para el concesionario que la expropiación de sus derechos, para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad ahora explicitado en el art. 39 bis de la Ley 30/1992.

5.10

Eficiencia, economía, art. 135 CE y equilibrio presupuestario de los entes locales

En la ponderación diligente y cuidadosa de todos los elementos relevantes para la toma de la decisión de rescatar, ya vimos que era preciso constatar por el decisor que la gestión directa sería más sostenible y eficiente que la indirecta existente (art. 85 LBRL). Además, el art. 31 CE, al establecer el principio de economía como elemento de la buena administración, también obliga a ponderar el posible ahorro de recursos públicos que una u otra solución supone.

Esa ponderación debe efectuarse, además, en el contexto establecido por el art. 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria, que lo desarrolla, que exigen estabilidad presupuestaria a los entes estatales y autonómicos y *equilibrio presupuestario* a los entes locales. En el ámbito local, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que modificó la LBRL, declara en su preámbulo su objetivo de ajustarse a la normativa de estabilidad presupuestaria. En ese sentido, será preciso también al adoptar la decisión de rescatar tener en cuenta el art. 116 bis de la LBRL, introducido por el número treinta del artículo primero de la LRSAL²⁴.

23. En el ámbito de la citada jurisprudencia del TJUE, es destacable la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de abril de 2015, T-217/11, Sala Cuarta, Claire Staelen c. Ombudsman de la Unión Europea, ponente Kreuzschitz, con una interesante descripción de la obligación jurídica de diligencia debida que implica este derecho.

Esta ponderación con debido cuidado y debida diligencia derivada del derecho a una buena administración enlaza con la ya existente en algunos derechos nacionales, como el alemán, y está calando lentamente en el español. Véanse al respecto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000, 2015) y PONCE (2001).

24. *Artículo 116 bis. Contenido y seguimiento del plan económico-financiero.*

1. *Cuando por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, las corporaciones locales incumplidoras formulen su*

En este sentido, la decisión de rescatar o no deberá medir el impacto del rescate en las arcas públicas, y garantizar que no suponga incumplimiento de estos requisitos constitucionales y legales. Si se adoptara la decisión de rescatar y ello implicara vulnerar dichas obligaciones jurídicas, la decisión sería inválida por contravenir estos preceptos y el decisor sería susceptible, dependiendo de las circunstancias, de cometer una infracción de las tipificadas en el art. 28 de la Ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁵.

5.11

Principios de buen gobierno y obligaciones de buena administración. En concreto, las leyes de transparencia y buen gobierno

La última referencia anterior nos da pie a destacar cómo la normativa y la jurisprudencia mencionadas sobre la buena administración han sido completadas recientemente, como avanzamos antes, con la aprobación de una nueva

plan económico-financiero lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

2. *Adicionalmente a lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas:*

- a) *Supresión de las competencias que ejerza la entidad local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación.*
- b) *Gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir sus costes.*
- c) *Incremento de ingresos para financiar los servicios obligatorios que presta la entidad local.*
- d) *Racionalización organizativa.*
- e) *Supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el periodo medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.*
- f) *Una propuesta de fusión con un municipio colindante de la misma provincia.*

3. *La diputación provincial o entidad equivalente asistirá al resto de corporaciones locales y colaborará con la Administración que ejerza la tutela financiera, según corresponda, en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económico-financieros. La diputación o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas recogidas en el apartado anterior cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero, así como otras medidas supramunicipales distintas que se hubieran previsto, incluido el seguimiento de la fusión de entidades locales que se hubiera acordado.*

25. El artículo 26.3 de esta Ley señala que los principios de buen gobierno establecidos en dicho artículo informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en ese título. En tal sentido, el art. 28 establece las infracciones muy graves en materia de gestión económico-presupuestaria.

generación de leyes de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, empezando por la Ley estatal 19/2013 y siguiendo por numerosas leyes autonómicas, entre ellas, por ejemplo, la catalana 19/2014 (al respecto, CERRILLO y PONCE, 2015).

En ellas se concretan las obligaciones de buena administración y se establecen también referencias al buen gobierno de cargos electos y altos cargos. En este sentido, es destacable que tanto la Ley estatal (art. 26) como algunas autonómicas, como la catalana, por ejemplo (art. 55), establecen como principios jurídicos de buen gobierno, que deben ser respetados por la actividad de los cargos electos y de los altos cargos, los de imparcialidad, objetividad, servicio exclusivo a los intereses generales, persecución de la calidad de los servicios o gestión adecuada de los recursos públicos.

Estos principios, cuya vulneración puede dar lugar a la comisión de infracciones tipificadas (arts. 29 y ss. Ley estatal, y 76 y ss. Ley catalana), y que se articulan a través de técnicas específicas (como los códigos de buen gobierno o las cartas de servicio, véanse los arts. 56 y ss. de la Ley catalana, por ejemplo), en lo que ahora nos interesa, si son vulnerados pueden conducir a la invalidez de una decisión de rescatar adoptada por un cargo electo o alto cargo en base a motivos puramente ideológicos, al faltar al deber de buen gobierno de comportamiento imparcial y objetivo.

5.12

Motivación y justificación del rescate: la carga de la prueba de la Administración y la (ausencia de) presunción de acierto

Finalmente, el cumplimiento de los principios de buen gobierno y del derecho a una buena administración supone que la decisión discrecional que se adopte justifique el rescate que se efectúe (en los términos de la motivación exigible, ya descritos), y que dicha motivación sea coherente con el expediente administrativo y este demuestre no solo el cumplimiento meramente formal de los trámites exigibles (audiencia, dictamen órgano consultivo, etc.), sino que el deber jurídico de debida diligencia y cuidado se ha cumplido, y que el material recogido en la instrucción es suficiente y ha sido adecuadamente valorado.

Si un demandante alega un vicio procedimental, la aplicación del derecho a una buena administración debería dar lugar al control judicial de los trámites procedimentales. Dicho control debería basarse en una presunción de mala administración, que podrá ser destruida (o no) mediante el análisis

del expediente del rescate, presunción de apariencia de *mal derecho* que debe tenerse en cuenta judicialmente, en caso de solicitud de medidas cautelares.

Efectivamente, la vulneración del procedimiento debido respecto a la decisión de rescatar debe dar lugar a una presunción de ilegalidad de la decisión adoptada. Esa presunción de ilegalidad comporta una “apariencia de mal derecho”, concretamente de mala administración o mal gobierno, lo que puede justificar la adopción de medidas cautelares que impidan el abuso de autotutela en relación con decisiones de baja calidad presuntamente ilegales.

La primera de las afirmaciones está vinculada con la carga de accionar que corresponde al ciudadano, como resultado de la *presunción de validez*, pero que no supone el desplazamiento de la carga de la prueba dentro del proceso judicial (REBOLLO PUIG, 2005). La Administración ha de probar que ha desarrollado una buena administración o un buen gobierno, mediante el seguimiento del procedimiento debido para aprobar el rescate. Y tal prueba solo la puede hacer a través del expediente que remite al órgano judicial (de ahí su extraordinaria importancia, que lleva a que ahora la LJCA se ocupe de cómo se ha de elaborar y remitir en caso de impugnación, art. 48.4) y de la fundamentación y justificación de la decisión normativa adoptada.

Esta prueba de buena administración es singularmente importante en caso de haberse desarrollado potestades discrecionales, como las que ahora nos ocupan. Como expone la STS de 15 de noviembre de 1995 (Ar. 8549), no basta con alegar la existencia de discrecionalidad, sino que el expediente debe reflejar el cumplimiento del “deber de razonar las decisiones”, ya que “no es conforme a los principios de la carga de la prueba exigir a los administrados una prueba que no está en su mano realizar”, como es demostrar que una decisión discrecional no es la más adecuada en su servicio al interés general²⁶.

Por todo ello, debe considerarse, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, que es la Administración la que debe probar, mediante la actividad instructora realizada, plasmada documentalmente en el expediente, y la motivación, que ha cumplido su deber de buena administración y buen gobierno y su obligación de seguimiento de un procedimiento debido. Efectivamente, como ha expuesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con diversos supuestos, la regla general del art. 1214 del Código Civil “puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo

26. En este sentido, es modélica la STS de 9 de julio de 1996 (Ar. 5970).

pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra”²⁷. Lo que aplicado al ámbito que nos ocupa desplaza la carga de la prueba a la Administración que ejerce la potestad de rescate: es ella quien debe demostrar, mediante el expediente y la motivación, la buena administración y el buen gobierno desarrollados en el procedimiento de ejercicio de la potestad²⁸.

Por otro lado, de acuerdo con la doctrina contenida en la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7), y también en la STC 227/1991, de 28 noviembre (RTC 1991, 227), cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

En definitiva, *la ausencia de la adecuada fundamentación de la decisión en el expediente y su motivación defectuosa deberían hacer cesar su presunción de validez. Surge entonces, a la vista de la inexistencia de expediente o motivación, o de los defectos de los mismos, una presunción de ilegalidad, por incumplimiento del deber constitucional de comportamiento objetivo, y del derecho a una buena administración, cuando esté reconocido legalmente, y una vulneración de la obligación legal de seguimiento del procedimiento debido. Al incumplir la Administración su obligación de prueba del respeto al ordenamiento y de haber tomado las medidas necesarias para garantizar el acierto, debe presumirse que la decisión finalmente adoptada es inválida.*

Por ello, no nos parecen adecuadas ciertas expresiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativas a que determinadas decisiones administrativas gozan de una *presunción de acierto*²⁹. No hay que confundir

27. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 23 de junio de 1987 (Ar. 6525), de 17 de junio de 1989 (Ar. 4731), de 7 de marzo de 1995 (Ar. 1952) o de 14 de marzo de 1995 (Ar. 2369), recaídas en ámbitos tan distintos como el ejercicio de la potestad organizatoria o el ejercicio de la potestad de clasificación del suelo como urbano.

28. La STS de 11 de junio de 1998 (RJ 4504), recogiendo la doctrina de la STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997\1788), señala al respecto:

[...] aun cuando en el proceso contencioso-administrativo corresponde al actor destruir la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos, ello no supone imponerle la carga de producir fuera del expediente administrativo aquellos elementos probatorios que deben constar en él mismo y que la Administración está obligada a remitir al proceso, por lo que la pasividad (o la inoperancia, más o menos evitable) de esta última, en tal sentido, no solo invierte la carga de la prueba, sino que redundo o puede redundar en perjuicio de la Administración autora del acto; en tanto en cuanto otra cosa sería tanto como primar la actitud o postura procesal de la Administración y obstaculizar el derecho de los administrados a la plena tutela jurisdiccional, sin grado de indefensión alguno.

29. Típicamente, aquellas decisiones que provienen del ejercicio de la denominada discrecionalidad técnica, por parte de órganos administrativos cuya constitución refuerza su conocimiento técnico y/o imparcialidad, como la fijación del justiprecio por los jurados de expropiación o la selección de empleados públicos mediante las comisiones de evaluación, como es sabido.

la existencia de discrecionalidad con la concurrencia de una presunción de acierto: tal acierto *no puede presumirse*, sino que deberá probarse, mediante el seguimiento del procedimiento debido y la fundamentación en el expediente y la justificación ofrecida. Si no existe tal cosa, la presunción es de mala administración y de ilegalidad, no, obviamente, de acierto.

Cuestión distinta es que si existe cumplimiento de las obligaciones de buena administración, y no se prueba por el recurrente cosa en contrario, la decisión discrecional no puede ser anulada, puesto que su acierto o desacierto no corresponde decidirlo al poder judicial, de acuerdo con el principio de división de poderes, que encuentra, como es conocido, su expresión en el art. 71.2 LJCA, al señalar este precepto que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Si bien en un principio la apariencia de buen derecho juega *ex lege* en favor de la Administración, *ante la ausencia de expediente o a la vista de sus importantes defectos, la presunción de validez, la apariencia de buen derecho de la decisión administrativa, desaparece, siendo sustituida por una apariencia de ilegalidad. Ante la situación descrita, el órgano judicial debe tener en cuenta esa apariencia de resultado de mala administración o del mal gobierno de la decisión final, y ponderarla en su pronunciamiento sobre la adopción de medidas cautelares*, puesto que, a la vista del expediente o de su falta, la apariencia de buen derecho se desplaza a la posición del recurrente.

Efectivamente, en el caso de la impugnación de actos trámite, si el presupuesto de adopción de las medidas cautelares es el *periculum in mora* (CHINCHILLA MARÍN, 1999, 581 y ss.), parece razonable entender que el recurso pueda perder su efectividad si, presentado contra una actividad procedimental defectuosa, la Administración, estando el litigio en marcha, dicta el acto definitivo de rescate. La finalidad legítima del recurso en este caso pudiera ser, al margen, insistimos, de la trillada perspectiva defensiva, evitar un defectuoso ejercicio de una potestad, una mala administración que conduzca, inevitablemente, a una decisión de baja calidad. En consecuencia, parece razonable que, para lograr esa finalidad y asegurar el resultado del proceso³⁰, el órgano judicial pueda llegar a conceder, previa ponderación de los intereses en presencia, las oportunas medidas cautelares, incluso posi-

30. *Vid.* la exposición de motivos de la LJCA, apartado VI.5.

tivas, tales como, por ejemplo, la orden de interrupción del procedimiento administrativo en marcha³¹.

En el caso de las decisiones de rescate ya adoptadas, la ausencia de fundamentación o los graves defectos de estas, al provocar la desaparición de la presunción de validez de la decisión administrativa, *comportan al mismo tiempo que la efectividad de la decisión pueda dejar de tener sentido, arrasando así la caída de la presunción de legalidad al privilegio de ejecutoriedad* (FONT LLOVET, 1982, 485 y ss.). Podría jugar, entonces, el criterio del *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho del recurrente (o de *fumus malus iuris* para la Administración), como elemento a considerar junto al art. 130 LJCA³², conectado a la idea de “abuso de ejecutividad”, la cual ha sido manejada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA al comentar diversas resoluciones judiciales³³.

6

Reflexiones finales

La apelación a la mera ideología para gestionar de un modo u otro (de forma directa o indirecta) un servicio público, no es ya suficiente en el siglo XXI, frente al derecho y las obligaciones que este incorpora de buena administración. El derecho no es indiferente ni a la *remunicipalización* ni a la *privatización*. Ello no significa que no puedan adoptarse ambas decisiones, ni que el derecho sea una carrera de obstáculos (también ideológicos) en uno u otro sentido.

31. Por otro lado, con una interpretación *a contrario sensu*, podría llegar a sostenerse que, de no hacerlo así, de no proceder a la paralización del procedimiento en el que se ha desarrollado una posible defectuosa actividad que puede incidir en la decisión final a adoptar o causar perjuicios de imposible reparación (art. 25.1 LJCA), de la inactividad del órgano judicial pudiera “derivarse perturbación grave de los intereses generales o de tercero” (art. 130.2 LJCA), ya que la violación del procedimiento administrativo debido puede comprometer tanto a unos como a otros.

32. Tras la LJCA, no debe descartarse el juego del criterio del *fumus boni iuris*, pese a la ausencia de mención expresa en el art. 130 LJCA. Por un lado, tal criterio parece estar implícito en el art. 136 LJCA, pero, en cualquier caso, como señala CHINCHILLA, C., 1999, 192, la idea de daño o perjuicio seguirá siendo el criterio rector de la adopción de medidas cautelares, “obviamente con otros criterios que van desde el *fumus boni iuris*, hasta los daños o perjuicios que puedan causarse al interés general o a terceros”. En este sentido, tras la entrada en vigor de la LJCA, *vid.* el Auto de 6 de mayo de 1999 (Ar. 4008) afirmando expresamente la vigencia y utilidad del criterio del *fumus boni iuris*. Un análisis de las distintas posiciones doctrinales puede encontrarse en ALCANTARILLA HIDALGO, 2001, 2 y ss.

33. Sobre el criterio del *fumus boni iuris* en su aplicación al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, pueden consultarse los estudios de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1991 (a), pp. 65 y ss.; 1991 (b), 255 y ss., y 1991 (c), 411 y ss.

Si, volviendo al asunto aquí abordado, se considera necesario el rescate –lo que, no lo olvidemos, se trata de una decisión legítima, inscrita además en el ámbito de la autonomía local constitucionalmente garantizada, si nos encontramos en el ámbito municipal–, este puede llevarse a cabo, siempre que sea fruto de una ponderación cuidadosa y de una justificación coherente, que responda a un buen gobierno y una buena administración, guiados, legítimamente, por visiones políticas legítimas del bien común, pero no obstruidos por miopías ideológicas irracionales. Esta afirmación vale, por cierto –es preciso recalcarlo de nuevo–, para la operación contraria, esto es, la *externalización*, la *privatización* de la gestión, el paso, en definitiva, a la gestión indirecta de un servicio gestionado hasta el momento directamente.

En ese sentido, este estudio puede verse como una sucesión de obstáculos legalistas a las decisiones sobre la gestión de los servicios públicos, o, visión que es la nuestra, como una lista de comprobación, una *checklist*, en positivo, de los deberes (jurídicos) que tienen que hacer las Administraciones en garantía de la mejor decisión posible para los ciudadanos. De tal modo que si se trata de una decisión madura, que ha evaluado y respetado tanto los elementos reglados como los límites derivados de los principios generales y las obligaciones de buena administración, entonces puede adoptarse con la tranquilidad de saber que resistirá el test jurídico correspondiente, en su caso judicial.

En todo caso, la capacitación profesional de los responsables de garantizar el buen funcionamiento de los servicios públicos, su buena administración, es fundamental, más allá de las meras declaraciones grandilocuentes sobre las bondades/maldades de la gestión directa o sobre las bondades/maldades de la indirecta. Como señala el especialista en ciencia política LAPUENTE (en un interesante libro, 2015), necesitamos más personas con capacidad técnica y que se basen en datos empíricos (*exploradoras*, en la tipología que él crea y maneja) para lograr la buena gestión, y menos ideólogos que prometan soluciones mágicas y rápidas (*chamanes*, en su terminología, por contraposición a las *exploradoras*).

Por tanto, más allá de la privatización y la remunicipalización, lo fundamental sería integrar la evaluación de las políticas públicas, en este caso en el ámbito contractual, y ofrecer el diseño institucional y la formación necesaria en garantía de la buena administración. Porque, en definitiva, el modo de prestación de los servicios públicos debe ser en beneficio de los ciudadanos (como señala el art. 45.2 del RSCL de 1955, el modo de gestión debe ser el que “reporte a los usuarios condiciones más ventajosas”), no una ofrenda en el altar de ideólogos *externalizadores* o *remunicipalizadores*.

Ese beneficio de los ciudadanos, que constituye en definitiva el interés general (que no es *transcendente*, ligado a abstractas consideraciones ideológicas, sino *inmanente* a los intereses de los usuarios de los servicios públicos –NIETO, 1991–, y que no consiste solo en la eficiencia económica –PONCE, 2011–), exige un análisis riguroso y justificado del mejor modo de gestión atendiendo a las circunstancias concretas de la Administración prestadora y del servicio específico, caso por caso. Con una diligencia o un cuidado debidos que permitan “un amplio debate social público sobre todas las cuestiones relacionadas con dicho medio de gestión de aquellos servicios en aras de que las observaciones, sugerencias y alegaciones allí formuladas por todos lo que puedan resultar afectados contribuyan a la mejor formación de la voluntad que ha de plasmarse en los sucesivos actos administrativos que han de tomarse en el procedimiento administrativo iniciado para la prestación del servicio en las condiciones que resulten más beneficiosas para el interés general” (STS de 22 de junio de 2004 –recurso de casación 2384/1999–, referida, concretamente, a la aprobación municipal de un cambio del régimen de gestión de servicios públicos de abastecimiento, distribución de agua y alcantarillado, que pasan de gestión directa a gestión indirecta, en la forma de concesión).

Esto es, la gestión pública debe hacer realidad el derecho a una buena administración de los usuarios de los servicios y de la totalidad de los ciudadanos, en terminología ya propia del siglo XXI.

7

Bibliografía

- ALCANTARILLA HIDALGO, F. J., “La revisión casacional de la tutela cautelar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 496, de 26 de julio de 2001, pp. 2 y ss.
- ARPAL, J., Voz “Ideología”, en GINER, S., LAMO DE ESPINOSA, E. y TORRES, C. (eds.), *Diccionario de Sociología*, Alianza editorial, 1998, pp. 366 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, 2002.
- BOUSTA, R., *Essai sur le notion de bonne administration en droit public*, L’Harmattan, 2010.
- CASSAGNE, J. C., *Derecho Administrativo II*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 7.^a edición, 2002.
- CASTILLO BLANCO, F. A., “Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 123-162.

- CERRILLO, A. y PONCE, J., *Transparència, accés a la informació pública i bon govern. Comentaris a la Llei 19/2014, de 9 de desembre*, UOC-Genera-
litat de Catalunya, 2015.
- CERULLI IRELLI, V., “La simplificación de la acción administrativa”, *Documen-
tación Administrativa*, núm. 248-249, 1997.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “La tutela cautelar”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ
MORÓN, M., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-admini-
strativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 581 y ss.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “La regulación de las medidas cautelares”, *Justicia
Administrativa*, núm. extraordinario de 1999.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecio-
nalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Ma-
drid, 1997.
- DESDENTADO DAROCA, E., *El precario administrativo*, Aranzadi, 1999.
- DESDENTADO DAROCA, E., Voz “Precario administrativo”, en GONZÁLEZ GAR-
CÍA, J. V. (dir.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel,
2007, pp. 595 y ss.
- ESTEVE PARDO, J., “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista
de Administración Pública*, núm. 197, 2015.
- FERNÁNDEZ, T. R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ, T. R., “Las obras públicas”, *Revista de Administración Pública*,
núm. 100-102, 1983, pp. 2427 y ss.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., Voz “Concesiones demaniales”, en MUÑOZ MA-
CHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, Iustel,
2005, pp. 563 y ss.
- FONT LLOVET, T., “Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial
de los actos administrativos”, *REDA*, núm. 34, 1982, pp. 485 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo
I*, Civitas, Madrid, 11.ª ed., 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (a), “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre
medidas cautelares: La recepción del principio del ‘fumus boni iuris’
(Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, *REDA*,
núm. 69, 1991, pp. 65 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (b), “La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial
de la ‘apariencia de buen derecho’ para el otorgamiento de medidas
cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutivi-
dad”, *REDA*, núm. 70, 1991, pp. 255 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (c), “La aplicación de la ‘apariencia de buen derecho’
como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra Regla-
mentos”, *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 411 y ss.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 159 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *RAP*, núm. 17, 1955, pp. 87-138.
- GIMENO FELIU, J. M.^a, “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, en *Observatorio de la Contratación Pública*, 12 de noviembre de 2014, disponible en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>
- HEFETZ, Amir y WARNER, M., “Beyond the market versus planning dichotomy: understanding privatisation and its reverse in US cities”, *Local Government Studies*, vol. 33, núm. 4, 2007, pp. 555-572.
- KUHN, T. S., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, Chicago, 3.^a ed., 1996 (existe traducción al español: *La estructura de de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981).
- LAPUENTE, V., *El retorno de los chamanes*, Península, 2015. Primeras páginas en: <http://www.planetadelibros.com/el-retorno-de-los-chamanes-libro-202206.html>
- MAGALDI, N. (a), *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, INAP, 2012.
- MAGALDI, N. (b), “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 165-219, disponible en:
[http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0ahUKEWjhveLSr87JAhVHRBQKHS-PDc0QFghPMAK&url=http%3A%2F%2Fwww.aragon.es%2Festaticos%2FGobiernoAragon%2Forganismos%2FinstitutoAragonesAdministracionPublica%2Fdocumentos%2Fdocs%2Finstituto%2520Aragon%25C3%25A9s%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520Aragon%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520comp%252032%2520jun%25202008%2B%2FNumero_39-40%2FRArAP%252039-40%2520\(04%2520Nuria%2520Magaldi\).pdf&usg=AFQjCNG5WBxOq8eQZDqKAQI5TFRPKI73Nw&sig2=9FDY8xDnaCbm0_iS-tNn_w](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0ahUKEWjhveLSr87JAhVHRBQKHS-PDc0QFghPMAK&url=http%3A%2F%2Fwww.aragon.es%2Festaticos%2FGobiernoAragon%2Forganismos%2FinstitutoAragonesAdministracionPublica%2Fdocumentos%2Fdocs%2Finstituto%2520Aragon%25C3%25A9s%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520Aragon%2520Adm%2520P%25C3%25BAblica%2FRevista%2520comp%252032%2520jun%25202008%2B%2FNumero_39-40%2FRArAP%252039-40%2520(04%2520Nuria%2520Magaldi).pdf&usg=AFQjCNG5WBxOq8eQZDqKAQI5TFRPKI73Nw&sig2=9FDY8xDnaCbm0_iS-tNn_w)

- MESTRE DELGADO, J. F., “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, 2004, pp. 491 y ss.
- MESTRE DELGADO, J. F., *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, 1992.
- MIGLIARI, W. y Ponce, J., “El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas”, Blog de la Revista Catalana de Derecho Público, 2015, consultable en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>
- MIRALLES, A., *Privatization of water utilities in Catalan municipalities: Explanatory elements and consequences in price distribution*, capítulo 3, tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004.
- NIETO, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (ed.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.
- NIETO-GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I., *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart, 2007.
- PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, jul. 2014. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&p=view&path%5B%5D=10176>
- PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en *Anuario del Gobierno Local*, 2012, pp. 93 y ss., disponible en: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1432>
- PONCE SOLÉ, J., “Crisis económica, deberes jurídicos de eficiencia y economía y Derecho Administrativo”, en BLASCO, A. (coord.), *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho*

- administrativo*, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, 2011, pp. 459 y ss. Disponible en: http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_publico_crisis_economica/el_derecho_publico_crisis_economica.pdf
- PONCE SOLÉ, J. (coord.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010.
- PONCE SOLÉ, J., “Good Administration and Administrative Procedures,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 12, Iss. 2, 2005, disponible en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEWja2N2vqM7JAhVHthQKHbkqAYYQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1310%26context%3Dijgls&usg=AFQjCNGUqQKGLKhja59FRS3ITuXUXaHwxQ&sig2=A2jbK4VTMuLNo_sc1_cEUw
- PONCE SOLÉ, J., “La revocació de llicències en el Reglament d’obres, activitats i serveis”, en FONT LLOVET, T. (coord.), *Dret Local*, UB-UAB-Marcial Pons, Barcelona, 1997, pp. 165 y ss.
- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., “Una aproximación al fenómeno privatizador en España”, *Revista de Administración Pública*, num. 139, 1996, disponible en: <http://www.cepc.gob.es/ca/publicacions/revistes/revistes-electroniques?IDR=1&IDN=137&IDA=24045>
- PREBISSY -SCHNALL, C., “Exécution du marché. Pouvoirs de l’Administration”, *JurisClasseur Administrative*, Fasc. 638, 12 de noviembre de 2008.
- REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, *REDA*, num. 128, 2005.
- RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7.^a edición, 2010.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015. Disponible en: http://www.indret.com/es/derecho_constitucional/13/?sa=10
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 10.^a ed., 2014.
- SIERRA, S. DE LA, *Una metodología para el derecho comparado europeo*, Civitas, 2004.
- VERGES, J., *Las privatizaciones en España*, UAB, 5.^a ed., julio 2013, https://ddd.uab.cat/pub/estudis/2013/130250/Las_Privatizaciones_de_EP_en_Espana.pdf.

- VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964.
- WAKEFIELD, J., *The right to good administration*, Kluwer Law International, 2007.
- WARNER, M., BALLARD, M. y HEFETZ, A., “Contracting Back In - When Privatization Fails”, capítulo 4, pp. 30-36, en *The Municipal Year Book 2003*, International City County Management Association, Washington, DC, disponible en: <http://cms.mildredwarner.org/p/47>
- WARNER, M., “Reversing privatization, rebalancing government reform: Markets, deliberation and planning”, *Policy and Society*, núm. 27, 2008, pp. 163–174, disponible en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjB2P_7qM7JAhVHvhQKHS15ALEQFggjMAA&url=http%3A%2F%2Fcms.mildredwarner.org%2Fp%2F87.pdf&usg=AFQjCNGIeyIEwWwOBBCpCbWJeTw58S z56g&sig2=V1h3qZCgrgcSm6i02n2dxQ
- WARNER, M. y BEL, G., “Competition or Monopoly? Comparing Privatization of Local Public Services in the US and Spain”, *Public Administration*, vol. 86, núm. 3, 2008, pp. 723–735, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/227494976_Competition_or_Monopoly_Comparing_Privatization_of_Local_Public_Services_in_the_US_and_Spain
- WOLLMANN, H., “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un ‘retorno’ a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80. Consultable en: <http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann.retorno%20a%20las%20gestiones%20publicas.pdf>

Comentaris a la Llei de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica (LSA). Una nova retallada a l'autonomia local¹

SERGI MONTESERIN HEREDIA

Lletrat consistorial de l'Ajuntament de Gavà (Barcelona)

- 1. La simplificació administrativa com a objectiu principal de la Llei**
- 2. El règim d'intervenció administrativa previst per a les activitats enumerades en la LSA**
 - 2.1. La consagració de la declaració responsable com a modalitat d'intervenció en el dret administratiu català
 - 2.2. Les activitats econòmiques innòcues sotmeses a declaració responsable i les de baix risc a comunicació prèvia
 - 2.3. Els annexos de la LSA
- 3. L'impacte negatiu de la LSA sobre l'autonomia local**
 - 3.1. El buidament de la potestat normativa dels ens locals catalans
 - 3.1.1. En matèria d'activitats econòmiques innòcues i de baix risc
 - 3.1.2. En matèria d'urbanisme
 - 3.1.3. La nova redacció de l'art. 236.2 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya com a "clàusula de tancament" de la potestat reglamentària dels ens locals en la fixació de la modalitat de la intervenció

Article rebut el 08/10/2015; acceptat el 20/01/2016.

1. Vull agrair a la consultora ACTICLIC Enginyeria la seva valuosa ajuda en la comprensió dels annexos d'aquesta Llei.

- 3.2. El procediment per a la suspensió temporal de la prestació de determinats serveis per part dels municipis es pot iniciar a instàncies de la Comissió de Govern Local de Catalunya

4. Conclusions

Resum

El passat estiu el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 16/2015, del 21 de juliol, de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica. L'estudi del seu text constitueix l'objecte d'aquest article. Si bé el seu títol ja indica que estem davant d'una llei heterogènia que afecta diverses disposicions legals, aquest article es centra, bàsicament, en l'anàlisi del nou règim jurídic de la modalitat d'intervenció administrativa que s'estableix per a les activitats econòmiques considerades innòcues i de baix risc que es desenvolupen en un establiment, així com també en quina situació queda el principi constitucional i estatutari de l'autonomia local, després que aquesta Llei faci una clara aposta per l'estandardització sense preveure cap participació dels ens locals catalans en la concreció del règim d'intervenció, no només per a aquestes activitats econòmiques, sinó també en matèria urbanística.

Paraules clau: simplificació activitat administrativa; intervenció administrativa; activitats econòmiques innòcues i de baix risc; urbanisme; estandardització; autonomia local.

Comments on the Law regarding simplification of the administrative activity of the Catalan Autonomous government and the local governments of Catalonia and the promotion of economic activity (LSA). A further curtailment of the principle of local autonomy

Abstract

The last summer the Autonomous Parliament of Catalonia passed the Law 16/2015, of 21 July, on simplification of the administrative activity of the Catalan Autonomous government and the local governments of Catalonia and the promotion of economic activity. The article studies this legislative text. Although the law deals with several fields, this article basically focuses on the study of the administrative model of intervention for the innocuous and lower risk economic activities. Moreover, the

article explores the impact of the law on the principle of local autonomy recognized at both constitutional and Autonomous Community Statute levels, being necessary this assessment because the law clearly bolsters the standardization without providing the participation of Catalan local governments in the process of concretization of the model of intervention for these kind of economic activities and also in the town planning field.

Keywords: simplification of the administrative activity; administrative intervention; innocuous and lower risk economic activities; town planning; standardization; principle of local autonomy.

1

La simplificació administrativa com a objectiu principal de la Llei

En data 24 de juliol de 2015 fou publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 6920 la Llei 16/2015, del 21 de juliol, de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica (d'ara endavant, LSA)². Segons el seu preàmbul: “Aquesta llei consta de vint-i-tres articles agrupats en tres títols, i de nou disposicions addicionals, tres disposicions transitòries, una disposició derogatòria, quatre disposicions finals i dos annexos.”

Del mateix títol de la LSA ja es desprèn que el seu contingut és heterogeni, com ho demostra també el fet que en el seu títol III: “Modificació de normes amb rang de llei”, s’hi arriben a modificar fins a sis lleis, algunes d’elles troncal, com la de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques, o el text refós de la llei municipal i de règim local de Catalunya, però també d’altres sectorials, com la forestal. També es veu aquest tret heterogeni quan l’art. 3, lletra a), fixa com a ambiciosa finalitat millorar “els procediments de control de les activitats econòmiques subjectes a la intervenció administrativa que estableix la legislació sectorial, per mitjà de la reducció, l’agilitació i la simplificació dels tràmits”. Per aquestes raons podríem dir que estem davant d’una llei multisectorial, o perquè no dir-ho, d’una nova Llei “òmnibus”, si bé aquesta heterogeneïtat pot posar en perill la unitat d’objecte i de matèria de la Llei mateixa, fins al punt de plantejar-nos el dubte de si

2. En virtut de l’acord de data 20 de gener de 2015 de la Mesa del Parlament, aquesta Llei es va tramitar pel procediment d’urgència extraordinària a petició del Govern de la Generalitat.

vulnera el principi de seguretat jurídica³, i per tant pot fer que sigui de difícil aplicació per part dels operadors jurídics.

Malgrat aquest innegable caràcter heterogeni que ja deixa entreveure la complexitat de la seva redacció, sí que s'hi observa per part del legislador català un intent d'establir un denominador comú com és fixar una sèrie de criteris a fi de clarificar i simplificar les obligacions que la normativa vigent imposa a les administracions públiques, amb l'objectiu d'agilitar l'activitat administrativa en les activitats econòmiques.

Ara bé, abans d'entrar a analitzar el contingut de la LSA, cal delimitar el concepte de simplificació administrativa com una política pública que agrupa diferents mesures de millora de l'eficàcia i l'eficiència de l'activitat de l'Administració, mitjançant la simplificació de procediments, l'increment de l'accessibilitat dels serveis públics o la transparència dels processos de presa de decisions administratives. A més, juntament amb aquests aspectes organitzatius de l'actuació de les administracions, la simplificació administrativa també pretén reduir les càrregues administratives, és a dir, les obligacions i les càrregues de tota mena que s'imposen a les empreses i als ciutadans en el desenvolupament d'una activitat⁴.

Val a dir que des de principis del nostre segle s'està demanant a les administracions públiques que implementin mesures tendents a la simplificació administrativa⁵, però aquest desig va esdevenir una obligació per als estats membres de la Unió Europea a partir de la Directiva de serveis 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis del mercat interior, més coneguda com a Directiva de serveis. Aquest objectiu de la simplificació administrativa va ser implantat en l'ordenament jurídic espanyol amb la transposició d'aquesta Directiva, que s'ha acabat caracteritzant per la seva aplicació extensiva, atès que es va començar aplicant només a les activitats de serveis, per fer-ho després a tota l'activitat econòmica.

3. En el Dictamen 10/2015, d'1 de juliol, sobre el Projecte d'aquesta Llei, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya aborda aquesta qüestió analitzant si el seu caràcter heterogeni vulnera el principi de seguretat jurídica de l'art. 9.3 de la Constitució espanyola, descartant que ho faci en base al següent raonament: "Certament, el Projecte de Llei objecte de dictamen modifica diferents normes, però el contingut del seus preceptes és suficientment clar i precís, de manera que s'assegura la seva comprensió i previsibilitat dels efectes en el seus destinataris" (FJ Segon, p. 16).

4. En aquests termes es pronuncia el citat Dictamen 10/2015, d'1 de juliol, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, sobre la simplificació administrativa (p. 5).

5. En l'informe de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu que porta com a títol: "Estat del mercat interior de serveis", de data 30 de juliol de 2002, de Brussel·les, que constitueix l'antecedent de la Directiva europea de serveis, ja es posava de manifest el caràcter burocràtic dels procediments d'autorització o de registre, i que la simplificació de procediments era la demanda principal i prioritària de les empreses (p. 20).

Davant d'aquest marc jurídic podríem dir que la gran aportació de la LSA és la nova concepció de la simplificació administrativa, en el sentit que deixa de ser una simple obligació per a les administracions públiques per passar a considerar-se un veritable dret subjectiu de la ciutadania, les empreses i els professionals, tal com es proclama en el seu preàmbul⁶.

Per tal de donar compliment a aquesta nova concepció de la simplificació administrativa per part de la LSA, en l'art. 10.1, sota el títol "Mecanismes d'informació per a la reducció d'obstacles", s'hi preveu que la ciutadania o qualsevol organització puguin reclamar l'incompliment de les mesures de simplificació administrativa en l'exercici de l'activitat econòmica recollides en aquesta mateixa Llei; en concret s'hi estableix que: "Els interessats a accedir a alguna de les activitats a què fa referència aquesta Llei, i també les corporacions, els col·legis professionals, les organitzacions i les associacions que els representen, per mitjà del portal electrònic únic per a les empreses establert per l'article 16 poden informar sobre qualsevol disposició, acte o actuació de les administracions públiques que comporti un obstacle per a l'aplicació d'aquest títol, i també poden formular consultes relatives a la interpretació de la llei sectorial que sigui aplicable en cada cas."

I perquè aquestes reclamacions siguin ateses correctament, i en tot cas es vetlli per l'obtenció de l'objectiu de la simplificació dels procediments que regulen l'activitat econòmica, es crea la Comissió per a la facilitació de l'activitat econòmica, regulada en l'art. 17 de la LSA.

Com a últim apunt en relació amb aquest apartat, cal ressaltar que el legislador català considera que la finestreta única empresarial (art. 15) i el portal econòmic únic per a les empreses (art. 16) poden ser instruments importants per tal de facilitar l'activitat econòmica. Val a dir que aquesta mesura de simplificació administrativa no és cap novetat, però sí que ho és l'obligació que s'imposa a totes les administracions públiques catalanes que els tinguin plenament operatius en un termini de sis mesos a comptar des de l'entrada en vigor de la Llei, segons disposa la disposició addicional primera.

6. Així es proclama en el següent paràgraf del preàmbul: "No obstant això, cal fer un pas endavant i configurar la simplificació administrativa no com una obligació de les administracions públiques, sinó com un veritable dret subjectiu de la ciutadania, les empreses i els professionals".

2

El règim d'intervenció administrativa previst per a les activitats enumerades en la LSA

2.1

La consagració de la declaració responsable com a modalitat d'intervenció en el dret administratiu català

Fins a l'entrada en vigor de la LSA pot afirmar-se que, amb caràcter general, l'altra modalitat d'intervenció admesa pel dret administratiu català i que feia la funció de substitució de la llicència era la comunicació prèvia, en virtut del que disposava l'art. 96 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals.

En efecte, en la legislació sectorial catalana gairebé no es mencionava la declaració responsable; a tall d'exemple, ni en la ja derogada Llei 3/1998, de la intervenció integral de l'Administració ambiental, on només es feia referència a la comunicació prèvia, ni en la posterior Llei 20/2009, de prevenció i control ambiental de les activitats, ni en el Decret Llei 1/2009, d'ordenació d'equipaments comercials, o tampoc en la Llei 11/2009, d'espectacles públics i activitats recreatives. Certament, només en el Decret 112/2010, pel qual s'aprova el Reglament d'espectacles públics i activitats recreatives, s'hi fa una menció a la declaració responsable, en concret en l'art. 94, però sense atorgar funcions de modalitat d'intervenció sobre l'activitat econòmica, a diferència de la comunicació prèvia segons l'art. 124.

Però en canvi, amb la LSA, la declaració responsable passa a ser considerada com una modalitat d'intervenció sobre les activitats econòmiques, en concret sobre les innòcues, tal com s'hi exposarà més endavant. També passa a fer aquesta funció de modalitat d'intervenció en la Llei 3/2010, del 18 de febrer, de prevenció i seguretat en matèria d'incendis en establiments, activitats, infraestructures i edificis, segons la nova redacció de l'apartat tercer de l'art. 20 d'aquesta Llei sectorial, que en fa l'art. 21 de la LSA⁷.

Ara bé, si fem una comparació entre el règim jurídic que el legislador estatal estableix per a la declaració responsable i el de la LSA, veurem que en aquesta última se li atorga el mateix règim jurídic que el previst en l'art. 35 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de

7. De la nova redacció de l'art. 20.3 de la Llei 3/2010 sorprèn que s'hi inclogui el terme "asseveració", com si se li volgués atorgar un paper més transcendent, i no el verb "declarar", com fa l'art. 13.1.a) de la mateixa LSA o l'art. 35.1 de la Llei 26/2010 de règim jurídic i procediment administratiu comú.

procediment de les administracions públiques de Catalunya, i que de fet guarda certa similitud amb la definició continguda en l'art. 3.9 de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (coneguda com a Llei "Paraigües"). Però, en canvi, està lluny de la definida en el vigent art. 71 bis.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. Efectivament, recordem que en aquesta última disposició legal estatal⁸ es determina que cal acompanyar la declaració responsable amb la documentació tècnica corresponent, mentre que a la comunicació prèvia se li atorga un paper de simple comunicació, exactament a l'inrevés del previst en la LSA⁹, com s'exposarà a continuació.

2.2

Les activitats econòmiques innòcues sotmeses a declaració responsable i les de baix risc a comunicació prèvia

En el capítol II del títol I de la Llei es regulen les activitats econòmiques innòcues i les de baix risc. No obstant això, prèviament, convé fer alguns apunts sobre els preceptes jurídics continguts en el capítol I: "Intervenció administrativa en l'activitat econòmica", que, com ja diu el seu títol, és aplicable a qualsevol tipus d'activitat econòmica, per la qual cosa completa la normativa catalana de control i règim d'intervenció de les activitats econòmiques, això és, la citada Llei de prevenció i control ambiental de les activitats i la Llei i el seu Reglament d'espectacles públics i activitats recreatives.

8. Cal tenir en compte que ja ha estat aprovada la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (BOE, suplement en llengua catalana al núm. 236, de 2 d'octubre de 2015), tot i que entrarà en vigor en data 2 d'octubre de 2016; la seva regulació de la declaració responsable i la comunicació prèvia està recollida en l'art. 69, sense que s'hagi introduït cap modificació substancial pel que fa al seu règim jurídic.

9. Precisament la redacció d'aquest art. 13 de la LSA ha motivat, juntament amb la de l'art. 19.6 i els seus annexos I i II, que la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat hagi acordat, mitjançant la Resolució de 30 d'octubre de 2015 (BOE de 26 de novembre de 2015), iniciar les negociacions per resoldre les discrepàncies competencials suscidades per aquests preceptes. Val a dir que aquest diferent règim jurídic que s'atribueix a la declaració responsable per part de l'ordenament jurídic català en relació amb l'estatal va ser posat en relleu també pel Dr. Josep Ramon BARBERÀ I GOMIS en la ponència: "La Llei 16/2015, del 21 de juliol, de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica", que va impartir el passat 6 de novembre de 2015 en el Seminari de Dret Local organitzat per la Federació de Municipis de Catalunya.

D'aquest capítol I cal destacar l'art. 4, pel fet que conté els principis d'actuació relatius a la intervenció administrativa en l'exercici de l'activitat econòmica. De tots ells, m'interessa ressaltar-ne dos, primer el que preveu la lletra b): "La intervenció administrativa mínima per a l'inici de l'activitat", i també el que preveu la lletra f): "L'estandardització dels requisits exigits per les administracions per a iniciar i desenvolupar l'activitat econòmica".

Per la seva banda, l'apartat 2 de l'art. 5 estableix la regla general següent en relació amb la intervenció administrativa de l'activitat econòmica: "Els mecanismes d'intervenció administrativa en l'exercici de l'activitat econòmica són, amb caràcter general, la declaració responsable i la comunicació prèvia. En qualsevol cas, els titulars de l'activitat han de disposar del comprovant de pagament de la taxa corresponent."

També convé ressaltar que l'apartat 4 d'aquest art. 5 recull el principi de no-duplicat o una única llicència o autorització, mentre que l'apartat 5 disposa que l'establiment d'un règim d'autorització "ha d'estar justificat per l'interès general que es vol protegir".

L'art. 6 torna a remarcar l'obligació que tenen les administracions públiques de Catalunya d'aprovar anualment els plans d'inspecció i de control de les activitats econòmiques, "per a afrontar les tasques de control *ex post* a què obliga aquesta Llei". I l'art. 7 regula el procediment administratiu d'esmena de defectes o mancances de requisits legals que resulti de la corresponent inspecció a l'activitat que ja es troba en funcionament.

Precisament sobre aquest últim article em voldria detenir, breument, per comentar que cal designar un instructor (art. 7.1), el procediment administratiu d'esmena té una durada màxima de dos mesos (art. 7.2), es preveu la possibilitat d'imposar mesures cautelars de suspensió de l'activitat (art. 7.3), i l'apartat 5 determina el contingut que ha de tenir la seva resolució administrativa:

- a) *L'arxivament de l'expedient, si de la tramitació del procediment d'esmenes en resulta que l'activitat compleix la normativa sectorial vigent.*
- b) *El cessament de l'activitat, si en el termini d'un mes no s'han esmenat les deficiències detectades o si l'activitat no és legalitzable.*
- c) *El reinici de l'activitat, si després d'haver estat suspesa cautelarment s'acredita que compleix tots els requisits exigits per la normativa sectorial vigent.*

Per tant, de la seva lectura s'observa que no s'hi preveu la possibilitat que l'Administració pública competent pugui imposar multes coercitives quan es detectin defectes o mancances un cop feta la inspecció, en la línia de la normativa aplicable als espectacles públics i a les activitats recreatives,

però a diferència, en canvi, de la Llei de prevenció i control ambiental de les activitats, on sí que es preveuen (art. 88).

L'art. 8.1 tipifica com a falta greu l'inici de l'activitat econòmica sense haver presentat comunicació prèvia o declaració responsable, o "haver-les presentat amb dades falses o inexactes amb afectacions sobre la salut, el medi ambient o la seguretat de les persones", amb la previsió de sancions de 6.000 a 20.000 euros, tot i que aquest article és d'aplicació subsidiària, com s'hi reconeix amb la inclusió de l'expressió: "A falta de norma sancionadora específica preferent", per la qual cosa només serà aplicable a les activitats econòmiques regulades en aquesta Llei, però no a les activitats econòmiques ambientals i recreatives, perquè tenen el seu propi règim sancionador.

I per últim, sobre aquest capítol I, cal dir que l'art. 9 obliga les administracions públiques de Catalunya, i per tant també els ens locals, a impulsar mecanismes alternatius a la intervenció administrativa com una clara contribució a la simplificació administrativa, com ara: "els instruments basats en l'assegurament de la responsabilitat dels empresaris, els codis de bones pràctiques i les guies d'autoavaluació en els diversos sectors d'activitats, la interoperabilitat dels diferents sistemes d'informació i les bases de dades de les administracions públiques, i altres mecanismes que les administracions públiques decideixin establir" (art. 9.2).

Fets aquests breus apunts sobre la intervenció administrativa de qualsevol activitat econòmica, és el moment d'entrar a analitzar el capítol II, és a dir, les activitats econòmiques a les quals el legislador de la LSA dedica una atenció especial, com són les innòcues i les de baix risc.

En primer lloc, l'art. 12.2 defineix aquestes dues activitats econòmiques de la manera següent:

- a) *Activitat econòmica innòcua: l'activitat que, amb caràcter general, per les seves característiques no produeix molèsties significatives ni cap afectació considerable al medi ambient, la seguretat de les persones ni els béns. Les activitats econòmiques innòcues són les incloses en l'annex I.*
- b) *Activitat econòmica de baix risc: l'activitat que, per les seves característiques, pot produir alguna molèstia poc significativa o té una incidència molt baixa sobre el medi ambient, la seguretat de les persones o els béns. Les activitats econòmiques de baix risc són les incloses en l'annex II.*

A continuació s'hi estableix el règim d'intervenció d'aquestes activitats econòmiques; així, d'acord amb l'art. 13.1: "a) Les activitats econòmiques innòcues estan subjectes a declaració responsable". Mentre que: "b)

Les activitats econòmiques de baix risc estan subjectes al règim de comunicació prèvia”.

Per tant, el legislador català configura la declaració responsable com la modalitat d'intervenció per a les activitats que per les seves característiques no produeixen molèsties significatives, i per aquesta raó no s'exigeix que sigui necessari adjuntar cap documentació, sinó només la citada declaració responsable, com diu l'art. 13.1.a): “El titular, o la persona que el representi, ha de posar en coneixement de l'Administració pública competent l'inici d'una determinada activitat mitjançant la presentació d'una declaració responsable en la qual ha de declarar, sota la seva responsabilitat, que compleix els requisits establerts per la normativa vigent per a accedir a l'exercici de l'activitat, que disposa d'un certificat tècnic justificatiu de complir-los i que es compromet a mantenir-ne el compliment durant la vigència de l'exercici de l'activitat.”

Així veiem com no cal adjuntar cap mena de documentació tècnica, si bé això no vol dir que des del mateix moment de l'inici de l'activitat el promotor no hagi de tenir en la seva possessió un certificat tècnic; la seva comprovació per part dels serveis tècnics municipals es relega a un moment posterior, i quan ja estigui en funcionament l'activitat. Ara bé, sembla lògic que ens qüestionem que, si el promotor de l'activitat ha de posseir des d'un primer moment el certificat tècnic, per què no es preveu que l'hagi d'adjuntar amb aquesta declaració responsable, a fi de facilitar la tasca de comprovació de la documentació tècnica als serveis d'inspecció municipal.

Pel que fa a la comunicació prèvia, el legislador sí que li dóna més transcendència, conscient de la tradició que té en el nostre ordenament jurídic català, en el sentit que ja no és suficient la seva sola presentació, sinó que es requereix també l'acompanyament d'un projecte i certificat tècnic segons disposa l'art. 13.1.b): “El titular, o la persona que el representi, ha de posar en coneixement de l'Administració pública competent l'inici de l'activitat mitjançant una comunicació prèvia, en els termes establerts per la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, que ha d'anar acompanyada del projecte tècnic justificatiu del compliment dels requisits establerts per la normativa vigent per a accedir a l'exercici de l'activitat signat per un tècnic competent, i del certificat del tècnic competent que sigui responsable de la posada en funcionament de l'activitat.”

Malgrat aquesta diferenciació inicial, s'hi preveu un règim jurídic quasi idèntic per a ambdues modalitats d'intervenció, tant pel seu contingut, segons disposa l'art. 13.2 (“La declaració responsable o la comunicació prèvia a què fa referència l'apartat 1 ha de contenir una manifestació explícita sobre la conformitat de l'activitat econòmica amb el règim urbanístic del sòl”), com

en relació amb els seus efectes des de llur presentació, segons disposa l'apartat 3 ("La presentació de la declaració responsable o la comunicació prèvia a què fa referència l'apartat 1 habilita de manera immediata per a l'exercici de l'activitat sota la responsabilitat del seu titular, i alhora faculta l'Administració per a dur a terme qualsevol actuació de comprovació").

L'apartat 4 d'aquest mateix art. 13 vol deixar clar que el règim d'autorització no pot ser introduït per cap disposició reglamentària, qüestió a la que tornaré més endavant, quan s'abordi la problemàtica de com queda l'autonomia local amb la LSA.

Per la seva banda l'apartat 5 de l'art. 13 disposa que, per a les activitats descrites en els annexos I i II i que estiguin connectades al sistema públic de sanejament, no cal obtenir cap permís d'abocament previ, ni l'informe de compatibilitat urbanística. En primer lloc s'ha de reconèixer que no és fàcil trobar la relació que aquest precepte pot tenir amb les activitats regulades en la LSA. En qualsevol cas, sembla que cap d'aquestes activitats econòmiques de la LSA no està afectada pel Reglament metropolità d'abocament d'aigües residuals (BOPB de 9 de febrer de 2015), ni obligada a l'obtenció del permís d'abocament previ que atorga l'Àrea Metropolitana de Barcelona. I l'altra consideració que es deriva d'aquest precepte és que la connexió al sistema públic de sanejament és un servei urbanístic bàsic que ha de tenir un terreny per ser considerat solar, de conformitat amb l'art. 27.1.b) del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya; així, si no té la consideració de solar per aquest motiu, el legislador de la LSA exigeix l'obtenció de l'informe de compatibilitat urbanística abans d'iniciar l'activitat, perquè sembla considerar que en aquests casos hi ha més risc que el seu ús no sigui conforme amb el planejament urbanístic.

Més enrevessat, i que a ben segur tindrà força transcendència en la pràctica, és el contingut de l'apartat 6 d'aquest art. 13: "En el cas que les obres de condicionament dels locals per a dur a terme una activitat econòmica descrita en els annexos I i II estiguin subjectes al règim de comunicació prèvia establert per la legislació urbanística, aquesta comunicació habilita el titular per a iniciar l'activitat si compleix els requisits que exigeix l'apartat 1."

Vista aquesta redacció, sembla com si el legislador deixés clar que per a les activitats econòmiques innòcues o de baix risc que necessitin fer obres que estiguin subjectes a comunicació prèvia urbanística, n'hi haurà prou amb la presentació d'aquesta última per poder iniciar l'activitat, amb un clar intent d'unificació dels dos expedients. No obstant això, crec que serà difícil que en la pràctica es compleixi aquest desig del legislador. En efecte, perquè tot i que pot tenir cert sentit per a les activitats subjectes a declaració responsable, pel fet que no s'exigeix presentar el certificat tècnic, sinó només tenir-lo en possessió,

en canvi considero que resulta inviable per a les activitats subjectes a comunicació prèvia, pel fet que requereixen adjuntar el projecte i el certificat tècnic per poder iniciar l'activitat, cosa que només serà factible quan hagin finalitzat la totalitat de les obres a executar¹⁰. És a dir, per molt lloable que sigui qualsevol intent de simplificació administrativa, sembla inevitable que el promotor d'una activitat subjecta a comunicació prèvia hagi de tornar a fer acte de presència a l'ajuntament per adjuntar la documentació tècnica d'activitats, sense que sigui possible la unificació d'expedients mitjançant la comunicació prèvia urbanística. En qualsevol cas, estem davant d'una redacció que de segur donarà que parlar entre els juristes i tècnics privats i municipals.

Atès que l'art. 13.6 es refereix a la comunicació prèvia urbanística, val a dir que aquesta modalitat d'intervenció urbanística es troba regulada en un nou art. 187 bis del text refós de la Llei d'urbanisme que ha estat introduït per la mateixa LSA, alhora que s'ha aprofitat l'avinentesa per ampliar els actes urbanístics subjectes a comunicació prèvia urbanística.

Per últim, pel que fa a aquesta regulació dedicada al règim d'intervenció, trobo a faltar que s'abordi –de fet, per ser justos, encara cap disposició legal no ho ha fet– com queden garantits els drets procedimentals dels tercers interessats en aquestes tècniques d'intervenció *ex post*, i més quan l'art. 34.2 de l'esmentada Llei 26/2010, de règim jurídic i procediment de les administracions públiques de Catalunya, adverteix que les mesures de simplificació administrativa no poden suposar cap limitació als drets i garanties que la legislació vigent reconeix als ciutadans, i a les terceres persones interessades en qualsevol procediment administratiu.

Aquesta possible afectació de drets de tercers amb les tècniques d'intervenció *ex post*, potser quedaria disminuïda en bona part si la LSA obligués els ajuntaments a emetre, un cop presentada la comunicació prèvia o declaració responsable, un assabentat sobre la seva conformitat o no amb la normativa aplicable, el que atorgaria seguretat jurídica al promotor de l'activitat, en el benentès, òbviament, que no demoraria l'inici de l'activitat. I amb l'afegit que aquest assabentat s'hagués de publicar en la seu electrònica municipal, en un intent de facilitar als veïns la informació que l'activitat que s'acaba de posar en marxa compleix la normativa vigent.

10. Precisament per aquesta raó, l'art. 52.1 de la Llei 20/2009, del 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats, preveu que s'haurà de certificar un cop executades les obres; en concret estableix que: "La comunicació s'ha de formalitzar un cop acabades les obres i les instal·lacions necessàries, les quals han d'estar emparades per la llicència urbanística corresponent o, si escau, per la comunicació prèvia d'obres no subjectes a llicència, i també per la resta de llicències sectorials necessàries, fixades per llei o pel desplegament reglamentari d'una llei, per a dur a terme l'activitat."

2.3 Els annexos de la LSA

La LSA conté dos annexos: l'annex I, que inclou les activitats econòmiques innòcues subjectes a declaració responsable, i l'annex II, que inclou les activitats econòmiques de baix risc subjectes a comunicació prèvia. Abans d'entrar a l'anàlisi d'aquests dos annexos, cal comentar que amb ells es materialitza un dels principis d'actuació clau de la Llei, com és el d'estandardització al que ja ens hem referit, atès que els ajuntaments perden qualsevol possibilitat de participar en l'establiment de la modalitat d'intervenció perquè s'han de limitar a aplicar els annexos previstos en la LSA.

Els annexos parteixen d'un mateix supòsit, consistent en el fet que l'activitat s'exerceix a un establiment, i prenent com a referència el Decret 137/2008, de 8 de juliol, pel qual s'aprova la Classificació catalana d'activitats econòmiques.

Pel que fa a les activitats econòmiques descrites en l'annex I, sotmeses a declaració responsable, del seu examen es dedueix que es refereix a les activitats que es facin a un local que tingui, per regla general, una superfície construïda de fins a 500 m² per a les activitats de serveis i 120 m² per a les activitats comercials. Sobre aquestes últimes crida l'atenció la inclusió del comerç a l'engròs (classificació: G; descripció: comerç a l'engròs i al detall), atès que sembla difícil d'imaginar que a un local amb tan sols una superfície construïda de 120 m² es pugui realitzar aquest tipus d'activitat.

Pel que fa a les activitats econòmiques de baix risc descrites en l'annex II i subjectes a comunicació prèvia, són, per regla general, les activitats comercials que es facin a un local amb una superfície construïda que no superi els 750 m² per a establiments situats sota edificis de qualsevol ús, i els 2.000 m² per a la resta de casos. Així com també les activitats de serveis quan es superin els 500 m² de superfície construïda.

Presumiblement s'han agafat com a referència aquests límits perquè, en el cas de superar-los, l'activitat estaria inclosa dins de l'annex I de la Llei 3/2010, del 18 de febrer, de prevenció i seguretat en matèria d'incendis en establiments, activitats, infraestructures i edificis¹¹, i, conseqüentment, caldrien l'informe i el control previs de l'Administració de la Generalitat, que

11. L'annex 1 de la citada Llei 3/2010 inclou com a epígraf 5: "Establiments d'ús comercial, tant locals individuals com conjunts de locals comercials, si tenen una superfície total construïda superior a 750 m² i estan situats sota edificis de qualsevol ús, i tots els que tinguin una superfície total construïda superior als 2.000 m²"; i com a epígraf 17: "Establiments d'activitats recreatives o de pública concurrència, d'acord amb el Codi Tècnic de l'Edificació, de més de 500 m² de superfície o amb un aforament de més de 500 persones".

regula l'art. 22 d'aquesta Llei sectorial, per la qual cosa l'activitat no podria estar sotmesa a comunicació prèvia, perquè abans d'iniciar-la caldria presentar l'acte de comprovació favorable expedit per una entitat col·laboradora de l'Administració, en virtut del que s'estableix en l'art. 25 de la citada Llei.

Si bé, com s'ha insistit, la LSA pretén introduir diverses mesures de simplificació, en especial pel que fa a l'establiment de la modalitat d'intervenció per a les activitats econòmiques, val a dir que la regulació dels annexos pot suposar, paradoxalment, un pas enrere en aquest sentit.

Efectivament, diversos ajuntaments consideraven com a activitats innòcues les que es duïen a terme als establiments comercials que tenien una superfície total no superior a 400 m², en virtut de l'epígraf 12.49¹² de l'annex III de la citada Llei de prevenció i control ambiental de les activitats, que subjectava a comunicació prèvia: "Establiments comercials amb una superfície total superior a 400 m²", raó per la qual només s'hi exigia com a molt un certificat tècnic, però en cap cas un projecte tècnic. Però a partir de la LSA veiem que només passen a tenir la consideració d'activitats innòcues les comercials amb una superfície construïda inferior a 120 m², mentre que la resta que superin aquest límit queden sotmeses a comunicació prèvia, és a dir, obligant el promotor de l'activitat a adjuntar un projecte i certificat tècnic.

També hi ha un segon supòsit que pot comportar un pas enrere en relació amb la simplificació de la modalitat d'intervenció, com són els ajuntaments catalans que exigien només una declaració responsable, sense que fos necessari adjuntar-hi cap mena de documentació tècnica, per a les activitats comercials i de serveis amb una superfície útil d'exposició i venda al públic que no superés els 750 m², i que estiguessin incloses en l'annex de la Llei 12/2012, de 26 de desembre, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis. Però com que la LSA ha rebaixat considerablement el límit que permet la subjecció a declaració responsable, moltes d'aquestes activitats passaren a estar subjectes a comunicació prèvia, amb l'obligació d'adjuntar la documentació tècnica corresponent, i, el que és més important, amb el dilema conseqüent que es poden trobar els ajuntaments de si aplicar l'annex de la Llei estatal o el nou de la LSA¹³.

Davant d'aquesta disjuntiva, entenc que s'ha d'aplicar l'annex previst en la citada Llei 12/2012, per les raons següents: en primer lloc, cal recordar que

12. Cal tenir en compte que aquest epígraf 12.49 de la Llei 20/2009 ha estat suprimit per l'art. 80.22.e) de la Llei 3/2015, d'11 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives.

13. Com ja s'ha apuntat, cal tenir present que el contingut dels annexos de la LSA serà objecte de debat i negociació en la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, en virtut de la Resolució de 30 d'octubre de 2015 (BOE de 26 de novembre de 2015).

estem davant d'una llei bàsica, d'acord amb la seva disposició final onzena, però també que aquesta llei estatal bàsica no permet a les comunitats autònomes augmentar l'exigència a nivell d'intervenció administrativa segons preveu la seva disposició final desena¹⁴, cosa que fa la LSA quan redueix l'àmbit d'aplicació de la declaració responsable per preveure més supòsits en què cal presentar documentació tècnica. Per tant, atès que l'esmentada llei 12/2012 preveu una menor intervenció administrativa que la prevista en els annexos de la mateixa LSA, entenc que aquesta disposició legal estatal és d'aplicació preferent en base als diferents preceptes jurídics que exigeixen la menor intervenció entre els possibles mitjans d'intervenció que siguin aplicables, com ara el vigent art. 39 bis.1 de la llei 30/1992¹⁵ (“Les administracions públiques que en l'exercici de les seves respectives competències estableixin mesures que limitin l'exercici de drets individuals o col·lectius o exigeixin el compliment de requisits per a l'exercici d'una activitat han d'escollir la mesura menys restrictiva, [...]”); l'art. 6.2 del Reglament de serveis de les corporacions locals (“*Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual*”); o, en el mateix sentit, l'art. 5.2 de la llei 20/2013, de garantia de la unitat de mercat.

Així, podem concloure que els annexos de la LSA no guarden massa coherència amb el seu principi de la intervenció administrativa mínima per a l'inici de l'activitat (art. 4.b), atès que rebaixa l'àmbit d'actuació de la declaració responsable per a una major intervenció administrativa i posa en perill el compliment del seu principi d'estandardització, en cas que els ajuntaments es decantin per l'annex de l'esmentada llei 12/2012 en lloc de la LSA.

D'altra banda, mereix també una menció especial com queden les activitats d'hostaleria. En aquest sentit cal recordar que la citada llei 3/2015, de mesures fiscals, financeres i administratives, suprimia l'epígraf 12.36 de l'annex II (activitats sotmeses al règim de llicència ambiental) de la llei 20/2009: “Establiments hotelers en tots els grups, modalitats, categories i especialitats amb un nombre d'habitacions superior a 400”; i també s'hi suprimia l'epígraf 12.36 de l'annex III (activitats sotmeses al règim de comunicació): “Establiments ho-

14. Aquesta disposició final desena de la llei 12/2012 disposa el següent: “Les comunitats autònomes, en l'àmbit de les seves competències, poden ampliar el llinard de superfície i el catàleg d'activitats comercials i serveis, previstos en el títol I i a l'annex d'aquesta llei, així com determinar qualssevol altres supòsits d'inexigibilitat de llicències. Així mateix, poden establir regulacions sobre aquestes mateixes activitats amb menys intervenció administrativa, incloent-hi la declaració d'innocuitat.”

15. Amb la nova llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (BOE, suplement en llengua catalana al núm. 236, de 2 d'octubre de 2015), els principis d'intervenció de les administracions públiques per a la realització d'una activitat es troben recollits en l'art. 4, si bé aquesta disposició legal entrarà en vigor el 2 d'octubre de 2016.

telers en tots els grups, modalitats, categories i especialitats amb un nombre d'habitacions de fins a 400". Però en canvi la LSA sotmet a comunicació prèvia dins del seu annex II, classificació I ("Hostaleria"), epígraf 551: "Hotels i allotjaments similars: si el nombre de places disponibles és inferior a 20".

Així doncs, i després de totes aquestes modificacions, tenim que només queden sotmesos a una intervenció de l'activitat els establiments amb un nombre de places inferior a 20, i en canvi no els de més de 20 places, que queden exempts de qualsevol control i inspecció de l'activitat, a excepció del control previ d'incendis¹⁶, el que suposa, sens dubte, tota una contradicció pel que fa al compliment del principi de proporcionalitat que han de respectar els règims d'intervenció de les activitats econòmiques, segons disposa l'art. 5.6 de la mateixa LSA.

Tanmateix, val a dir que hi ha tota una sèrie d'activitats econòmiques que són freqüents a la pràctica, com ara els magatzems, que no es troben recollits en els annexos de la LSA, per la qual cosa entenc que només serà exigible la presentació de documentació als efectes d'intervenció de l'activitat, si així està previst en la respectiva ordenança municipal¹⁷.

I per últim, mencionar que l'art. 20 de la LSA afegeix un nou epígraf 12.59 a l'annex II de la citada Llei 20/2009, però alhora hi suprimeix els següents: 6.9; 11.8; 12.27; 12.28; 12.29; 12.30; 12.40 i 12.58, sense que s'hi especifiqui a quins annexos cal integrar-los d'ara endavant. A més, cal recordar que aquesta modificació dels epígrafs ve just després, com ja s'ha dit, de la supressió de diversos d'ells per la citada Llei 3/2015, d'11 de març. Per totes aquestes successives modificacions resultarà ben difícil, fins i tot per part dels tècnics municipals competents, saber amb exactitud quina és la modalitat d'intervenció aplicable a cadascuna de les activitats econòmiques, amb la consegüent inseguretats jurídica.

3

L'impacte negatiu de la LSA sobre l'autonomia local

Si ja va ser una forta sotragada per a l'autonomia local l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Ad-

16. Dins del citat annex I de la Llei 3/2010 es preveu: "4. Establiments d'ús residencial públic, d'acord amb el Codi tècnic de l'edificació si tenen un nombre de places superior a 20".

17. Aquesta va ser una de les conclusions més rellevants de la sessió de treball sobre la LSA realitzada entre diversos lletrats i lletrades municipals, i organitzada per l'Oficina d'Activitats de la Diputació de Barcelona en data 19 d'octubre de 2015.

ministració local, ara s'hi ha d'afegir la LSA, que en la meua humil opinió suposa una nova retallada a l'autonomia dels ajuntaments catalans¹⁸. I es fa aquesta afirmació a partir de l'anàlisi dels següents supòsits continguts en la mateixa LSA.

3.1

El buidament de la potestat normativa dels ens locals catalans

3.1.1

En matèria d'activitats econòmiques innòcues i de baix risc

La LSA barra del tot la possibilitat que una ordenança municipal introdueixi un règim d'autorització per a les activitats econòmiques, en virtut del que disposa l'art. 13.4: “Les administracions públiques no poden introduir el règim d'autorització en el desplegament reglamentari de les normes sectorials que afecten les activitats econòmiques regulades per aquest capítol.”

Però, a més a més, els annexos de la LSA concreten de manera uniforme per a tots els ajuntaments catalans a quina modalitat d'intervenció queden sotmeses les activitats econòmiques descrites com a innòcues i de baix risc, donant així compliment a un dels principis d'actuació relatius a la intervenció administrativa en l'exercici de l'activitat econòmica proclamats per la LSA, com és l'estandardització (art. 4.f).

Ara bé, aquest clar i taxatiu mandat de l'estandardització en la modalitat d'intervenció administrativa, sembla que no concordi gaire i que deixi pràcticament inoperatiu el contingut del ja analitzat art. 9 de la mateixa LSA, on –recordem-ho–, es convidava les administracions públiques de Catalunya a impulsar mecanismes alternatius a la intervenció administra-

18. Si bé s'han publicat diversos i molt bons estudis sobre la Llei 27/2013, per a l'elaboració d'aquest article m'he basat, fonamentalment, en: CEBRIÁN ABELLÁN, M., *El régimen local tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Actualizado a las últimas reformas legislativas*, La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Bosch, 2014 (en especial, els capítols II: “Autonomia local” –p. 39-46– i XX: “Intervención de la actividad de los ciudadanos” –p. 679-704–); NÚÑEZ RIVERO, C. y GARCÍA ARANDA, S., “La autonomía de los entes locales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, p. 407-438; VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundació Democràcia i Govern Local, primera edició, 2014, p. 75-136; i SALAZAR BENÍTEZ, O., “La autonomía local devaluada: la dudosa racionalidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, p. 369-394.

tiva. Per tant, entenc que el legislador incorre en una contradicció, perquè si s'imposa l'estandardització difícilment queda marge per impulsar mecanismes alternatius.

D'altra banda, ens podem trobar amb la paradoxa que mentre, com veiem, per a les activitats econòmiques innòcues i de baix risc no s'hi permeti cap participació dels ajuntaments, en canvi, per a les de més incidència ambiental subjectes en principi a llicència ambiental, s'hi permet plena llibertat als ajuntaments per passar-les a subjectar a comunicació prèvia ambiental¹⁹, conseqüentment, sense cap exigència d'estandardització.

En qualsevol cas, queda clar que amb l'entrada en vigor de la LSA ja no es deixa cap esquerda als ajuntaments catalans perquè puguin introduir, mitjançant una ordenança, alguna especificitat a la modalitat d'intervenció²⁰, no només per establir el règim d'autoritzacions, sinó també per a les activitats econòmiques innòcues i de baix risc.

Davant d'aquest nou marc jurídic fixat per la LSA, crec interessant posar-lo en comparació amb la regulació establerta per part del legislador estatal, a fi d'esbrinar quines són les diferències pel que fa al règim d'intervenció administrativa de l'activitat econòmica. Amb aquesta finalitat passo a reflectir, de manera breu, els trets que considero més rellevants de l'ordenament jurídic estatal:

i. En primer lloc, cal recordar que s'exigeix reserva de llei per establir un règim d'autorització per a les activitats de serveis en virtut del que disposa l'art. 5 de la citada Llei "Paraigües".

ii. Aquesta exigència de reserva de llei per establir un règim d'autorització s'estén a tota l'activitat econòmica en virtut de l'art. 17.1 de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat.

iii. Però aquesta situació entenc que es capgira amb la modificació de l'art. 84 bis de la Llei 7/1985, reguladora de les bases del règim local (introduït prèviament per la Llei 2/2011, d'economia sostenible), per part de la citada Llei 27/2013²¹. I ho entenc així perquè l'apartat 1 d'aquest article, quan

19. Segons preveu l'art. 7.1.d) de la citada Llei 20/2009, que disposa el següent: "Els ajuntaments poden establir que algunes activitats de l'annex II subjectes al règim de llicència ambiental, situades en determinades zones urbanes i amb una qualificació urbanística determinada se sotmetin al règim de comunicació establert en el títol quart."

20. En aquest mateix sentit entenc que cal interpretar la modificació de l'art. 20.2 de la Llei 3/2010, de prevenció i seguretat en matèria d'incendis en establiments, activitats, infraestructures i edificis, per part de l'art. 21 de la LSA, que ja no permet que la normativa municipal pugui establir un acte de comprovació abans de l'inici de l'activitat.

21. L'art. 84 bis.1.a) de la Llei 7/1985 disposa: "1. Sense perjudici del que disposa l'article anterior, amb caràcter general, l'exercici d'activitats no se sotmet a l'obtenció d'una llicència

regula els requisits que han de concórrer per establir un règim d'autorització per a les activitats econòmiques, i no les sotmeses a tècniques *ex post*, que queden fora del seu àmbit, no fa cap tipus de referència expressa al fet que només es pugui establir per llei, a diferència de l'apartat 2, on sí que es preveu la reserva de llei per a l'establiment del règim d'autorització en relació amb les instal·lacions o infraestructures per a l'exercici de les activitats econòmiques. Així, entenc que es permet als ajuntaments establir, mitjançant una ordenança, el règim d'autorització per a les activitats econòmiques, si bé hauran de complir tots els requisits previstos en l'art. 84 bis.1 i no contradir la llei sectorial. Davant d'aquesta apreciació se'm podria argumentar que contradiu el que disposen els anteriors art. 5 de la Llei "Paragües" i 17.1 de la Llei de garantia de la unitat de mercat, però vull remarcar que la Llei 27/2013 que dona aquest redactat a l'art. 84 bis.1 és una llei ordinària com les altres, però d'aplicació preferent, pel fet de ser una llei posterior, i a més, en el nostre cas, una *lex specialis*.

Feta aquesta breu comparativa entre la legislació estatal i l'autònoma catalana, hom pot deduir que la gran diferència és que –s'hi insisteix– la LSA introdueix l'estandardització com un principi d'actuació de la intervenció administrativa, sense permetre cap mena de participació a l'ordenança municipal en l'establiment del règim d'intervenció de les activitats econòmiques, i no només pel que fa a l'establiment d'un règim d'autorització, sinó també per a les tècniques *ex post* que intervenen les activitats econòmiques innòcues i de baix risc; mentre que la Llei reguladora de les bases del règim local permet als ajuntaments introduir fins i tot el règim d'autorització, amb el compliment del requisits preestablerts legalment.

D'altra banda, aquesta manca de sensibilització de la LSA envers l'autonomia local també es visualitza en el ja citat art. 8.1 que regula el "Règim sancionador" aplicable per a les activitats econòmiques regulades en aquesta Llei, pel fet de no permetre cap tipus de participació per part dels ajuntaments en la tipificació d'infraccions. I es fa aquesta afirmació, perquè considero que seria admissible jurídicament que la LSA fixés el criteri mínim d'antijuridicitat per després ser concretat pels ajuntaments, com així succeeix per exemple amb el títol XI de la Llei 7/1985: "Tipificació de les infraccions i sancions per les entitats locals en determinades matèries" (art. 139 a 141).

o un altre mitjà de control preventiu. No obstant això, es pot exigir una llicència o un altre mitjà de control preventiu respecte a les activitats econòmiques: a) Quan estigui justificat per raons d'ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient en el lloc concret on es fa l'activitat, i aquestes raons no es puguin salvaguardar mitjançant la presentació d'una declaració responsable o d'una comunicació."

3.1.2 En matèria d'urbanisme

També ens hem d'ocupar d'analitzar l'art. 22.2 de la LSA, perquè modifica l'art. 187 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya. Una primera consideració sobre aquesta modificació ha d'ésser positiva, perquè entenc que posa coherència entre la redacció primitiva d'aquest article de la Llei d'urbanisme i les novetats substancials, fins i tot algunes a risc d'extralimitar-se, que havia introduït el Decret 64/2014, de 13 de maig, pel qual s'aprova el Reglament de protecció de la legalitat urbanística. A més, un altre encert que trobo que té la LSA amb aquesta modificació és que amplia els supòsits d'actes urbanístics que queden subjectes a comunicació prèvia, mitjançant la introducció del ja citat art. 187 bis al text refós de la Llei d'urbanisme, conseqüentment amb una clara contribució a la simplificació dels procediments urbanístics²².

Però aquesta modificació del text refós de la Llei d'urbanisme té un rerefons coherent amb un dels objectius principals de la LSA, que no és cap altre que l'estandardització de la modalitat d'intervenció, però en aquesta ocasió en la legislació urbanística catalana.

Aquestes afirmacions es fonamenten en el fet que la nova redacció de l'art. 187.1, quan preveu tots els supòsits en què els actes urbanístics queden subjectes a llicència urbanística, deixa de preveure un dels apartats que tradicionalment sempre apareixia en la legislació urbanística catalana, i que encara ho fa en el dret autonòmic comparat, com és la lletra s): “Totes les altres actuacions en què ho exigeixin el planejament urbanístic o les ordenances municipals.”

Però, a més a més, la disposició derogatòria, apartat 1, de la LSA, disposa el següent: “Es deroguen els apartats 1 i 2 de l'article 5 i els articles 6 i 71 del Reglament sobre protecció de la legalitat urbanística, aprovat pel Decret 64/2014, del 13 de maig.”

Per tant, es deroga la regulació continguda en el Reglament de protecció de la legalitat urbanística sobre quins actes urbanístics estan subjectes a llicència urbanística (art. 5) i quins actes no n'estan (art. 6), cosa que sembla coherent, pel fet de quedar recollida en el nou art. 187, a fi d'evitar contra-

22. Tanmateix, val a dir que trobo a faltar alguna menció al règim jurídic de la comunicació prèvia urbanística en el text refós de la Llei d'urbanisme, atès que ni tan sols s'hi fa esment a si la seva eficàcia és immediata o diferida des de la seva presentació, i s'ha d'acudir necessàriament al text reglamentari del citat Decret 64/2014 per tal de saber que amb caràcter general es preveu una eficàcia immediata (art. 72.3), excepte per a la primera utilització i ocupació dels edificis, que té eficàcia diferida (art. 75.2).

diccions. Però, com veiem també, es deroga l'art. 71 del citat Reglament, que portava com a títol: “Actes subjectes a comunicació prèvia”, i que en el seu apartat 2 contenia el següent: “Les ordenances municipals sobre ús del sòl i edificació poden substituir l'exigència de llicència urbanística per la de comunicació prèvia per a actes determinats en funció de la seva entitat o característiques.”

Doncs bé, pràcticament un any després ara es diu tot el contrari, perquè a partir de la LSA no es permet que les ordenances municipals puguin substituir la llicència urbanística per la comunicació prèvia urbanística, és a dir, es torna a prohibir qualsevol participació de l'ordenança municipal en la concreció de la modalitat d'intervenció, però aquesta vegada en matèria urbanística.

3.1.3

La nova redacció de l'art. 236.2 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya com a “clàusula de tancament” de la potestat reglamentària dels ens locals en la fixació de la modalitat de la intervenció

Com si no fos suficient aquesta prohibició de la participació de l'ordenança municipal en matèria d'activitat econòmica i d'urbanisme, cal afegir la nova redacció de l'art. 236.2²³ del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, que en fa l'art. 19.13 de la LSA, consistent en la introducció de la legalitat com un dels principis que han de regir l'activitat d'intervenció: “L'activitat d'intervenció s'ha d'ajustar, en tot cas, als principis de legalitat, de no-discriminació, de necessitat i proporcionalitat amb l'objectiu que es persegueix, i de respecte a la llibertat individual.”

Sota el meu parer, la inclusió expressa del principi de legalitat no només cal interpretar-la com la lògica aplicació del principi de jerarquia normativa de l'art. 9.3 de la Constitució espanyola, en el sentit que una disposició re-

23. Crec interessant apuntar també que s'introdueix un nou apartat 3, lletra a), d'aquest mateix art. 236, per establir que l'exercici de l'activitat (no sols l'econòmica) només podrà estar sotmès a control preventiu quan estigui justificat per “alguna de les raons imperioses d'interès general reconeguda pel dret comunitari”, regulació que pot entrar en conflicte directe amb el citat art. 84 bis de la Llei reguladora de les bases del règim local, atès que recordem que en aquest precepte jurídic es prohibeix que l'activitat en general pugui estar sotmesa a autorització prèvia, i quan fa referència expressa a les activitats econòmiques ja no exigeix la concurrència de raons imperioses d'interès general per legitimar l'establiment d'un règim d'autorització, sinó que només l'admet en base a les raons concretes següents: “ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient en el lloc concret on es fa l'activitat, i aquestes raons no es puguin salvaguardar mitjançant la presentació d'una declaració responsable o d'una comunicació.”

glamentària no pot contradir una llei, sinó que, a més, entenc que té com a finalitat deixar clar que només per llei es pot establir el règim d'intervenció de l'activitat ciutadana, en coherència amb una interpretació conjunta de la regulació prevista en matèria d'activitat econòmica i d'urbanisme per part de la mateixa LSA. D'aquesta manera, considero que l'art. 236.2 fa la funció de "clàusula de tancament", a l'efecte de garantir que els ens locals no utilitzin la potestat reglamentària en la fixació de la modalitat d'intervenció en qualsevol matèria sectorial.

Sens dubte que aquesta modificació és transcendental, atès que fins ara l'establiment de la modalitat d'intervenció no estava presidida pel principi de legalitat, a fi de permetre que també es pogués fonamentar en una norma reglamentària, en concordança amb el que disposava l'art. 71 del citat Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals.

D'altra banda, si posem en comparació aquesta nova redacció de l'art. 236.2 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya amb el que es preveu en la legislació estatal de règim local, veiem que en l'art. 84.2 de la citada Llei 7/1985 s'estableix que: "L'activitat d'intervenció de les entitats locals s'ha d'ajustar, en tot cas, als principis d'igualtat de tracte, necessitat i proporcionalitat amb l'objectiu que es persegueix."

Per tant, la legislació estatal bàsica de règim local no preveu la legalitat com un principi que hagi de regir l'activitat d'intervenció, i, fent una interpretació conjunta amb el ja comentat art. 84 bis.1 de la mateixa Llei 7/1985, podem concloure que es garanteix una mínima participació de l'ordenança municipal en la concreció de la modalitat d'intervenció, a diferència, com hem vist, de la LSA.

Davant d'aquesta diferent regulació de la potestat d'intervenir l'activitat dels ciutadans, ens pot sorgir el dubte més que raonable de si és admissible que la LSA rebaixi aquest estàndard mínim d'autonomia local garantit per la citada Llei estatal bàsica de règim local, alhora que cal tenir present que arran de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, s'han imposat uns límits o un nucli essencial que el legislador autonòmic no pot superar en la seva funció de fixació de les competències locals, o dit d'una altra manera, ara el joc es centra entre els art. 149.1.18 i 137 i 140 de la Constitució, quedant pràcticament excloses les comunitats autònomes, que només poden aprovar legislació d'execució²⁴.

24. Aquesta nova interpretació per part del Tribunal Constitucional dels límits que s'imposen a les comunitats autònomes sobre la fixació de les bases del règim local, és criticada per VELASCO CABALLERO, F., *op. cit.*, en especial en la p. 81.

3.2

El procediment per a la suspensió temporal de la prestació de determinats serveis per part dels municipis es pot iniciar a instàncies de la Comissió de Govern Local de Catalunya²⁵

L'art. 19.1 de la LSA introdueix un nou art. 69 bis al citat text refós de la Llei municipal i de règim local, que s'emmarca dins dels preceptes jurídics dedicats a les competències locals. Val a dir que en aquest text refós de la Llei municipal i de règim local es descriu quines són les competències locals (art. 66), per tot seguit determinar quins són els serveis mínims (art. 67) i acabar amb el procediment de dispensa de prestació d'aquests serveis mínims (art. 68 i 69).

Tot i que sembla inevitable que ens preguntem què fa un precepte d'aquest contingut en una suposada Llei de simplificació de l'activitat administrativa, el cert és que s'afegeix un nou art. 69 bis del text refós de la Llei municipal i de règim local que té per objecte establir un procediment per a la suspensió temporal de la prestació de serveis sectorials que no tenen la consideració de mínims per no estar inclosos en l'art. 67. De la lectura d'aquest nou precepte, entenc que l'aspecte més polèmic és el seu apartat 6, quan estableix que: “La Comissió de Govern Local de Catalunya, d'ofici o a iniciativa d'un municipi, pot identificar mesures de suspensió temporal de la prestació d'activitats i serveis públics atribuïts per una llei sectorial de Catalunya i proposar les accions necessàries per a iniciar el procediment de suspensió”.

De la seva redacció es desprèn que no només el municipi interessat pot iniciar aquest procediment per a la suspensió temporal de la prestació de determinats serveis, tal com sembla deduir-se dels apartats 2 i 3 d'aquest mateix art. 69 bis, sinó que també pot iniciar-se a instàncies d'un òrgan de la Generalitat de Catalunya com és la Comissió de Govern Local de Catalunya, mitjançant la identificació de mesures de suspensió temporal o proposant accions necessàries per iniciar-lo. Per aquest motiu, entenc que el municipi queda totalment a expenses i a remolc del pronunciament discrecional d'un òrgan supralocal en una matèria que forma part, intrínsecament, de l'àmbit de la gestió dels seus respectius interessos locals com és la decisió de quins serveis no mínims es prestaran i quins no. I s'ha dit pronunciament discrecional perquè la Llei mateixa no fixa uns criteris mínims objectius que permetin avaluar la proporcionalitat de les mesures i accions necessàries proposades per tal d'ini-

25. Val a dir que aquesta modificació introduïda per la LSA ha estat valorada negativament pel Col·legi de Secretaris, Interventors i Tresorers de l'Administració Local de Catalunya i per la Federació de Municipis de Catalunya, en el respectius escrits d'al·legacions presentats durant el tràmit d'audiència del Projecte de LSA.

ciar aquest procediment, raons per les quals sembla lògic que ens plantegem si el seu contingut té certa similitud amb un control supralocal d'oportunitat no permès en virtut de l'establert en l'art. 137 de la Constitució²⁶.

En aquest sentit cal puntualitzar que, a diferència del nou art. 69 bis, l'art. 68 que regula el procediment de dispensa de prestació dels serveis mínims locals només preveu que pugui ser iniciat pel mateix municipi afectat, per la qual cosa aquí sí que es respecta completament el caràcter voluntari del procediment, i no es dóna peu a cap possible control d'oportunitat supralocal.

4

Conclusions

Fins l'entrada en vigor de la LSA, podem considerar que el legislador català havia estat molt respectuós amb l'autonomia local, en el sentit de donar marge suficient a les ordenances municipals a fi que concretenessin el règim d'intervenció administrativa per a les activitats econòmiques de menys incidència ambiental. Així, per exemple, en la Llei 3/1998 d'intervenció integral de l'Administració ambiental es permetia als ajuntaments catalans que poguessin substituir el règim de comunicació pel de llicència d'obertura d'establiments per a determinades activitats del seu annex III (art. 41.3). O també, com ja hem dit, en la vigent Llei 20/2009 de prevenció i control ambiental de les activitats es permet als ajuntaments catalans que puguin establir que algunes activitats de l'annex II subjectes al règim de llicència ambiental, situades a determinades zones urbanes i amb una qualificació urbanística determinada, se sotmetin al règim de comunicació (art. 7.1.d).

Però, com hem vist, la LSA suposa un clar punt d'inflexió, per la seva evident aposta per l'estandardització en l'establiment de la modalitat d'in-

26. Cal dir que en el citat Dictamen 10/2015, d'1 de juliol, sobre el Projecte d'aquesta Llei, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya va declarar que l'art. 69 bis no vulnerava els art. 140 de la Constitució i 86.3 de l'Estatut, en base a l'argument següent: "Entenem que aquesta participació s'ha de situar tanmateix en el marc de les seves funcions de representació dels municipis i de les vegueries en les institucions de la Generalitat, que li confereix l'Estatut (art. 85 EAC). A més, aquesta eventualitat, com, arribat el cas, l'emissió d'un informe, no té en cap cas efectes vinculants ni condiciona la decisió autònoma del municipi d'iniciar o no el procediment de suspensió voluntària" (p. 40). Però entenc que el Dictamen no té en compte que l'apartat 6 de l'art. 69 bis no es refereix a un simple informe, com sí que ho fa l'apartat 4 d'aquest mateix article, sinó que habilita un òrgan de la Generalitat de Catalunya per instar l'inici del procediment, i que difícilment la seva petició serà no atesa, atès que la resolució final d'aquest procediment és atribuïda al conseller o consellera de la mateixa Generalitat de Catalunya.

tervenció, en clar detriment de l'autonomia local²⁷. I a més ho fa, de manera sorprenent, per a les activitats econòmiques innòcues i de baix risc, quan aquestes es caracteritzen, precisament, pel fet que els seus efectes no transcendeixen el terme municipal mateix, raó per la qual encara resulta més difícil de comprendre perquè la LSA no permet cap tipus de participació dels ajuntaments catalans en la determinació del règim d'intervenció per a aquestes activitats econòmiques “locals”. Sense oblidar que aquest règim d'intervenció caracteritzat per la nul·la participació local es torna a reproduir en matèria urbanística.

Sembla que amb aquesta regulació el legislador de la LSA oblidí que una de les conseqüències del principi d'autonomia local protegit per la Constitució espanyola (art. 137 i 140) és el fet que es reconegui als municipis la potestat reglamentària o normativa, segons disposa l'art. 4.1.a) de la Llei reguladora de les bases del règim local. També recordem que a Catalunya es reconeix aquesta potestat en l'art. 87.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya en concordança amb l'art. 8.1.a) del text refós de la Llei municipal i de règim local.

Per tant, davant d'aquesta regulació, que –no oblidem-ho– forma part del bloc de constitucionalitat, hom podria pensar que els ajuntaments podrien establir quina és la modalitat d'intervenció per a aquestes activitats econòmiques “locals”, pel fet de considerar-les com a assumptes que afecten directament la gestió dels seus respectius interessos, tal com disposa l'art. 137 de la Constitució²⁸. Però, en no fer-ho, sembla lògic que ens sorgeixin dubtes sobre la redacció de la LSA si se li aplica el principi d'autonomia local com a cànon de constitucionalitat. Com també genera

27. Per a una comprensió completa de la relació entre les lleis autonòmiques, com és la LSA, i l'autonomia local, entenc imprescindible la lectura de VELASCO CABALLERO, F., *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2009; de les moltes i valuoses consideracions jurídiques que s'hi realitzen, per raons de brevetat, em limitaré a reproduir la conclusió següent: “[...] el Derecho local, entendido como sistema, no se articula únicamente a través de los criterios de jerarquía, competencia y reserva de ley. Que es necesario partir de esos criterios, comunes a todo el sistema de fuentes, pero que su relevancia última puede venir determinada por la vigencia del ‘principio constitucional de la autonomía local’. Esto es, de un mandato constitucional, dirigido a todos los poderes públicos (y, por tanto, al poder estatutario y al legislativo, estatal o autonómico) para que maximicen la autonomía local. Eso sí, en los términos de la propia competencia y previa ponderación con otros bienes o principios constitucionales” (p. 183).

28. No obstant això, cal apuntar que la doctrina ha criticat la resistència de les comunitats autònomes a delegar competències als ens locals en matèria de control de les activitats; en aquest sentit crec interessant citar DOMPER FERRANDO, J., “Control ambiental y autonomía local (Adecuación de la normativa del Estado y de las comunidades autónomas sobre actividades clasificadas a la autonomía local)”, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 1998, p. 165-215, en especial p. 209.

dubtes sobre la seva plena conformitat amb l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, sobretot després que la seva reforma del 2006 fes una aposta decidida per garantir al municipi l'autonomia local per a l'exercici de les competències que té encomanades (art. 86.3), entre d'altres, la competència de “regulació de l'establiment d'autoritzacions i promocions de tot tipus d'activitats econòmiques, especialment les de caràcter comercial, [...]” (art. 84.2.i)²⁹.

Altrament, aquesta manca de reconeixement de la potestat normativa local està justificada per a les activitats sotmeses a autorització ambiental o en la gran majoria de les llicències ambientals, pel fet que hi concorren interessos supralocals, però no, insisteixo, per a aquestes activitats econòmiques “locals” regulades en la LSA.

Ara bé, cal reconèixer que malauradament la LSA no és un cas aïllat, sinó que s'hi observa –almenys aquesta és la meva percepció– una clara tendència a rebaixar l'autonomia local en les últimes disposicions legals aprovades. Al meu entendre, això s'explica en part pel fet que el dret europeu cada vegada posa més obligacions i criteris uniformadors d'obligat compliment per als seus estats membres.

Però també, en aquests últims anys el legislador estatal ha apostat, sota el pretext d'intentar adoptar mesures pal·liatives contra la greu crisi econòmica, per una clara reconstrucció i recentralització del dret administratiu a través del títol competencial de l'art. 149.1.18 de la Constitució, amb l'últim objectiu d'imposar un únic mercat que requereix implantar un únic règim d'intervenció administrativa per a tot el territori estatal. I ara, a Catalunya –hi insisteixo– cal sumar-hi la citada LSA.

Davant d'aquesta “tendència” legislativa, entenc que no es pot ajornar més la reflexió de si cal posar fre al fet que les lleis ordinàries estatals i autonòmiques envaeixin amb total llibertat el principi de l'autonomia local, oblidant que la potestat normativa local no deriva de la llei, sinó directament de la mateixa Constitució espanyola i de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, alhora que suposa una clara demostració que la influència dels ens locals en l'elaboració de les lleis és pràcticament insignificant, a més també de quedar palesa la poca utilització, potser per la seva ineficàcia, del procediment de conflicte en defensa de l'autonomia local regulat en la Llei orgànica 2/1979 del Tribunal Constitucional.

²⁹. En aquest sentit convé apuntar que el Tribunal Constitucional (Ple), en la Sentència 57/2015, de 18 de març, ha reconegut novament l'urbanisme i el medi ambient com a competències essencialment locals, pel fet de ser assumptes del seu interès (FJ 6).

En aquest sentit subscric, com a possible solució, la tesi proposada per una part de la doctrina³⁰, consistent en el fet que potser seria convenient aprovar una llei orgànica que fixés les bases d'autoorganització i les competències locals que deriven directament dels art. 137, 140 i 141 de la Constitució³¹; és a dir, que s'estableixi el nucli dur de l'autonomia local en una llei que formi part del bloc de constitucionalitat, a fi d'evitar les contínues invasions del legislador ordinari estatal i autonòmic que, fins i tot, poden buidar de contingut la potestat normativa local en matèries que afecten directament la gestió dels seus interessos.

En qualsevol cas, l'única certesa irrefutable és que la LSA ja fa uns mesos que ha entrat en vigor, i que els ajuntaments catalans l'han d'aplicar, sense oblidar que a més s'estableix expressament que les disposicions legals i reglamentàries que s'hi oposin s'hi hauran d'adequar en el termini d'un any (disposició final primera).

30. Aquesta tesi és recolzada per SALAZAR BENÍTEZ, O., *op. cit.*; en especial, p. 393. I també és apuntada per PAREJO ALFONSO, L., "Las bases del régimen local en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 37, febrer de 2015, p. 12-40, en especial p. 30.

31. En la Sentència núm. 132/2014, de 21 de juliol, el Tribunal Constitucional (Sala Segona) ha diferenciat entre el nucli dur de l'autonomia local i la resta de matèries, quan proclama que "*solo aquellos extremos de la LBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18 CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental*" (FJ 5 *in fine*).

QDL40

**Ponencias,
crónicas y
notas**

Reflexiones sobre la responsabilidad profesional de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional^{1,2}

FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO
*Secretario general de la Diputación de Sevilla.
Secretario general del Consorcio de Transporte
Metropolitano del Área de Sevilla*

1. **El concepto de responsabilidad profesional**
2. **Criterios de clasificación de la responsabilidad profesional legal**
 - 2.1. En función del tercero perjudicado
 - 2.1.1. La propia Administración de desempeño (*ex officio*)
 - 2.1.2. Cualquier ciudadano o empresa lesionados
 - 2.1.3. Los propios compañeros
 - 2.2. En función de la naturaleza de la responsabilidad causante del daño
 - 2.3. En función del daño producido por la actividad profesional
 - 2.4. En función de la naturaleza de la actividad que genera la responsabilidad
 - 2.5. Por el tipo de obligaciones profesionales incumplidas

Artículo recibido el 08/10/2015; aceptado el 26/01/2016.

1. Ponencia impartida en el IV Congreso Andaluz Cosital, el día 23 de octubre de 2015, en El Rompido, Huelva.

2. Dados el foro de exposición de la ponencia y su contenido objetivo de estudio, no he pretendido revestirla del carácter de “trabajo de investigación”, sino más bien de reflexiones aderezadas con razonamientos jurídicos tanto míos propios como de otros compañeros que, por su lucidez, he incorporado al texto, aunque, groseramente, no haga las correspondientes citas a pie de página.

Agradezco a Juan Antonio Sánchez, TAG de la Secretaría General de la Diputación de Sevilla, su ayuda en la redacción de esta ponencia.

- 2.5.1. Las legal o reglamentariamente determinadas para los distintos funcionarios con habilitación de carácter nacional
 - 2.5.2. Las complementarias que puedan atribuirse por Relación de Puestos de Trabajo o acuerdo de pleno
 - 2.6. Por el ámbito del derecho en el que hayamos incurrido en responsabilidad
 - 2.7. Por la singularidad o especificidad de la responsabilidad
- 3. En defensa de la actividad profesional**

Resumen

Estamos en un ciclo político y administrativo en el que el concepto “control” ha tomado fuerza. Aquellos operadores jurídicos llamados a desarrollar dicha labor deben reflexionar sobre su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Una responsabilidad que se manifiesta principalmente hacia el exterior, que podríamos denominar responsabilidad profesional activa, y otra que caracterizaríamos como el necesario mantenimiento integral del estatus funcional por parte de todos, especialmente alcaldes, que permitan su ejercicio con objetividad y profesionalidad. Del indebido ejercicio de la primera pueden aparecer responsabilidades civiles, penales, disciplinarias y deontológicas; de no dejar hacer la labor profesional con argucias y torticeras aplicaciones del derecho nacen otras parecidas.

Y todo ello bajo lo que debe ya ser reconocido por todos como un mito urbano desaparecido: la “advertencia de ilegalidad”.

Palabras clave: *control; responsabilidad profesional; responsabilidad civil; responsabilidad penal; responsabilidad disciplinaria; responsabilidad deontológica; advertencia de ilegalidad.*

Some thoughts on the professional accountability of civil servants of local governments with national qualification

Abstract

The concept of “control” has regained strength in the current political and administrative cycle. Legal professionals in charge of this task must think about their own accountability. This accountability could be understood in two ways. First, the so-called active professional accountability, and second the accountability characterized as the preservation of the integrity of the civil servant status, in particular of majors, which should allow to

carry out the tasks of civil servants with objectivity and professionalism. In case of breach of the first type of accountability, this breach may imply civil, criminal, disciplinary and ethical accountability; and in case of not allowing carrying out the professional duties through quibbling and misuses interpretations of the law, it could entail similar kinds of accountability.

And everything under the figure of “warning of illegality”, an urban myth that all of us should recognized as non-existent.

Keywords: control; professional accountability; civil accountability; criminal accountability; disciplinary accountability; ethical accountability; “warning of illegality”.

“No actuamos correctamente porque tenemos virtud o excelencia, sino que las tenemos porque ya hemos actuado correctamente”

ARISTÓTELES

1

El concepto de responsabilidad profesional

Aquiles Menéndez, en su libro *Ética profesional*, define la responsabilidad como deber, y es entendida como la obligación de responder de nuestros actos ante un tribunal. Se habla de responsabilidad moral cuando el tribunal es Dios o la propia conciencia, y de responsabilidad legal cuando el tribunal es el Poder Judicial.

La responsabilidad profesional comparte aspectos tanto de la responsabilidad moral como de la legal, y tiene dos objetivos primordiales: evitar toda falta voluntaria, y disminuir las involuntarias por debilidad humana, flaqueza propia o negligencia en el “ser” y el “saber”. Este autor diferencia tres tipos de responsabilidad profesional:

- Consigo mismo: que exige una conciencia de un triple deber de competencias físicas, intelectuales y sociales.
- Con los prójimos profesionales: colegas y colaboradores.
- Con la sociedad: es la responsabilidad que tiene el profesional por el hecho de poseer un título universitario y dedicarse a una actividad pública retribuida.

Pero ¿en qué contexto o marco se mueve nuestra actividad profesional para poder ser exigida?

Los habilitados nacionales siempre han respondido a una visión centralista de la Administración local. Fueron creados para hacer posibles la tramitación de los procedimientos legales y el cumplimiento de la legalidad, tanto jurídica como económica. La creación del cuerpo de funcionarios con habilitación nacional tiene lugar a través del Estatuto Municipal de 1924, durante la dictadura de Primo de Rivera, con la finalidad de ampliar el control del Estado sobre la Administración local. Se les dota de una gran autonomía en el ejercicio de sus funciones, así como de una amplia gama de garantías y responsabilidades.

En la etapa posterior a la Guerra Civil mantienen su independencia en el ejercicio de sus funciones, y ejercen la jefatura del personal y la dirección inmediata de los servicios públicos. Con el paso del tiempo se van perdiendo algunas de sus atribuciones, pero mantienen sus peculiaridades como habilitados nacionales.

En el Estatuto Básico del Empleado Público desaparece del nombre de este colectivo la referencia “nacional” y se sustituye por “estatal”, quizás con la intención de desvincularlos, aunque sea parcialmente, del resto de funcionarios locales, diferenciar y remarcar su carácter estatal (disposición adicional segunda, derogada por la LRSAL).

En la actualidad, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (LRSAL), introduce importantes modificaciones, y vuelve a recuperar la denominación de “funcionarios con habilitación de carácter nacional”.

¿Pero son funcionarios con habilitación nacional o funcionarios con “*debilitación*” nacional?

La evolución normativa de nuestro régimen jurídico constata la pérdida de la importancia de sus funciones en nombre de la política y de la eficacia. Paradójicamente, unas figuras llamadas a actuar como fuerzas de la legalidad y baluarte del Estado, fueron sutilmente desmontadas en tres aspectos diferenciados:

- 1.- Su Estatuto normativo fue repartido entre Estado y comunidades autónomas, dejando manos libres en ciertos aspectos estratégicos a la Administración a la que sirven.
- 2.- Sus funciones fueron recortadas de manera que su informe pocas veces sería preceptivo y muchas menos vinculante.
- 3.- Sus destinos fueron rociados de un toque clientelista, al calificarse en plazas relevantes como de “libre designación”.
- 4.- Yo añadiría otro más: los propios habilitados nacionales colaboracionistas que se dejaron seducir por los atractivos complementos retributivos a cambio de..., ahí lo dejo para que lo piensen.

Ahora es innegable que la crisis económica y la oleada de corrupción están devolviendo a muchos funcionarios de habilitación el respeto y la fuerza que nunca debieron perder. En efecto, las leyes de “estado de necesidad económico” y los casos de corrupción en casi todas las opciones políticas han llevado a robustecer el informe de secretarios e interventores, puesto que su ausencia, o apartarse de su criterio, puede dejar al alcalde o concejal a las puertas de la prevaricación, sin olvidar que los juzgados de instrucción están atacando muchos actos de frivolidad política que antes se perdonaban o no se querían ver.

2

Criterios de clasificación de la responsabilidad profesional legal

2.1

En función del tercero perjudicado

2.1.1

La propia Administración de desempeño (*ex officio*)

Según el artículo 145.3 LRJPAC: “Asimismo, podrá la Administración instruir igual procedimiento a las Autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave”.

Esta posibilidad –yo entiendo que obligación– se realiza en “vía de regreso”, con la única salvedad de que en este supuesto no existe lesión ni daño producido a un particular o ciudadano, sino lesión a los intereses de la Administración misma.

En principio, es la Administración la que ha de hacer frente, directamente, a la petición de indemnización del ciudadano o particular. Así, el artículo 145.1 LRJPAC establece que: “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ³ analiza con detalle qué significa cada uno de estos tres calificativos, para entender mejor el significado de la acción de responsabilidad.

3. “Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *El Consultor*, octubre 1997.

1. Conducta dolosa:

Según el Tribunal Supremo, el dolo tiene un contenido eminentemente psicológico y exige el conocimiento del hecho y de su significación, y la voluntad de actuación conforme a ese conocimiento. Es decir, voluntad de actuar para conseguir un resultado u objetivo que se sabe ilegal.

2. Conducta culposa:

En este supuesto, y a diferencia del anterior, la culpa requiere una acción y omisión voluntaria no maliciosa, así como un comportamiento reprochable.

Con mayor detalle, como afirma la STS de 30 de mayo de 1982: “En la figura de la culpa con previsión o culpa consciente, que la doctrina científica y la Jurisprudencia trata de distinguir del dolo eventual, el agente, aunque intelectualmente prevé que de su ilícita conducta puede derivarse un resultado delictivo, distinto y mas grave, actúa confiando en que por resultar el cálculo de probabilidades muy a su favor o por otras causas o razones, este último resultado no se producirá, porque, de haber sabido que tal resultado extraordinario iba a tener existencia real, hubiera renunciado a realizar el proyectado”.

3. Conducta gravemente negligente (imprudente):

La STS de 23 de julio de 1987 afirma que: “La actuación imprudente y dañosa del que ostenta un título o ejerce una actividad, función o cargo exigente en el acreditamiento de determinada pericia o conocimientos, tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente, pudiendo, así, distinguirse entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión, y la culpa propiamente profesional que descansa en la impericia”.

Es decir, es preciso distinguir entre la **culpa del profesional**, que es imprudencia o negligencia común, cometida por el mismo en el ejercicio de la profesión, y la **culpa profesional**, que es la impericia, ineptitud o ignorancia, es decir, la falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia, que puede ser origen, o bien incurriendo en ella por olvido o falta de ejercicio, de práctica, o de perfeccionamiento posterior. En la primera se encuentra el sujeto en posesión de los conocimientos suficientes, pero obra con abandono o descuido. En la segunda se ha producido una impericia por los factores señalados u otros semejantes que puedan concurrir.

El Tribunal Supremo acota el concepto: “[...] ‘imprudencia profesional’ exige que el acto pertenezca a la esfera o ámbito de su actuación profesional, y que revele o haga patente la incapacidad o impericia del agente, bien derivada de la ignorancia o falta de conocimientos, bien de un juicio erróneo o de inhabilidad, torpeza o ejecución del acto con olvido de las reglas o normas

técnicas del arte o ciencia profesados, pues los deberes profesionales entrañan un plus de exigibilidad, y su cumplimiento de forma torpe o imperita una mayor demanda de culpabilidad”.

2.1.2

Cualquier ciudadano o empresa lesionados

El texto del artículo 145.1 LRJPAC puede suscitar alguna duda sobre la posibilidad de que, por parte del ciudadano lesionado en sus derechos, se pueda acudir en petición de responsabilidad directamente contra la Autoridad o personal al servicio de la Administración causante de la lesión, ya que en tal texto se alude a que los particulares exigirán directamente a la Administración Pública la indemnización por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Así, según la **STS de 17 de febrero de 2006** (Sala de lo Civil): “A partir de la entrada en vigor de la LRJPAC (art. 145) [...] se impide al perjudicado dirigir su reclamación inicialmente contra el agente causante del daño, de tal suerte que la responsabilidad del funcionario queda limitada a la vía de regreso a la que se facultaba (y hoy se obliga) a la Administración para los casos en que mediase dolo, culpa o negligencia grave por parte del funcionario, mediante el procedimiento previsto reglamentariamente”.

No obstante, en el ámbito penal, téngase en cuenta el art. 121 del Código Penal:

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

No obstante, la opinión de la doctrina es aceptar la posibilidad del ciudadano de reclamación directa contra la autoridad o personal al servicio de la Administración, como entienden los profesores GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO.

En cuanto a la violación de los derechos de los ciudadanos como causa de responsabilidad, el art. 41 LRJPAC establece que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar la anormalidad en la tramitación de procedimientos. Lógicamente, se puede extender el supuesto de responsabilidad a todos y cada uno de los derechos que la LRJPAC reconoce, y a aquellos otros que vengan contemplados en otras normas o textos sectoriales; por ejemplo:

A) Los derechos de información, como los de los apartados a), b) y g) del art. 35 LRJPAC.

B) Los derechos de tramitación y documentación, como los de los apartados c) y e) del mismo artículo.

2.1.3

Los propios compañeros

Veamos algún ejemplo práctico de lo que puede entenderse como falta de responsabilidad profesional.

El sistema de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional es el concurso de méritos, que habrá de convocarse periódicamente, y en el que se establece un triple tipo de méritos: los méritos generales, establecidos para todo el territorio nacional en base a criterios objetivos tales como titulaciones académicas, actividades formativas, antigüedad, servicios prestados, etc.; los méritos establecidos por cada comunidad autónoma en base a criterios igualmente objetivos, tales como conocimiento de la lengua oficial; y, finalmente, los establecidos por las corporaciones locales.

En cuanto a la puntuación otorgable por méritos específicos en la regulación anterior, podía elevarse hasta 7,5 puntos.

Pues bien, veamos algunos méritos relacionados objetiva y proporcionalmente con las características de tales puestos de trabajo:

- Conocimiento del dialecto de la zona: 3,5 puntos.
- En un municipio de población inferior a 800 habitantes de “tierra de secano”, por conocimiento de idiomas: 1,5 puntos.
- Curso en apicultura: 1,5 puntos.

Todo un despropósito sobre el que no merece realizar ninguna reflexión más.

2.2

En función de la naturaleza de la responsabilidad causante del daño

Una misma conducta puede ser fuente de diferentes tipos de responsabilidad. Por ello, el art. 146 LRJPAC, junto a la responsabilidad patrimonial, establece que:

1. *La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.*
2. *La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.*

Veamos un ejemplo.

Un ciudadano solicita licencia de instalación para construir y abrir una granja de pollos en un terreno de su propiedad, clasificado urbanísticamente como suelo no urbanizable y en el que, además, no se puede construir edificación alguna, por no contar con la superficie mínima exigible al efecto por la normativa urbanística particular del municipio en que se ubica.

Instruido el procedimiento oportuno, el técnico municipal informa favorablemente la solicitud, y el órgano municipal competente, motivando su decisión en el contenido del informe, concede la licencia, construyéndose la granja y abriéndose posteriormente.

Después, ante una denuncia formulada por un particular, la Administración competente instruye el correspondiente expediente, que concluye con la clausura de la granja y con la demolición de lo edificado y no legalizable.

En el supuesto, el técnico informante puede haber incurrido en los tres tipos de responsabilidad:

1.- Civil, ante el peticionario de la licencia, dado que en base a su informe se ha producido un gasto que luego deviene inútil.

2.- Administrativa, ante el órgano competente para conceder la licencia y que la expidió basándose en su informe, ya que se ha producido, por parte de tal órgano, un daño que habrá de repararse con el empleo de fondos públicos.

3.- Penal, dado el tenor del artículo 320 del Código Penal, sobre prevaricación de funcionarios, en relación con el art. 404, que impone la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve

a quince años y para el ejercicio de sufragio pasivo por el mismo tiempo (redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

4.- Disciplinaria, que a su vez se subdivide por el grado de la infracción (leve, grave y muy grave). Se regula en los arts. 21 y 99.3 LBRL, y 150 y 151 TRRL.

Detengámonos brevemente en el régimen disciplinario.

Nuestro régimen disciplinario se regulará por lo dispuesto por cada comunidad autónoma, correspondiendo al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios en los que el funcionario se encuentre destinado en una comunidad distinta de aquella en la que se le incoó el expediente.

Diversa jurisprudencia ha tratado este tema de forma diferente. Por ejemplo:

- SSTSJ Galicia de 20 de diciembre y de 19 de julio de 2006.

Consideran competente al alcalde para incoar expediente disciplinario a un funcionario con habilitación de carácter estatal, incluso en el caso de faltas graves y muy graves que puedan conllevar la imposición de la sanción de separación del servicio. Es competente también el alcalde para ordenar las medidas provisionales o cautelares de suspensión de funciones.

- STSJ Galicia de 24 de octubre de 2013.

Considera competente a la Dirección General de Administración Local (hoy Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administración Pública) para incoar expediente disciplinario a un funcionario de Administración local con habilitación estatal, si de los hechos denunciados puede eventualmente derivar la sanción de destitución o separación del servicio. Y no cabe separar la incoación del expediente de la adopción de la medida cautelar, puesto que el art. 150 TRRL señala que el órgano competente para incoar lo es también para nombrar instructor del mismo, y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado. Por tanto, si el alcalde-presidente no era competente para incoar el procedimiento, tampoco lo era para adoptar la medida provisional de suspensión y su prórroga.

- STS de 18 de marzo de 2013.

Es preciso llamar la atención sobre los exactos términos en que se pronuncia el apartado 6 de la citada disposición adicional segunda del EBEP y compararlos con los del art. 151 a) TRRL. En particular, debemos destacar que el primero reserva al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios seguidos contra funcionarios con habilitación de carácter estatal cuando estos se hallen destinados en una Comunidad Autónoma distinta de aquella en la que se le incoó el expediente. Y que el segundo sienta una reserva a favor de ese Ministerio para resolver, no cualquier expediente disciplinario que

se siga contra esos funcionarios, sino únicamente los que supongan la destitución del cargo o la separación del servicio por haber cometido faltas muy graves o graves y para suspenderlos cuando la hayan cometido en corporación distinta de aquella en la que se hallen destinados, al margen de donde se haya incoado el expediente.

Así, pues cabe sostener que, para la destitución y la separación del servicio de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, siempre es competente el Ministerio, al igual que para suspenderlo en las circunstancias señaladas por el art. 151 a) del Real Decreto 781/1986 y que, también lo es para la imposición de cualquier otra sanción, si el expediente se hubiere incoado en Comunidad diferente a la del destino actual del funcionario.

En cuanto a la **situación actual, tras la reforma de la LBRL**, la LRSAL y el art. 92 bis LBRL parecen haber zanjado definitivamente la cuestión, al derogar toda la normativa anterior y establecer un único régimen disciplinario aplicable a todo el territorio nacional. Sería el siguiente:

- A) Órgano competente para incoar:
- Por faltas leves → El órgano local competente.
 - Por faltas graves → El órgano competente de la Comunidad.
 - Por faltas muy graves → El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- B) Órgano competente para sancionar:
- Por faltas leves → El órgano local competente.
 - Por faltas graves → El órgano competente de la Comunidad Autónoma para sanciones de suspensión de funciones y destitución no comprendidas entre las establecidas para faltas muy graves.
 - Por faltas muy graves → El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

5.- Deontológica, es decir, la adjetivable a aquellos comportamientos que van en contra de su propio Código Ético Profesional, que fue aprobado en la Asamblea SITAL celebrada en Salamanca entre el 12 y el 14 de mayo de 2005, y que comprende y enumera los siguientes principios éticos fundamentales y principios de ética profesional:

- A.- Principios éticos fundamentales:
- 1.- Defensa de los valores democráticos.
 - 2.- Cumplimiento de la legalidad.
 - 3.- Servicio al interés público.
 - 4.- Jerarquía.
 - 5.- Profesionalidad. El funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional, en el ejercicio de sus funciones,

deberá conocer todas aquellas actividades, procedimientos y disposiciones legales o reglamentarias que afecten directa o indirectamente a su competencia. Sin perjuicio del deber de información de interés público, actuará siempre manteniendo el debido cuidado, diligencia profesional, reserva, sigilo y discreción en relación con los datos e informes conocidos por razón de su cargo.

- 6.- Lealtad.
 - 7.- Neutralidad e imparcialidad.
 - 8.- Dedicación.
 - 9.- Honestidad.
 - 10.- Transparencia.
 - 11.- Economía, eficacia y eficiencia.
 - 12.- Formación.
- B.- Principios de ética profesional:
- 1.- Objetividad e independencia. En el consejo, informe o dictamen emitido, y equidad, prudencia y discreción en las decisiones adoptadas, contribuyendo a evitar aquellas que puedan lesionar los intereses generales y particulares de los ciudadanos.
 - 2.- Integridad. Actuará con integridad en el desempeño de sus funciones, proporcionando información veraz y contrastada.
 - 3.- Excelencia y calidad. Esforzándose por conseguir la excelencia y el máximo rendimiento en su trabajo.
 - 4.- Corrección. Cortesía respecto a autoridades y funcionarios, y especialmente con los ciudadanos.
 - 5.- Proporcionalidad.
 - 6.- Innovación, iniciativa, creatividad. Tomará la iniciativa y mantendrá una actitud positiva y creativa ante las innovaciones tecnológicas que faciliten el ejercicio de su actividad profesional, con el objetivo último de simplificar y acercar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración.
 - 7.- Orientación al ciudadano. Con el objetivo de que las relaciones de los ciudadanos con la Administración sean lo más claras, concisas y fáciles posible, de forma que se potencie su fidelidad y confianza en la misma.
 - 8.- Información. No proporcionará información errónea o falsa en el ejercicio de su cargo. Tampoco podrá utilizar la información conocida en razón de sus funciones públicas ni en beneficio propio, ni para la intermediación con terceras personas.
 - 9.- Austeridad.

2.3

En función del daño producido por la actividad profesional

Dentro del ámbito jurídico, se distinguen diferentes tipos de daños:

1.º– El daño **patrimonial**, que provoca una disminución de utilidad que se reintegra o se repara con dinero o con bienes intercambiables por dinero. Se refiere a todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de una persona, siempre que sean susceptibles de una evaluación monetaria mediante baremos, protocolos o pruebas periciales.

Los perjuicios patrimoniales, además del deterioro efectivo del patrimonio, normalmente incluyen:

- a) el daño emergente, que abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, así como los desembolsos que hayan sido menester para obtenerlos o los que en el futuro serán necesarios para recomponer el patrimonio perjudicado; y
- b) el lucro cesante, que se constituye por todas las ganancias o expectativas de ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían si no hubiera acontecido el hecho dañoso (art. 1106 del Código Civil).

2.º– El daño **moral**, que, por el contrario, implica una reducción del nivel de satisfacción o utilidad, personal e íntima, que ni el dinero, ni otros bienes pueden llegar a reponer; por ejemplo, el impacto emocional que implica la pérdida de un hijo. Si bien, cierta cantidad pecuniaria casi siempre servirá como método compensatorio o paliativo del mismo, que nunca lucrativo. Actualmente la doctrina y la jurisprudencia definen el concepto de daño moral como toda manifestación psicológica, afectiva, emocional o íntima que sufre la persona perjudicada. Así, el daño moral estará constituido por un deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, extendiéndose a todo agravio que sufre la dignidad, la honorabilidad y la integridad física. Este tipo de daños causan algún deterioro a la persona en su íntegra armonía psíquica, emocional o afectiva, o bien en su reputación y en su buena fama, su autoestima o su heteroestima. Sus manifestaciones pueden ser muy variadas; entre ellas, las siguientes:

- El sentimiento de la dignidad lastimada o vejada.
- El sentimiento de la privacidad violada.
- El sentimiento de incapacidad, subjetivo u objetivo.
- El deshonor, público o particular, o el público desprestigio.

- El aminoramiento de la pública credibilidad.
- La disminución de la confianza externa.
- La limitación de las expectativas sociales ya adquiridas y, en general, todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros, concepto lindante con el de la heteroestima dañada.

Al contrario de los daños materiales, el daño moral siempre debe ser considerado de forma individualizada, atendiendo a la específica repercusión que el mismo tiene para cada individuo.

La prueba de la existencia del daño moral será mucho más difícil que la del daño material, y si bien resulta difícil dicha prueba, mucho más difícil es la cuantificación de la compensación. Por ello, la doctrina ha planteado la necesidad de establecer pautas objetivas para la cuantificación. Los tribunales de lo contencioso-administrativo actúan bajo lo que se ha dado en llamar por la jurisprudencia el “prudente arbitrio judicial” a la hora de fijar la indemnización.

- 3.º– El daño **físico o corporal**. En el ámbito contencioso-administrativo, aunque se trate de daños corporales originados en accidente de tráfico por responsabilidad administrativa (p. ej., falta de señalización, bache u obstáculo en la calzada, error de semáforo municipal, etc.), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado que tal baremo tiene carácter “orientativo” y que no vincula en este ámbito jurisdiccional, siempre que se motive por qué se abandona su aplicación (así, **la STS de 7 de diciembre de 2005 o la de 24 de enero de 2006**).

Finalmente, cabe apuntar que recientemente se ha publicado la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 23 de septiembre de 2015), que entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

Es evidente que un mismo hecho puede provocar daños de todas las clases, e incluso lo normal es que así suceda, aunque el daño corporal es difícil que acontezca en el ejercicio de la responsabilidad profesional de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

2.4

En función de la naturaleza de la actividad que genera la responsabilidad

- Por acción –activa–
- por omisión –pasiva o negligente–

La cuestión clave aquí es la conocida “advertencia de ilegalidad”. Es decir, sobre si el habilitado advirtió, o, en último caso, si debía haberlo hecho y no lo hizo.

Es un tema muy recurrente, especialmente en las funciones del secretario municipal (pese a que, como sabemos, son tasadas), y de si estas comprenden el control de la legalidad de todos (absolutamente todos) los actos y acuerdos que se adoptan por los distintos órganos municipales. Y el tema es de enorme importancia, ya que, de modo reflejo, el círculo de su responsabilidad *ad extra* (fundamentalmente, la que se ejerce ante los órganos judiciales) vendrá acotado por la definición de sus funciones.

En este entorno actual en el que los términos “irregularidad administrativa” y “delito” se han equiparado –primero en la opinión pública y después en algunos juzgados–, asistimos con frecuencia a la culpabilización de los secretarios municipales por no haberse percatado de lo que ocurría en su ayuntamiento, y, más concretamente, por no haber advertido la ilegalidad.

En estas operaciones, ha venido siendo nota característica la presencia, entre la relación de detenidos o imputados, del secretario del Ayuntamiento. Sorprende, sin embargo, que, con idéntica frecuencia, la participación delictiva que al mismo se reputa haya venido vinculada, en relación con la prevaricación o la malversación de caudal, no tanto a una intervención material directa en los actos que se reputan delictivos, sino a participaciones de orden omisivo vinculadas a un deficiente o insuficiente ejercicio por su parte de las tareas de control jurídico que le vienen atribuidas respecto a las actuaciones de los órganos de gobierno, existiendo incluso menciones a la omisión de una supuestamente debida “advertencia de ilegalidad”.

La advertencia de ilegalidad, presente en la Base 44 de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local –“Los Secretarios [...] están obligados a advertir a las Corporaciones de las manifiestas infracciones legales en que puedan incurrir con sus actos y acuerdos”–, fue suprimida en la vigente Ley de Bases de Régimen Local, reduciéndose las funciones del secretario, en la actualidad, a las reguladas por el art. 92.bis LBRL en su redacción por la LRSAL, esto es, “fe pública y asesoramiento legal **preceptivo**”.

Resulta necesario recordar e insistir en la vigencia de este régimen jurídico, y rechazar la pretendida condición, atribuida al respecto de la Secretaría municipal, de garante último y único de la regularidad jurídica de todos los actos de la Corporación. Resulta necesaria la prevención de que dicha condición sea asumida como cierta e indiscutible por las representaciones del Ministerio Fiscal al cargo de dichas investigaciones, y, lo que es más grave,

por los órganos jurisdiccionales, pudiendo llevar al dictado de condenas por prevaricación ante supuestos actos de participación criminal no realizados en condición de autor, por parte del secretario municipal, en expedientes en los que este había intervenido única y exclusivamente plasmando su firma como fedatario junto a la Alcaldía.

No se pretende rebajar la trascendencia y entidad de las funciones de control jurídico, ni excusar conductas omisivas o conscientemente ignorantes frente a desmanes jurídicos de la autoridad, pero no está de más recordar la –tantas veces olvidada en estos casos– subsidiariedad de la vía penal, que, unida al principio de presunción de inocencia, debería convertir en imprescindible la existencia, para fundar una condena por prevaricación –y digo más, la mera imputación–, de prueba directa y efectiva, no solo respecto al cargo ostentado por el acusado, y a la existencia de una resolución arbitraria (no meramente injusta), sino también respecto del control efectivo que el sujeto activo funcionario, no autor directo de un acto administrativo, pudiera haber tenido respecto a la emisión del acto que integra el elemento objetivo de la prevaricación.

El régimen vigente de atribuciones de los secretarios, y las limitaciones que para su capacidad de control sobre el expediente tiene la restricción del asesoramiento jurídico a las materias en que la ley lo disponga con carácter preceptivo, deberán por tanto ser objeto de expresa valoración cuando lo que se pretenda sea imputar (o aún más condenar) a un funcionario público por una actuación administrativa injusta y arbitraria (y consciente al respecto de esta condición) de la que, administrativamente, no es autor; debiendo, para ser ello posible, alcanzarse la conclusión indubitada de que la actuación administrativa se produjo, precisamente, gracias a la intervención activa u omisiva (respecto a un deber preceptivo de informe) del secretario en el expediente, pues lo contrario implicaría aceptar al respecto del secretario municipal una condición, la de titular del Control de la Legalidad de las actuaciones municipales, que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico vigente, no le corresponde.

Pero hagamos una aproximación al delito de prevaricación como el más frecuente en estos casos.

El tipo de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP dispone que: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

Conforme a lo establecido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de octubre de 2004, 21 de julio de 2005 y 1 de julio de 2009),

los requisitos de la prevaricación administrativa se pueden resumir, fundamentalmente, en:

1) Sujeto: Que se trate de autoridad o funcionario público en los términos del art. 24 CP. Aunque se trata de un delito especial propio, ello no impide la participación (la intervención) de extraños (de *extraneus* en términos de la jurisprudencia), por lo que resulta posible la participación en la prevaricación de quienes no reúnen la condición ni de autoridad ni de funcionario, y su intervención lo será a título de cooperador necesario, de inductor o de cómplice (**SSTS de 9 de junio de 2007 y 21 de mayo de 2012**).

2) Objeto: Que la resolución sea contraria a derecho.

3) Arbitrariedad: No es suficiente, para incurrir en prevaricación administrativa, que la resolución sea contraria a derecho (el control de legalidad administrativa corresponde al orden contencioso-administrativo). Para que constituya delito se requiere que sea injusta (“a sabiendas de su injusticia”), lo que supone un plus de contradicción con el derecho. Es preciso que la ilegalidad sea “evidente, patente, flagrante y clamorosa”. El art. 404 CP dispone que ha de tratarse de “una resolución arbitraria” (**SSTS de 5 de marzo de 2003 y 30 de abril de 2012**).

4) Realizada con conocimiento: Se requiere, por último, que se actúe a sabiendas, “lo que no solo elimina la posibilidad de comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual” (**SSTS de 30 de abril de 2012, y 15 de julio y 23 de septiembre de 2013**).

El delito de prevaricación administrativa puede ser cometido tanto por acción como por omisión (art. 10 CP), y la responsabilidad criminal puede producirse por la participación tanto a título de autor como de cómplice (art. 27 CP). Los funcionarios públicos que tienen asignadas las funciones de fiscalización pueden intervenir en los delitos de prevaricación administrativa, tanto de forma activa como de forma pasiva, elaborando documentos o incumpliendo el deber de hacerlo.

Es cierto que en ocasiones se ha reconocido la posibilidad de prevaricación omisiva. Cabe incurrir en responsabilidad por prevaricación en su modalidad de comisión por omisión, y así la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, como recogen las **SSTS de 16 de octubre de 2009 y 23 de octubre de 2013**.

En los supuestos en que la actuación se ha realizado mediante acuerdos de órganos colegiados, estos se adoptan en presencia del fedatario público, el secretario, y entonces la actuación del funcionario puede haber sido activa u omisiva, si ha advertido de la ilegalidad o no lo ha hecho.

Si ha advertido de forma escrita o verbal, entonces la estrategia defensiva de los imputados, los concejales, se centra en afirmar, todos a una, que no conocían el informe, que el mismo no existía y que se incorporó al expe-

diente a posteriori, o, en fin, que no era claro el informe. Independientemente de la fecha del documento, de su constancia en registros o expedientes e, incluso, de la propia redacción del acta de la sesión que, por supuesto, ellos mismos han aprobado. Pero claro, la situación no es la misma en cualquier caso. La inocencia del funcionario dependerá entonces de demostrar la existencia de la advertencia y el conocimiento de la misma por parte de los imputados.

Si no ha realizado advertencia, entonces el asunto se complica, porque su exculpación dependerá de la percepción que tenga el juez sobre la gravedad y claridad del asunto y la actuación contextual del secretario.

Ciertamente la antigua advertencia de ilegalidad no existe ya en el ordenamiento –y, precisamente, no de forma casual–. Pero eso, vete a explicárselo al juez instructor.

Desde la perspectiva del juzgador, el secretario es un funcionario con conocimientos específicos, y por ello justificar su actuación en caso de silencio no resultará muy sencillo. La Sección Cuarta de la **Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de 2006** por la que se condena la prevaricación del alcalde del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, ante el intento de excusa fundado en la falta de advertencia del secretario, señala: “El hecho de que no conste que por el secretario del Ayuntamiento se le advirtiera de la ilegalidad del nombramiento, lo cual es sorprendente, inadmisibles e impropio de quien está encargado de advertir tamaña y flagrante ilegalidad, conforme al art. 92 de la Ley 7/1985, no puede exonerar de responsabilidad”.

La advertencia de ilegalidad desaparece con la regulación de las funciones públicas de los secretarios de ayuntamientos y diputaciones provinciales, tras la Ley de 1985. Pero resulta claro que, cuando la infracción es manifiesta, palmaria y aberrante, y un funcionario cualificado como el secretario está presente, entonces el no informar nada parece que “chirría”. Y también es claro que este tipo de sonidos, chirriantes, llaman la atención al juez y al fiscal.

Por otra parte, téngase cuidado con las declaraciones neutrales o descafeinadas. Un ejemplo: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de abril de 2007**:

Aquellos votaron favorablemente puesto que el Secretario nunca les percibió de ilegalidad. En su declaración prestada en fase de instrucción como en el acto del juicio, este niega rotundamente que le hubiesen instado a efectuar ningún informe, así se recogía en el acta del juicio “Que ningún concejal le preguntó nunca en caso de informes contradictorios cuál prevalecería, pues en este caso constaría en acta” y además en el acto del juicio expuso que no existe ninguna disposición legal que obligue a los secretarios a efectuar advertencia. Tampoco estuvo presen-

te en las reuniones previas a la Comisión de gobierno. En la oficina de Planeamiento emitían los informes favorables o desfavorables. Nunca le han pedido informe jurídico y además que esto no se hace en cinco minutos.

Con ello queremos poner de manifiesto que el Sr. Secretario del Ayuntamiento de Marbella, no estaba obligado legalmente a advertir de ilegalidad en la concesión de las licencias urbanísticas.

La Sala llega a tal conclusión atendiendo lo dispuesto en el art. 122-5 de L.B.R.L. en el sentido de que dicho Secretario solo ha de emitir informes cuando así lo ordene el Presidente de la Corporación o lo solicite un tercio de sus miembros. En definitiva tiene que haber un requerimiento previo por quien legalmente puede hacerlo y en casos puntuales, sin que corresponda a este determinar con carácter general la legalidad o no del acuerdo adoptado por la Comisión de gobierno.

En suma, ello acredita que los Concejales integrantes de la Comisión de Gobierno tenían plena conciencia y voluntad en el momento de concesión de la licencia urbanística de que no se ajustaba a planeamiento alguno, ajustando el expediente a un informe general emitido por Don Enrique, sin que se hubiesen incorporado los informes jurídicos y técnicos que legalmente eran preceptivos, y por ende sin respetar lo dispuesto en el art. 120 del Reglamento de Planeamiento.

Todo lo señalado no puede llevarnos a concluir que si se emite informe el problema habrá concluido, porque, en ese caso, los concejales dirán invariablemente que desconocían el informe, que nadie les avisó, e, incluso, que la fecha es falsa y está emitido a posteriori.

Véase también la **STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de enero de 2011**: “En efecto, aunque en nuestro régimen procesal penal el acusado de un comportamiento delictivo no está obligado a declarar la verdad sobre los hechos que se le imputen y aunque los encausados en el presente proceso han negado en general que antes de votar la aprobación del tan mentado convenio urbanístico tuvieran conocimiento de que tanto el Secretario, como el Interventor de la corporación, funcionarios de carrera ajenos a la pugna política que en nuestra vida municipal se suscita a diario, habían presentado sendos informes poniendo de manifiesto que se trataba de un pacto ilícito, es lo cierto que se ha acreditado suficientemente lo contrario”.

Entonces, como conclusión, ¿respondemos por todo? Solo les recuerdo el tenor del art. 262 LECrim, y tomen sus propias conclusiones:

Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inme-

diatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.

Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.

[...]

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrán además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes.

La pregunta es: ¿cómo sabemos nosotros que estamos ante un delito público y no ante una irregularidad administrativa?

2.5

Por el tipo de obligaciones profesionales incumplidas

2.5.1

Las legal o reglamentariamente determinadas para los distintos funcionarios con habilitación de carácter nacional

A partir de la LBRL, las funciones del secretario han quedado reducidas a la fe pública y al asesoramiento legal preceptivo. El contenido de estas funciones está desarrollado en el art. 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, y a ellas deben irse añadiendo las que específicamente se establezcan por normas especiales o las que se les encomiende por la entidad local.

Las funciones citadas (fe pública y asesoramiento legal) son funciones necesarias, reservadas y mínimas.

En sentido contrario, las funciones de los interventores y secretarios-interventores han sufrido un importante incremento, con motivo de la entrada en vigor del paquete normativo sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Un ejemplo de diferenciación de funciones se produce en la siguiente **STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 7 de mayo de 2012:**

Y es que, en efecto, como afirma el juez “a quo”, el secretario general del Ayuntamiento, no estaba obligado legalmente a advertir de la ilegalidad en la concesión de la licencia, en primer lugar, porque había

delegado en el vicesecretario Sr. ... la temática de urbanismo, bienes y licencias y, en segundo lugar, porque conforme a lo establecido por el artículo 3 del RD 1174/1987, no nos encontramos ante uno de los supuestos en los que se exige el informe preceptivo del secretario.

Las disposiciones normativas que regulan esta materia se limitan a establecer que en los expedientes informará el Jefe de la Dependencia a la que corresponda instruirlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales en que se funde su criterio (art. 172 ROF) y el ámbito de la función de fe pública (art. 2 del RD 1174/1987, de 18 de septiembre), pero en el expediente hay constancia suficiente de informes técnicos; aparece, al darse fe haciencia, la rúbrica de quien actúa como secretario, sin que conste un requerimiento previo por quien legalmente podía hacerlo a fin de que el Sr. X emitiera informe sobre la concesión de la licencia ni, como hemos dicho, correspondiera al mismo determinar con carácter general la legalidad o no del acuerdo adoptado por la comisión.

En consecuencia y a la vista de cuanto ha quedado expuesto, no podemos sino compartir la conclusión del juez de instancia cuando afirma que la actuación del entonces Secretario General del Ayuntamiento de... en el expediente..., se limitó a la dación de fe de que los acuerdos fueron efectivamente adoptados, sin que en ningún momento informara sobre la conformidad o no de los citados acuerdos con el ordenamiento jurídico, lo que nos lleva a desestimar también en este punto el recurso interpuesto.

2.5.2

Las complementarias que puedan atribuirse por Relación de Puestos de Trabajo o acuerdo de pleno

El art. 166 TRRL, precepto derogado por el EBEP, admitía la posibilidad de que, por acuerdo plenario e inclusión en la Relación de Puestos de Trabajo, fueran asignadas al secretario otras funciones. Aunque aquel esté derogado, sí está vigente el art. 73.2 EBEP, que permite de manera generalizada la posibilidad de extender sus funciones a cualquier funcionario. A modo de ejemplo, hacemos referencia a un conjunto de competencias que de una u otra manera están reconocidas a los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

1.— Custodia de documentos.

La cuestión de la custodia de los documentos, bien del registro de intereses, bien de los libros de actas, es sumamente importante para las funciones del secretario. El art. 203 ROF otorga la custodia del libro de actas al mismo,

no estando sometido a ninguna autoridad en su labor, incluida la autoridad del alcalde.

En similares casos nos encontramos con los demás documentos que se relacionan en la consulta. Pero, dicho esto, no encontramos normativa que sustente y precise hasta qué momento debe llegar esta competencia de los secretarios.

Entre sus competencias puede estar la custodia de los documentos de la Administración, pero, como hemos ya dicho, no hace falta que figure la de custodia de los libros de actas y de registros de intereses.

2.- Matrimonio civil.

Como comenta Fernando SALOM HERRERO, desde el 22 de julio de 2014, y por imperativo legal, los secretarios de Administración local deberán asumir entre sus muchas y variadas funciones otra más, muy alejada de aquellas y absolutamente atípica para su bagaje de conocimientos profesionales, y que no es otra que la tramitación de los expedientes previos a la celebración del matrimonio en forma civil, que pasan a estar bajo su exclusiva responsabilidad.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, cuya disposición final décima sitúa su entrada en vigor a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, establece en su art. 58.1 que: “La celebración del matrimonio en forma civil corresponde a los alcaldes o a los concejales en quienes aquellos deleguen”.

Por su parte, el art. 58.2 dispone que: “La celebración del matrimonio requerirá la tramitación de un expediente en el que los contrayentes acrediten el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. La tramitación del expediente corresponde al Secretario del Ayuntamiento, el cual podrá solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes para apreciar la legalidad y veracidad del matrimonio”.

Y la disposición final segunda de la misma Ley, en su apartado 2.º, nos dice que: “Las referencias que se encuentren en cualquier norma al Juez, Alcalde o funcionario que haga sus veces competentes para autorizar el matrimonio, deben entenderse referidas al Alcalde o Concejale en quien este delegue”.

Esto significa de hecho la modificación de lo dispuesto por el Título IV (del matrimonio), Capítulo III (de la forma de celebración del matrimonio), Secciones primera (disposiciones generales) y segunda (de la celebración ante el juez, alcalde o funcionario que haga sus veces), y Capítulo IV (de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil), arts. 49, 51 a 55, 57, 58, 62 y 65 del Código Civil.

3.- Prevención de riesgos laborales.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales es el pilar de la política de protección de la seguridad y salud de los trabaja-

dores, y traspone al derecho español la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores.

La elaboración del Plan de Prevención corresponde al Servicio de Prevención, como órgano técnico de asesoramiento y asistencia técnica a los trabajadores, a sus representantes y a la empresa, y será elevado al Comité de Seguridad y Salud para su consulta. El Plan debe ser aprobado por Acuerdo del Ayuntamiento, asumido por toda su estructura organizativa y distribuido a las áreas de gobierno y organismos autónomos, para que pueda ser conocido por todos sus trabajadores.

Entendemos que los responsables de los diferentes departamentos o unidades funcionales (como es el caso de la Secretaría General) del Ayuntamiento y sus organismos autónomos, serán los encargados de impulsar, coordinar y controlar que todas las actuaciones llevadas a cabo en sus respectivas unidades sigan las directrices establecidas por la Dirección sobre prevención de riesgos laborales, pero en ningún caso recaerá esa responsabilidad de observancia de manera global en los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

4.- En materia electoral.

El art. 11.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General establece que: “Los Secretarios de los Ayuntamientos son Delegados de las Juntas Electoral de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de las mismas”.

Además, conforme al art. 29.3 de la LOREG: “Los Ayuntamientos y Consulados actúan como colaboradores de la Oficina del Censo Electoral en las tareas censales”. Es obvio que los secretarios de Ayuntamiento serán los responsables de esta colaboración administrativa importante, ya que son los jefes de la organización administrativa municipal en general, y máxime hoy cara a conocer los datos de inmigrantes censados e incluidos en el padrón municipal, que a veces aún no tienen reconocida la residencia o la nueva nacionalidad española.

5.- En las sociedades mercantiles dependientes.

Siempre he defendido, bajo el principio de “unidad de doctrina de la Corporación”, que los secretarios de los Consejos de Administración de las empresas públicas de capital mayoritario o totalmente del municipio o provincia sean los titulares de los puestos de secretarios generales en la entidad local respectiva, aunque con el carácter de NO consejeros.

Las novedades de la Ley 31/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para la mejora del gobierno corporativo, convierten en figura clave al secretario del Consejo de Administración en las sociedades anónimas cotizadas. Así:

Artículo 529 octies. Secretario del consejo de administración.

[...]

2. El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:

[...]

b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.

[...]

Nada impide que esta previsión para las sociedades anónimas cotizadas pueda extenderse a los diferentes Consejos de Administración de las empresas públicas municipales o provinciales no cotizadas.

6.— En relación con la legislación de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Todo un detalle que La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre) también se haya acordado de los secretarios de los ayuntamientos cuando el art. 189.3 atribuye a estos las notificaciones de las aprobaciones iniciales, provisionales y definitivas de los planes urbanísticos que afecten a bienes de titularidad de cualquier Administración Pública.

7.— En materia de contratación administrativa.

La disposición adicional 2.^a del TRLCSP, en relación con el artículo 115.6, dispone que:

[...]

7. [...]

La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares irá precedida de los informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor.

8. Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación.

Los actos de fiscalización se ejercen por el Interventor de la Entidad local.

[...]

El objeto de este informe es ofrecer un pronunciamiento sobre la legalidad del PCAP, en tanto que en él se regulan cuestiones esenciales de la contratación, como los criterios de adjudicación, o que afectan a los derechos y obligaciones de las partes. Por su parte, el informe de la Intervención tiene

por objeto examinar la viabilidad del gasto derivado de la contratación, como establece el art. 219 del TRLRHL. Es frecuente que el Tribunal de Cuentas advierta que en los expedientes contractuales los informes jurídicos y de la Intervención no incluyan los pronunciamientos exigidos legalmente, o se emitan por persona distinta a la que tenía atribuida la competencia.

Puede ocurrir que el informe del Servicio Jurídico sobre la legalidad de los PCAP no contenga un pronunciamiento crítico favorable o desfavorable sobre la adecuación del PCAP a la normativa, limitándose a afirmar la adecuación del procedimiento de adjudicación del contrato. Asimismo, se dan casos de informes de la Intervención de contenido exclusivamente descriptivo, sin incorporar pronunciamiento alguno, favorable o desfavorable, sobre el gasto derivado del expediente de contratación, por lo que no responde a la finalidad del control previo económico-financiero previsto en la normativa.

En definitiva, este control debe velar por la adecuación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares a la normativa, en especial la justificación del procedimiento y de los criterios de valoración elegidos, respetando los principios de publicidad, igualdad y no discriminación, objetividad, transparencia y economía en la gestión del gasto público.

2.6

Por el ámbito del derecho en el que hayamos incurrido en responsabilidad

- Administrativo, el normal
- Laboral
- Mercantil

2.7

Por la singularidad o especificidad de la responsabilidad

- La común a cualquier funcionario o empleado público (EBEP)
- Las propias de la Secretaría, Intervención o Tesorería (normativa propia)

Una cosa es el asesoramiento legal preceptivo y otra cosa es la fe pública.

La primera corresponde a los secretarios dentro de la Administración local, y se hace por la vía del informe, que no es ningún control, sino una opinión técnica que implica una valoración jurídica.

La segunda es una mera constatación de lo que dice un documento administrativo (sin interpretación o valoración alguna); o se ha dictado un decreto o no, o hay tal acuerdo plenario o no, sea legal o ilegal; o hay una firma puesta o no la hay, o pone tal cosa o no la pone; y no hace falta resaltar aquí la importancia social que tiene la fe pública independiente, para el recto funcionamiento de una Administración Pública.

Pero ¿es razonable que se pueda dar fe de un acto ilegal sin hacer la correspondiente advertencia de su ilegalidad, bajo la excusa de que de lo que se trata es solo de dar fe?

La cuestión preocupante aquí es si esta función de fe pública incluye la del control de legalidad de los actos que se someten a dicho ejercicio de la fe pública (desarrollado en el artículo 2.º del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, y contemplado de modo diferenciado respecto del asesoramiento legal preceptivo, artículo 3.º del Real Decreto 1174/1987).

Para PÉREZ LUQUE, la fe pública del secretario de Administración local no trata de la legalidad (propia del informe), sino de la veracidad de lo que hay en los documentos o de lo que ha sucedido. Otros autores, sin embargo, defienden que la fe pública comprende el control de legalidad de lo que se interviene. Por ejemplo, para PAZ TABOADA, “el fedatario ejerce un control de legalidad sobre los actos que autoriza, lo que le exige realizar un previo examen de los requisitos del acto en que interviene, así como advertir a los comparecientes sobre aquellas cuestiones que considere relevantes desde el punto de vista legal y que afecten al negocio en el que interviene”. Esto pudiera extenderse al ámbito de la contratación, en cuanto el artículo 2.h) del Real Decreto 1174/1987 relaciona como función de fe pública la de autorizar, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la entidad. Pero no creemos que se pueda ampliar más allá.

En el ámbito notarial, por ejemplo, es claro que la fe pública comprende el juicio de legalidad, que es lo tradicional de esta, y lo que expresamente se consagra en su legislación: según el artículo 1.º de la Ley del Notariado de 1862 y el artículo 145 del Reglamento Notarial de 1944.

Pero en el ámbito de la fe pública local, nada se dice de esto. Es decir, que no incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del acto administrativo que es objeto del instrumento público. Sí sobre la veracidad del mismo, pero no sobre su ajuste o desajuste a la legalidad. ¿O es que el secretario puede negarse a certificar el Decreto de Alcaldía dictado que autoriza a construir una edificación residencial en suelo no urbanizable de especial protección, y que solicita el interesado?

Conforme a la normativa básica, tanto de Régimen Local como de Haciendas Locales, el control interno de legalidad corresponde al **interventor local**. Bien es verdad que se acota a todos aquellos actos, documentos o expedientes susceptibles de producir consecuencias de contenido económico (sea en ingresos o en gastos). Cierto que ello impide hablar de un control interno que se extienda a la totalidad de los expedientes administrativos o de la gestión local, pero sí cubre un porcentaje elevadísimo, pues de una u otra forma es difícil no toparse con un expediente que carezca de trascendencia para la gestión económica municipal.

No podemos confundir el asesoramiento legal preceptivo con el control de legalidad, que en modo alguno nos pertenece a los secretarios, y tampoco a los secretarios-interventores, a pesar de nuestra labor fiscalizadora interna de las cuentas municipales. El verdadero control de legalidad compete a los tribunales.

Finalmente, cabe recordar que la LRSAL ha venido a reforzar la función interventora mediante la modificación del art. 218 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), resolviendo ciertos problemas, como los derivados de la elevación al Pleno del informe comprensivo de todas las resoluciones adoptadas en contra de los informes de reparo de la Intervención (y de las principales anomalías detectadas en materia de gastos), que deberá constar en un punto independiente del orden del día, ya que no era anormal que un alcalde o presidente se negara a incluir esos informes en el orden del día.

Especial referencia a la responsabilidad contable en la esfera de la Administración local:

Según el tenor del art. 140 de la Ley General Presupuestaria, las autoridades y *funcionarios* de cualquier orden que por dolo, culpa o negligencia graves adopten resoluciones o *realicen actos* con infracción de las disposiciones de esta Ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.

Como complemento de esta exigencia, el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, regula el procedimiento de exigencia de responsabilidad contable en la esfera de la Administración del Estado, mientras que el art. 21 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, contiene el procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Pues bien, y desde la perspectiva particular que pretendemos abordar, según el art. 1 del Real Decreto 1174/1987, antes referido:

1. *Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales: [...]*
 - b) *El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.*
2. *La responsabilidad administrativa de las funciones enumeradas en el apartado anterior está reservada a funcionarios en posesión de la habilitación de carácter nacional, [...].*

Por su parte, el art. 195 LHL determina, en su apartado 1, que “La función interventora tendrá por objeto fiscalizar todos los actos de las Entidades Autónomas Locales y de sus Organismos Autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y los pagos que de aquellos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación en general de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones *aplicables en cada caso*”.

A mayor abundamiento encontramos el art. 201 de la referida norma y el 194 sobre el control de eficacia.

Pues bien, el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones determina la responsabilidad del funcionario al que compete la función interventora.

Veamos solo algunas circunstancias que determinan que tal funcionario, para poder cumplir con dicha normativa, deba ser una especie de superhombre.

Una. Se ha aludido al grado de eficacia en el cumplimiento de los objetivos y en el funcionamiento de los servicios públicos. El problema radica en que se encarga la evaluación de tal grado de eficacia a un funcionario, es decir, alguien que, por definición no se involucra en el proceso de toma de decisiones, proceso que es el que determina el grado de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Dos. Si se tiene en cuenta que una de las competencias del Sr. alcalde, tal y como establece la LBRL, es la jefatura de todo el personal, se concluye fácilmente que la tarea del interventor consiste en *fiscalizar a su propio jefe*.

Tres. A los secretarios-interventores se les añaden las tareas de fe pública local y asesoramiento legal preceptivo, más, ahora, las funciones de tesorería (Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, que modifica el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, de forma que las funciones de tesorería se atribuyen a la subescala de Secretaría-Intervención).

3

En defensa de la actividad profesional

Los ataques a nuestra incómoda independencia y profesionalidad pueden sistematizarse en los siguientes frentes a los que, a modo de ejemplo, se exponen pronunciamientos judiciales en nuestra defensa:

1.— Derecho al honor. STS, Sala de lo Civil, de 7 de mayo de 2012.

[...] La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución recurrida.

Se fundó en síntesis, en lo siguiente: [...] (b) se estima plenamente acreditado que la demandante realizó todas las manifestaciones que como lesivas del derecho al honor se le atribuyen por la contraparte; (c) la actuación del entonces secretario general del Ayuntamiento de Tarragona en el expediente del “Fortí de la Reina” se limitó, como mantuvo la sentencia de primera instancia, a la dación de fe de que los acuerdos fueron efectivamente adoptados, sin que en ningún momento informara sobre la conformidad o no de los citados acuerdos con el ordenamiento jurídico; (d) ni las certificaciones, notificaciones o edictos que la recurrente sostiene implicaban una cooperación del secretario del Ayuntamiento a que se perfeccionara la voluntad de los miembros de la comisión de gobierno que adoptaron los acuerdos, y por tanto una participación activa de aquel en la adopción de los mismos pueden tenerse por tales; (e) las manifestaciones de la demandada que admitió haber realizado en las que afirmaba que resultaba inexplicable que el actual secretario del Ayuntamiento informara favorablemente a la concesión de la licencia, pese a la advertencia del arquitecto municipal de urbanismo, no pueden quedar amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión en la medida en que se comunican hechos susceptibles de ser contrastados, ni tampoco por su derecho a la libertad de información toda vez que se falta a la verdad, silenciando la existencia de informes técnicos que avalaban la concesión de la licencia y de los que ella tenía conocimiento, al igual que no existía ningún informe favorable que emitido por el secretario general del Ayuntamiento, avalara la concesión de la licencia; (f) la transmisión de noticias incompletas, cuando se tuvo acceso a la noticia en su integridad y la mendaz referencia a un informe inexistente, comporta ineludiblemente falta de veracidad de la información lo que impide que el ataque al honor del Sr. Rubén quede amparado por el derecho a la libertad de información aun cuando otras de las manifestaciones realizadas por la recurrente en las que

se limitaba a criticar la actuación del consistorio estuvieran amparadas por la libertad de expresión; (g) el hecho de atribuir falsamente a un secretario general haber emitido un informe favorable a la concesión de una licencia que posteriormente resultó anulada por los tribunales de justicia, afirmando que el meritado informe era contrario al parecer de los técnicos es una afirmación que objetivamente desmerece el crédito de la persona a quien se refiere, al margen de la importancia que el afectado pudiera conceder al tema del [...].

2.- Derecho a la toma de posesión del puesto de trabajo.

Son numerosas las ocasiones en que los funcionarios con habilitación de carácter nacional han tenido que recurrir a actas notariales para acreditar la falta de voluntad de los alcaldes para dar posesión de los cargos, con las pertinentes demandas por prevaricación en tales supuestos.

3.- Derecho a un expediente disciplinario conforme a ley. STSJ Islas Baleares de 2 de julio de 2001.

Desviación de poder sobre expediente disciplinario para obligar a marcharse a otro destino:

[...] La sentencia de instancia se ampara en la anterior doctrina, es decir, sin negar la posible comisión de la infracción y sin negar la genérica legitimación municipal para imponer sanción disciplinaria ante dicha infracción, la legitimación desaparece cuando la sanción se impone para un fin distinto y en este caso la sentencia de instancia aprecia como fin distinto la imposición de la sanción para forzar una negociación sobre discrepancias ajenas a la puntualidad horaria.

Así pues, el argumento de la Administración apelante en el sentido de que probada la infracción, la sanción es ineludible, supone olvidar que el argumento por el cual se anula el acto no es por la comisión o no de la infracción sino por el uso de potestades disciplinarias para fines ilegítimos. No obstante, si toda desviación de poder comporta la ilegalidad del acto, no siempre conlleva la violación de derecho fundamental. Es decir, tratándose de un procedimiento especial para la Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales, no basta con advertir que concurre desviación de poder, sino que es necesario que esta repercuta sobre uno de los Derechos Fundamentales que aquí se trata de proteger.

[...] Si bien el procedimiento disciplinario asépticamente considerado podría estimarse que responde a una correcta actuación administrativa, diversas actuaciones que anteceden y rodean al mismo, desvirtúan la legitimidad del fin perseguido.

Concretamente, mientras que la tramitación de la instrucción (dirigida por funcionario ajeno al Ayuntamiento), responde escrupulosamente al principios de objetividad, el primer elemento de sospecha se introduce cuando en la Comisión Informativa previa al Pleno, la propuesta inicial del instructor –sanción de suspensión por plazo de un mes– basada en un estudio exhaustivo de la conducta, se eleva injustificadamente a 5 meses. El Secretario indicó en su demanda que la referida “negociación” consistía en que el Ayuntamiento le había propuesto la retirada del expediente sancionador a cambio de que abandonase su puesto de trabajo y que se fuese en comisión de servicios a una de las plazas vacantes de los Ayuntamientos de [...]. Se aportan noticias de prensa referidas a las reuniones mantenidas a tal fin. En todo caso lo relevante es que dicha afirmación no fue negada por la representación de la Administración en el escrito de contestación a la demanda.

Pero es que además, la sujeción del cumplimiento/incumplimiento de la sanción al resultado de las indicadas “negociaciones”, se reconoce sin rubor en el propio acuerdo del Pleno que impuso la sanción cuando el propio Alcalde propone retrasar la fecha de inicio del cumplimiento de la sanción a efectos de que “haya un margen de tiempo durante el cual esté abierta la puerta de la negociación”. A preguntas de un Concejal acerca de qué ocurriría si se le impone la sanción y luego la negociación da un resultado positivo y cómo se quita la sanción, se le responde por el Alcalde que “el mismo Pleno se reúne otra vez en sesión extraordinaria y se le quita la sanción”.

Es decir, el cumplimiento/incumplimiento de la sanción deriva del resultado de unas negociaciones tendentes a que el funcionario renuncie a su destino actual a cambio de archivar los procedimientos sancionadores en marcha, lo que sin duda implica el uso de unas potestades –las disciplinarias– para un fin distinto del previsto en la norma, ya que no se pretende corregir una actitud de incumplimiento de horarios, sino forzar el cambio de destino del indicado funcionario.

La inexistencia de procedimiento anterior tendente a corregir el incumplimiento horario mediante la oportuna advertencia, esperando en su lugar la prolongación del incumplimiento para imponer sanción por infracción grave, denota también que la intención no es la de hacer uso de las potestades disciplinarias para los fines que le son propios.

4.– Derecho a las retribuciones que legalmente procedan. STSJ Islas Baleares de 6 de octubre de 2000.

[...] La Administración demandada invoca que la sentencia apelada olvida el que con anterioridad a los Acuerdos plenarios impugnados, ya se habían adoptado otros para los años 1996, 1997 y 1998, en los que también se había asignado un nivel 16 para la misma plaza, con un complemento específico 0 ptas. Por lo que los Acuerdos impugnados no pretendían discriminar al recurrente y prueba de ello es que con anterioridad al acceso a la plaza, se establecían las mismas condiciones. No obstante, ello demuestra que la irregular actuación administrativa no solo se produjo con los acuerdos plenarios impugnados sino que también se produjo desde el primer acuerdo plenario que decidió –sin explicación convincente alguna– rebajar drásticamente y “al mínimo” los complementos de destino y específicos tan pronto como cesó el anterior Secretario titular. La ausencia de Secretario titular explica que no se impugnasen tales acuerdos, pero no excluye su ilegalidad.

El argumento de que “no hay discriminación con respecto a la situación de años anteriores” (referida a los intermedios entre Secretarios titulares) no es correcto ya que tales Acuerdos sirven de soporte para consolidar la situación ilegal ahora atacada. Más concretamente, no aparece para nada justificada una alteración del puesto de trabajo que motive la rebaja producida entre 1995 y 1996 (y sucesivos), como no sea el simple cese del que era Secretario titular. Por ello, la rebaja al mínimo de los complementos solo puede entenderse como una ilegal medida a la espera de “examinar las condiciones y aptitudes personales del que pueda ser nuevo Secretario titular”, para posteriormente ajustar los complementos en atención a si tales aptitudes personales (conocimiento de los dos idiomas de esta C.A., experiencia) son del agrado municipal. El hecho de que en el propio acuerdo plenario impugnado se justifiquen las diferencias entre los complementos a percibir por el anterior y el actual Secretario titular, en las condiciones personales de uno y otro individuo, demuestra que este y no otro es el criterio municipal. Así pues, la utilización de los complementos de destino y específico para premiar o sancionar según si las aptitudes personales del funcionario son o no del agrado municipal, no es algo que se deduzca de lo actuado sino que es lo que claramente y expresamente se reconoce en el Acuerdo Plenario de 15.07.1999.

Otra a este respecto: **STC de 3 de marzo de 1994.**

[...] Desde este punto de vista, el Alto Tribunal señala que el alcance del precepto contenido en el artículo 23.2 C.E. (que implica también,

como se dijo, el derecho a mantenerse en el cargo sin perturbaciones ilegítimas y el desempeño del puesto conforme a las disposiciones legales) [...].

Así pues, el demandante/apelado tenía derecho a acceder al puesto de trabajo en las mismas condiciones económicas que percibía el anterior secretario titular, salvo que se justificase una alteración de las condiciones del puesto de trabajo o de sus funciones; y en la medida en que la justificación de la rebaja vino dada por las condiciones personales de uno y otro, se consumó una discriminación constitucional entre los mismos.

Lo anterior no impide el que el Ayuntamiento, en base a la alteración de circunstancias del puesto de trabajo o de sus funciones, y conforme a lo indicado en el Real Decreto 861/1986, realice una nueva valoración del puesto de trabajo que se ajuste a dicha norma y, por supuesto, al art. 23.2.º de la Constitución.

Por todo ello, debe desestimarse este recurso de apelación.

5.— Derecho a mantener el puesto de trabajo, sin que pueda obligarse a nuevo destino. STS de 21 de febrero de 1998.

[...] Se invoca como vulnerado el art. 23,2 de la Constitución que recoge como fundamental el “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”, y, ciertamente, tal derecho, de configuración legal, garantiza no solo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga, como expresa, por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 32/1985, de 6 de marzo, y la del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, ya que, en otro caso, la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera ser mediatizado o impedido, [...].

6.— Derecho a no ser acosado física, moral ni profesionalmente. Juzgado de lo Social n.º 8 de Bilbao, 20 de noviembre de 2014.

[...]

Pues bien los hechos acreditados de la prueba documental y testifical practicada en el plenario son rotundos, tanto respecto de los actos administrativos que han desposeído al demandante de su derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, y de su derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional [art. 14 a) y b) del EBEP], como de los actos

realizados contra él, que han sido constitutivos de trato vejatorio, además realizado con publicidad [...]. Y estos han sido:

- A) *La situación de conflictividad se inicia cuando el actor en ejercicio de su responsabilidad profesional y como Secretario Accidental del Ayuntamiento advierte (previo informe a petición de la Alcaldesa Sra. D... de J...) en el pleno del Ayuntamiento que la concesión de licencias de edificación y urbanización para el inicio de obras de las viviendas de la Plaza... estaba anulada por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Bilbao*
- B) *Y a partir de este hecho: la Alcaldesa dicta una serie de actos administrativos en el ejercicio de su cargo, ya relatados en los hechos probados y que resumidos son:*
- 1) *Cesa al actor como Secretario Accidental el 9-10-2007 por “deslealtad” y nombra a otra persona Secretario General (Sr. M...).*
 - 2) *Dicta decreto argumentando que la plaza de oficial mayor del Ayuntamiento había desaparecido, y que es una simple denominación carente de trascendencia que habrá de corregirse en la próxima RTP para evitar confusiones.*
 - 3) *Dicta decreto acordando la amortización de la plaza del actor de Oficial Mayor del Ayuntamiento de....*
 - 4) *Dicta decreto reasignando al actor al puesto de Técnico de Secretario General.*
 - 5) *Vulnera la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 16-3-1988 que excluye de forma expresa el puesto de Oficial Mayor del actor de cualquier concurso de traslados y vulnera la notificación expresa que la Corporación debe de hacer de esta situación a la Subdirección General de la Función Pública Local del Ministerio de Administraciones Públicas (ya que en el Ayuntamiento desde el 13-12-1993 consta que el puesto de Oficial Mayor se encuentra cubierto de manera definitiva por el demandante).
[...]*
 - 7) *Le asigna tareas inespecíficas en materia de espacios artísticos como Técnico del Secretario General [...], pero bajo la dependencia directa no del Secretario Sr. M... sino de ella misma (la Alcaldesa...).
[...]*

Las modificaciones de la Ley General Tributaria¹

PILAR GALINDO MORELL

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Introducción

2. Objetivos de la reforma

- 2.1. Reducir la conflictividad
- 2.2. Luchar contra el fraude fiscal
 - 2.2.1. Ampliación de potestades de investigación y comprobación
 - 2.2.2. Nueva sanción por conductas artificiosas o fraudulentas. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria
 - 2.2.3. Potenciación de las actuaciones de los órganos de gestión tributaria (procedimiento de comprobación limitada)
 - 2.2.4. Represión del contrabando
 - 2.2.5. Dar publicidad de los deudores con la Hacienda Pública de mayor cuantía
 - 2.2.6. Publicidad de datos fiscales
- 2.3. Incrementar la seguridad jurídica

3. Principales novedades

- 3.1. Interpretación de las normas tributarias (artículo 12 LGT)
- 3.2. Ampliación de las potestades de comprobación e investigación
- 3.3. Prescripción tributaria
- 3.4. Modificaciones en el ámbito de la declaración tributaria
- 3.5. Aspectos materiales y procedimentales relativos a la vía económico-administrativa
- 3.6. Compatibilidad del procedimiento de liquidación en vía administrativa y el procedimiento penal

Artículo recibido el 21/01/2016; aceptado el 30/01/2016.

1. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2016, organizado por la Diputación de Barcelona, el 22 de enero de 2016.

4. Reforma del recurso de casación**5. Reformas pendientes**

- 5.1. Procedimiento abreviado
- 5.2. Recargos por presentación extemporánea
- 5.3. Colaboración social en la aplicación de los tributos
- 5.4. Simplificación del procedimiento de suspensión sin garantías

Resumen

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de reforma parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) –BOE de 22 de septiembre de 2015–, viene a culminar la primera gran etapa de la llamada “reforma fiscal”, iniciada en su día con la aprobación de las leyes 26, 27 y 28/2014, de 27 de noviembre, de reforma de los principales impuestos de nuestro sistema tributario, a saber: impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), impuesto de sociedades (IS) e impuesto sobre el valor añadido (IVA), respectivamente. Esta modificación encuentra su justificación en motivos de diversa índole, algunos exclusivamente técnicos, respecto de preceptos ya incorporados en la vigente LGT, y otros determinados por la necesidad de incorporar nuevas figuras sustantivas y procedimentales para cubrir vacíos legales actualmente existentes, o adaptar la norma para superar situaciones de controversia interpretativa, administrativas y jurisdiccionales, puestas de manifiesto a los largo de estos años, asegurando esta reforma el mantenimiento del carácter codificador que se reconoce a esta Ley.

No es la primera reforma de la LGT desde su entrada en vigor, pero sí es, como señala su preámbulo, la de mayor calado, con la finalidad de adaptar la normativa tributaria a la evolución de la sociedad, respetando el principio de estabilidad de la normativa en beneficio de los operadores jurídicos que aplican el sistema tributario: los obligados tributarios, los colaboradores sociales y la propia Administración Tributaria.

Con esta modificación de la Ley General Tributaria, y a falta de las que procedan en cada uno de los reglamentos reguladores de los distintos procedimientos, se completará el proceso de reforma fiscal iniciado el año pasado.

En este trabajo se analizan las modificaciones más importantes llevadas a cabo por la reforma.

Palabras clave: *actuaciones inspectoras; prescripción; conflicto en la aplicación de la norma; reclamaciones económico-administrativas.*

The amendments to the General Tax Law

Abstract

Law 34/2015, of 21 September, on partial amendments to the Law 58/2003, of 17 December, on the General Tax Law –BOE of 22 September 2015–, finished the first phase of the so-called “tax reform” which started with Laws 26, 27 and 28/2014, of 27 November, on the amendment of the main taxes of our system: income personal tax (IRPF), corporate income tax (IS) and the value added tax (VAT). This reform, which maintains the codification aim, pursues several goals: (1) to introduce technical improvements to the existent legal framework; (2) to incorporate new substantive and procedural tools for filling legal gaps; and (3) to adapt the legal norms in order to overcome persistent interpretative, administrative and judicial controversies.

Although this is not the first amendment to the General Tax Law, it is indeed the greatest reform as the preamble points out. The reform is aimed at adjusting the tax system to the evolution of the society, always in accordance with the rule of law and the legal certainty principles in favour of taxpayers, social workers and also the Tax Administration.

This reform and the subsequent amendments of the regulations of the different proceedings will complete the whole reform of the tax system started a year ago.

Keywords: inspections; legal time limit; conflict on the applicability of the norm; economic-administrative claims.

1

Introducción

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de reforma parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) –BOE de 22 de septiembre

de 2015—, viene a culminar la primera gran etapa de la llamada “reforma fiscal”, iniciada en su día con la aprobación de las leyes 26, 27 y 28/2014, de 27 de noviembre, de reforma de los principales impuestos de nuestro sistema tributario, a saber: impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), impuesto de sociedades (IS) e impuesto sobre el valor añadido (IVA), respectivamente. Esta modificación encuentra su justificación en motivos de diversa índole, algunos exclusivamente técnicos respecto de preceptos ya incorporados en la vigente LGT, y otros determinados por la necesidad de incorporar nuevas figuras sustantivas y procedimentales para cubrir vacíos legales actualmente existentes, o adaptar la norma para superar situaciones de controversia interpretativa, administrativas y jurisdiccionales, puestas de manifiesto a lo largo de estos años, asegurando esta reforma el mantenimiento del carácter codificador que se reconoce a esta Ley.

No es la primera reforma de la LGT desde su entrada en vigor, pero sí es, como señala su preámbulo, la de mayor calado, con la finalidad de adaptar la normativa tributaria a la evolución de la sociedad, respetando el principio de estabilidad de la normativa en beneficio de los operadores jurídicos que aplican el sistema tributario: los obligados tributarios, los colaboradores sociales y la propia Administración Tributaria.

Con esta modificación de la Ley General Tributaria, y a falta de las que procedan en cada uno de los reglamentos reguladores de los distintos procedimientos, se completará el proceso de reforma fiscal iniciado el año pasado.

Los objetivos esenciales que persiguen las novedades introducidas por la Ley, son los siguientes (preámbulo):

- a) Reforzar la seguridad jurídica tanto de los obligados tributarios como de la Administración Tributaria, y reducir la litigiosidad en esta materia, para lo que es fundamental una regulación clara, precisa y sistemática de todos aquellos procedimientos a través de los cuales se aplica y gestiona el sistema tributario.
- b) Prevenir el fraude fiscal, incentivando el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.
- c) Incrementar la eficacia de la actuación administrativa en la aplicación de los tributos, logrando un mejor aprovechamiento de los recursos a disposición de la Administración.

Estos objetivos se pueden sintetizar en uno solo: mejorar, adaptar y completar la regulación del sistema tributario español, haciéndolo más justo y eficaz, en cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución Española (CE), que señala que: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad economi-

ca mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Su entrada en vigor, según dispone la disposición final duodécima, se produjo el día 12 de octubre de 2015. No obstante, las modificaciones referidas a las obligaciones formales necesarias para hacer efectivo el Proyecto SII (Suministro Inmediato de Información) y a la determinación de los casos en que la aportación o llevanza de libros registro se deba efectuar de forma periódica y por medios telemáticos (art. 29.3), así como la infracción por el retraso en la obligación de llevar los libros registro a través de la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (artículo 200), entrarán en vigor el 1 de enero de 2017, y determinadas modificaciones introducidas en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, en materia de infracciones y sanciones, entraron en vigor el 22 de diciembre de 2015.

La reforma introduce dos nuevos títulos: el título VI, dedicado a las “Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública”, y el título VII, dedicado a la “Recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario”.

2

Objetivos de la reforma

Los tres objetivos fundamentales de la reforma de la Ley General Tributaria, según se recoge en la exposición de motivos, son: reducir la conflictividad, potenciar la lucha contra el fraude, e incrementar la seguridad jurídica de las normas tributarias. Objetivos que, a priori, no siempre permiten la adopción de medidas proporcionadas o idóneas para su consecución. Con esta reforma se intensifican las potestades administrativas de comprobación, liquidación y recaudación.

2.1

Reducir la conflictividad

a) Con el objetivo de reducir la conflictividad se amplía la facultad de los órganos de la Administración Tributaria para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias con carácter vinculante.

Estas disposiciones vinculan a los órganos de aplicación de los tributos.

b) También se prevé el desarrollo reglamentario de las obligaciones formales necesarias para hacer efectivo el Proyecto SII, que empezará a funcionar el 1 de enero de 2017. Se trata de los casos en los que la aportación o

llevanza de los libros registro se pueda efectuar por medios telemáticos, lo que afectará al 80 % de las transacciones realizadas en la economía española.

El Proyecto del Suministro Inmediato de Información (SII) de la Agencia Tributaria implantará un nuevo sistema de gestión del IVA, basado en la información en tiempo real de las transacciones comerciales. Con dicho proyecto se busca impulsar el uso de medios electrónicos en la gestión de este impuesto, con el fin de lograr mayor fluidez en la comunicación de los contribuyentes con la Administración Tributaria. Después de cada facturación, los contribuyentes enviarán a la Agencia Tributaria el detalle de las facturas emitidas y recibidas, donde los libros-registro se irán formando con cada uno de los envíos del detalle de las operaciones realizadas, la llevanza electrónica de los libros.

Con la información recibida y la de la base de datos, la Agencia Tributaria podrá elaborar los datos fiscales del contribuyente, a efectos del IVA, facilitando la declaración del impuesto al contribuyente, incrementando su seguridad jurídica y permitiendo eximirle del cumplimiento de obligaciones informativas anuales.

El nuevo sistema supondrá un cambio significativo en la relación entre las empresas y la Administración Tributaria, y un gran esfuerzo en la gestión de la información de las facturas enviadas y recibidas por las empresas, siendo claves del sistema:

- la inmediatez (en la actualidad, la presentación de las declaraciones del IVA –modelos 340, 347 y 390– tiene unos plazos determinados: mensual, trimestral o anual, que permiten a las empresas un mayor margen para decidir cómo contabilizar las facturas –por ejemplo, decidir si una determinada operación se corresponde a bienes corrientes o a bienes de inversión–; con el nuevo sistema las empresas tienen solo 4 días desde la fecha de expedición o recepción de la factura para enviar toda la información a la Agencia Tributaria);
- la cantidad de información a suministrar (se obliga a establecer un flujo constante de información entre la empresa y la Agencia Tributaria);
- la capacidad de respuesta (las empresas deberán ser ágiles en la creación de la información a enviar a la Agencia Tributaria, muchas veces dispersa por la organización en varios programas de gestión).

2.2

Luchar contra el fraude fiscal

Entre las medidas adoptadas para combatir el fraude tributario se prevén las siguientes:

2.2.1

Ampliación de potestades de investigación y comprobación

a) La reforma de la Ley General Tributaria amplía las potestades de comprobación e investigación, regulando el derecho a comprobar las obligaciones tributarias en el caso de ejercicios prescritos, siempre que sea preciso en relación con obligaciones de ejercicios no prescritos. Se fija un plazo de diez años para la comprobación de bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación, o deducciones aplicadas o pendientes de aplicar, introduciendo el artículo 66 bis sobre el derecho a comprobar que no se verá afectado por la prescripción de los cuatro años de los derechos del artículo 66 (determinar la deuda, exigir el pago, solicitar y obtener devoluciones).

b) Por otra parte, se aprueba el procedimiento para liquidar administrativamente deudas tributarias aun cuando se aprecien indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, y se adapta el procedimiento de recaudación de dichas deudas, introduciendo un título VI bajo la rúbrica: “Actuaciones y Procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública”.

En línea con lo previsto en la reforma en 2012 del delito contra la Hacienda Pública, operada en el Código Penal, la nueva normativa contempla la posibilidad de practicar la liquidación tributaria e iniciar el cobro de la deuda en supuestos en que se aprecien indicios de haber cometido delito fiscal, y por consiguiente se remita el tanto de culpa al órgano judicial competente o bien se remita el expediente al Ministerio Fiscal.

La Ley sigue las pautas marcadas por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

La regla general será, por tanto, la práctica de la liquidación y el desarrollo de las actuaciones recaudatorias, pese a iniciarse en ese momento la vía penal, a fin de superar la hasta ahora obligada paralización de las actuaciones administrativas de liquidación que provocaba, entre otros efectos, la conversión de la deuda tributaria en una figura distinta que a veces resultaba de difícil cobro.

c) También se mejora la regulación del método de estimación indirecta de las bases imponibles, que se había mostrado insuficiente en algunos aspectos y que había sido corregido por la jurisprudencia; pero los

pronunciamientos de los tribunales resultaban dispersos y heterogéneos, lo que conducía a una cierta inseguridad jurídica en la aplicación de este régimen.

La reforma especifica el origen de los datos a utilizar y su plena aplicabilidad tanto para la determinación de ingresos (ventas) como de gastos (compras). Ello dota a la Administración Tributaria de un mejor instrumento contra la economía sumergida (artículo 158).

2.2.2

Nueva sanción por conductas artificiosas o fraudulentas. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria

Por otro lado, como nueva norma antiabuso, y de acuerdo con el Consejo de Estado, se introduce en la Ley General Tributaria una nueva infracción tributaria grave en el artículo 206 bis, con el fin de profundizar en la lucha contra los comportamientos más sofisticados de fraude fiscal o estructuras artificiosas, dirigidas únicamente a obtener ahorros fiscales abusando de lo dispuesto por las normas tributarias, suprimiendo, por tanto, la exclusión de la posibilidad de imponer sanciones anteriormente prevista en el apartado 3 del artículo 15.

Así, será sancionable la obtención de un ahorro fiscal mediante actos que ya hayan sido declarados por la Administración como de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Se podrá sancionar exclusivamente en los casos ya calificados previamente como abusivos por la Administración, y en donde se haya dado reiteración.

Se modifica el artículo 179.2 para introducir una presunción *iuris tantum* de que, en el supuesto tipificado como infracción en el nuevo artículo 206 bis, no concurre ni diligencia debida ni interpretación razonable de la norma.

2.2.3

Potenciación de las actuaciones de los órganos de gestión tributaria (procedimiento de comprobación limitada)

En este sentido se establece la presunción para distribuir linealmente la cuota anual entre distintos periodos de liquidación; la admisión del examen de los documentos contables aportados, *motu proprio*, por el obligado tributario, y la revocación del NIF también a las personas físicas.

2.2.4 Represión del contrabando

Se prevé un refuerzo del régimen de infracciones y sanciones en esta materia.

2.2.5 Dar publicidad de los deudores con la Hacienda Pública de mayor cuantía

Si bien se mantiene el carácter reservado de la información obtenida por la Administración Tributaria, por motivos de interés general, y para luchar contra el fraude fiscal, se autoriza la publicación de listados de obligados tributarios con deudas y sanciones pendientes superiores a un millón de euros, que no hubieran sido pagadas en el plazo de ingreso voluntario, salvo que se encuentren aplazadas o suspendidas (art. 95 bis), lo que constituye una de las novedades con mayor efecto mediático.

La norma concede a los interesados un trámite de alegaciones con carácter previo a la publicación de la lista en relación con las cuestiones de hecho relativas a los requisitos para la publicación. La Administración Tributaria podrá llevar a cabo, en su caso, la rectificación del listado antes de la publicación definitiva.

El Gobierno publicará la primera lista de deudores en el cuarto trimestre de este año, respecto a aquellos que a fecha de 31 de julio de 2015 incurran en las circunstancias referidas, según se acuerda en la disposición transitoria única, apartado cuarto. Posteriormente, en el primer semestre de cada año natural se publicará un listado con aquellos que estén en dicha circunstancia el 31 de diciembre del año previo.

2.2.6 Publicidad de datos fiscales

Acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal, para permitir la publicación parcial de las sentencias condenatorias firmes por delitos contra la Hacienda Pública, y los de insolvencia punible y de contrabando en los que sea acreedor, o que se produzcan con perjuicio a la Hacienda Pública.

La publicación de las sentencias no será completa, sino de alcance proporcionado, únicamente de aquellos aspectos que sean estrictamente necesari-

rios para cumplir con la finalidad buscada, lo que resulta así respetuoso con los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, así como a la protección de datos de carácter personal.

Esta medida será aplicable a las sentencias que alcancen firmeza tras la entrada en vigor de la reforma, dado el carácter procesal y no sancionador de la medida, y se verificará mediante certificación de los secretarios judiciales.

En esta materia hay que reseñar la Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre (BOE de 11 de septiembre), por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal.

La modificación que se hace en esta Ley Orgánica se cohonesta con la de la Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que regula la posibilidad de publicar la identidad de quienes causan un mayor perjuicio económico a la Hacienda Pública, y por ende a toda la sociedad, introduciendo importantes excepciones al principio general de reserva tributaria establecido en el artículo 95 bis de la misma, excepción que se hace precisamente a la luz de tales principios. Pues bien, en conexión con tal modificación, y como complemento indisoluble de la misma, se articula la que ahora se introduce con este texto, ya que resultaría incoherente que se publicara la identidad de quienes por unos u otros motivos han dejado de abonar sus obligaciones tributarias, y sin embargo quedara oculta precisamente la de los grandes defraudadores, condenados en sentencia firme por delitos de esta naturaleza. Se añade un artículo 235 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativo a la publicidad del acceso a los datos personales en los fallos de las sentencias firmes condenatorias, cuando se hubieren dictado en virtud de los delitos a que el mismo se refiere.

2.3

Incrementar la seguridad jurídica

a) Con el fin de aumentar la seguridad jurídica de las normas tributarias se fijan nuevos plazos para el procedimiento de inspección, regulados en el artículo 150 de la LGT.

Así, se simplifica el cómputo del plazo, extendiendo el actual de doce meses, prorrogable por otros doce. Concretamente, se establece con carácter general un período temporal más amplio de dieciocho meses, a la vez que se limitan las causas de suspensión del cómputo y se eliminan las dilaciones no imputables a la Administración que, según la propia Administración, en la

práctica, extendían el plazo preexistente, provocando graves disfunciones y aumento de litigiosidad.

b) Por otra parte, se aprueban medidas para agilizar la actuación de los tribunales económico-administrativos (TEAR) y reducir la litigiosidad, promoviendo la utilización de medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, y mejorando la regulación de los procedimientos. Por ejemplo, se potencia el sistema de unificación de doctrina entre tribunales dentro del TEAR, medida que, en mi opinión, dista de ser equilibrada respecto de la posición del contribuyente que acude a ellos como último eslabón del organigrama administrativo tributario, y se acortan los plazos de resolución.

Según la nueva redacción del artículo 229 de la LGT, relativo a las competencias de los órganos económico-administrativos, el primer control lo ejercerá directamente el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), al que se reconoce en asuntos de especial trascendencia una labor unificadora de criterio, sin necesidad de acudir al recurso extraordinario de alzada en unificación de criterio [apartado d) del art. 229], y el segundo mecanismo de control se inserta en el propio TEAR en el apartado 3 del citado precepto, en el que se confiere a los presidentes de los distintos TEAR la posibilidad de unificar criterios.

3

Principales novedades

Con carácter general, y para lograr los objetivos de la reforma, son múltiples las novedades que incorpora la nueva Ley 34/2015, teniendo en cuenta los objetivos citados. Por razones de extensión no entraré a analizar todas ellas, siquiera someramente, motivo por el cual haré hincapié en aquellas que adquieren una mayor relevancia.

3.1

Interpretación de las normas tributarias (artículo 12 LGT)

La Ley 34/2015 modifica el art. 12 de la LGT, apartado 3, relativo a la interpretación de las normas tributarias (Sección 3.^a Interpretación, calificación e integración – Artículo 12. Interpretación de las normas tributarias).

En la regulación anterior dicho precepto señalaba lo siguiente:

1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3 del Código Civil.

2. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.

3. En el ámbito de las competencias del Estado, la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás normas en materia tributaria corresponde de forma exclusiva al ministro de Hacienda.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias serán de obligado cumplimiento para todos los órganos de la Administración Tributaria y se publicarán en el boletín oficial que corresponda.

Con la reforma, este precepto queda así redactado:

3. En el ámbito de las competencias del Estado, la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás normas en materia tributaria corresponde al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y a los órganos de la Administración Tributaria a los que se refiere el artículo 88.5 de esta Ley².

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias dictadas por el ministro serán de obligado cumplimiento para todos los órganos de la Administración Tributaria.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias dictadas por los órganos de la Administración Tributaria a los que se refiere el artículo 88.5 de esta Ley tendrán efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración Tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

Las disposiciones interpretativas o aclaratorias previstas en este apartado se publicarán en el boletín oficial que corresponda.

Con carácter previo al dictado de las resoluciones a las que se refiere este apartado, y una vez elaborado su texto, cuando la naturaleza de las mismas lo aconseje, podrán ser sometidas a información pública.

Se reconoce la facultad de dictar disposiciones interpretativas y aclaratorias además de al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (como se recogía en el texto anterior vigente) al órgano con competencia en la iniciativa legislativa (la Dirección General de Tributos, DGT), y las mismas serán obligatorias para los órganos de aplicación de los tributos.

Los órganos que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones, su propuesta o interpretación, podrán dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás normas tributarias, y se publicarán en

² 5. La competencia para contestar las consultas corresponderá a los órganos de la Administración Tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación.

el boletín correspondiente (art. 12.3 LGT). Tiene lugar así la extensión de una facultad con la que ya contaba la DGT a través de las consultas tributarias a un supuesto equiparable en el que, sin embargo, no ha existido iniciativa del contribuyente a través del planteamiento de la cuestión correspondiente. El citado centro directivo, a pesar de no tener la consideración de superior jerárquico del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), podrá dictar una determinada doctrina interpretativa que habría de ser asumida por dicho Tribunal.

Cabe preguntarse en qué medida la nueva previsión introducida podría llegar a vulnerar el sistema tradicional de fuentes, por cuanto atribuye dicha facultad de carácter cuasi normativo a un órgano administrativo que carece de atribuciones normativas, según la distribución competencial recogida en nuestra Constitución.

Cabe cuestionarse, por otro lado, si la seguridad jurídica, que es el objetivo que subyace a esta modificación, no estaría mejor servida con una técnica legislativa más depurada en lugar de añadir una nueva fuente de complejidad al ya de por sí enmarañado sistema tributario.

Las disposiciones aclaratorias que dicte la DGT solo vinculan a los órganos de aplicación de los tributos (no a los órganos revisores ni a los particulares), por lo que habrá de determinarse si la discrepancia del obligado tributario es admisible a efectos de excluir culpabilidad en su conducta.

3.2

Ampliación de las potestades de comprobación e investigación

Tal y como señala el apartado II del preámbulo de la Ley 34/2015, constatada la existencia de numerosas incidencias en la interpretación de la regulación de los plazos de las actuaciones inspectoras, se hace precisa una nueva regulación que, sin menoscabar los derechos y garantías de los obligados tributarios, permita reducir la conflictividad en esta materia.

Los objetivos perseguidos con la nueva regulación del procedimiento inspector, según el citado apartado II del preámbulo, son los siguientes:

- a) Simplificar de manera importante la normativa vigente, al eliminarse un amplio y complejo sistema de supuestos de interrupciones justificadas, dilaciones no imputables a la Administración, y ampliación del plazo. Asimismo, se suprime el supuesto de interrupción injustificada durante más de seis meses.
- b) Una mayor seguridad jurídica, en cuanto al cómputo de los plazos del procedimiento inspector, incorporando nuevas obligaciones para

informar al obligado tributario de las vicisitudes de dicho plazo (duración y, en su caso, suspensión y extensión del mismo), de forma que el obligado pueda conocer claramente cuál es la fecha límite del procedimiento.

c) Reducir significativamente la conflictividad tributaria.

La modificación de la regulación del plazo del procedimiento inspector permitirá que las actuaciones tengan una fecha más previsible de finalización, conocida por el obligado tributario, sin merma de derecho alguno de este, contribuyendo a su vez al buen fin de las liquidaciones tributarias y a la defensa de los intereses generales.

Con carácter general, se simplifica la regulación del procedimiento de inspección (art. 150 LGT).

La reforma implica un incremento del plazo del procedimiento de inspección y, como contrapartida, a lo largo de la tramitación se van a producir determinadas vicisitudes que no van a alargar el plazo de que la Administración Tributaria dispone para finalizar el procedimiento, como los aplazamientos solicitados por el obligado tributario para cumplir trámites, o el periodo de espera de datos solicitados a otras Administraciones.

Es esta una de las novedades más importantes de la reforma, aunque la consecuencia de superación de plazo sigue siendo la misma: la pérdida de eficacia interruptora de la prescripción. El actual sistema de dilaciones ha dado lugar a una enorme litigiosidad y a la pérdida de recaudación, como consecuencia de la declaración de prescripción por los tribunales de numerosas deudas tributarias, por lo que con la reforma se trata de cumplir el objetivo de reforzar la seguridad jurídica, tanto de los obligados tributarios como de la Administración Tributaria, previsto en la exposición de motivos.

Con esta reforma se pretende reducir la conflictividad y neutralizar los pronunciamientos favorables a los contribuyentes.

La nueva regulación establecida en la Ley 34/2015 amplía el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras del artículo 150.1 de la LGT, que pasa de 12 a 18 meses con carácter general, y a 27 meses, en lugar de 24 meses, en los siguientes supuestos (véase artículo 150 de la LGT):

- a) que la cifra anual de negocios del obligado tributario sea igual o superior a la requerida para auditar sus cuentas –dato este que conlleva una remisión al ordenamiento mercantil donde se especifican las sociedades y entidades que deben ser auditadas, en concreto al art. 263 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, así como a la disposición adicional primera del Texto Refundido de la

Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio-;

- b) que el obligado tributario esté integrado en un grupo sometido al régimen de consolidación fiscal o al régimen especial de grupo de entidades que esté siendo objeto de comprobación inspectora.

En segundo lugar, se elimina la posibilidad de acordar una ampliación del plazo de duración de las actuaciones inspectoras en los supuestos de especial complejidad, y se suprime el supuesto de interrupción de las actuaciones inspectoras durante más de seis meses como supuesto desencadenante de efectos jurídicos similares a los de la superación de su plazo máximo de duración, que obligaba a la Administración a proceder de manera constante.

Se pretende una objetivización del plazo, evitando discusiones sobre el mismo; y el plazo se contará desde la fecha de notificación al obligado tributario de su inicio hasta que se notifique o se entienda notificado el acto administrativo resultante del mismo (art. 150.2).

No obstante la regla general, se admiten excepciones: el plazo máximo de duración de las actuaciones podrá verse suspendido en los casos previstos en los apartados 3 y 4 del citado artículo 150 de la LGT: remisión del expediente al Ministerio Fiscal o la jurisdicción competente, orden judicial, conflicto ante las Juntas Arbitrales, expediente de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, intento de notificación del acuerdo de completar actuaciones, y fuerza mayor.

La suspensión del plazo obliga a la inspección a no realizar ninguna actuación en relación con el procedimiento suspendido (lo que supone, en definitiva, la interrupción del procedimiento inspector), a menos que se produzca una desagregación de los elementos u obligaciones no afectados por la suspensión; y una vez finalizada la suspensión continuará el procedimiento por el plazo que reste.

Se permite la extensión del plazo máximo de duración de las actuaciones en determinados casos:

- a) días de cortesía que no podrán exceder de 60 días naturales en los que el obligado tributario podrá pedir que no se lleven a cabo actuaciones con el mismo;
- b) aportación tardía de documentación;
- c) aportación de datos, pruebas o documentos relacionados con la aplicación del método de estimación indirecta.

El art. 150.6 de la LGT regula los efectos derivados del incumplimiento del plazo máximo de resolución.

Dichos efectos quedan recogidos en la normativa vigente dentro del apartado segundo del citado precepto. Al amparo de la nueva regulación aprobada, cabe estimar que tendrá lugar la pérdida de los efectos interruptivos derivados del inicio y desarrollo del procedimiento que incumpla su plazo máximo de duración, ya sea el inicial de 18 o 27 meses o, en su caso, el ampliable de 3 o 6 meses adicionales. No parece en cambio razonable estimar, al no desprenderse del espíritu del precepto, que pierden sus efectos interruptivos el conjunto de actuaciones realizadas hasta superar los plazos iniciales de 18 o 27 meses, produciéndose en cambio una nueva interrupción de la prescripción por aquellas actuaciones que pudieran llevarse a cabo durante el período de tiempo adicional de 3 o 6 meses, es decir, durante el lapso de tiempo adicional que contempla el nuevo art. 150.5 de la Ley. Califica además el art. 150.6 de la Ley de manera sobrevenida como espontáneos aquellos ingresos que se hayan efectuado desde el inicio del procedimiento y hasta la primera actuación posterior a su incumplimiento.

Por otra parte, en el supuesto de que se ordenase la retroacción de actuaciones inspectoras, el cómputo del plazo para finalizar las actuaciones habrá de contarse desde la notificación al contribuyente de la reanudación del procedimiento inspector, a diferencia de lo que sucedía al amparo de la regulación anterior, en virtud de la cual el citado plazo se computaba desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución.

Debe precisarse no obstante que esta nueva regulación será aplicable a los procedimientos de inspección que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley, a excepción de aquellos casos en los que una resolución judicial o económico-administrativa aprecie defectos formales y ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, siendo entonces aplicable a aquellas actuaciones inspectoras en las que la reanudación consecuencia de la retroacción ordenada se produjera a partir de la entrada en vigor de la Ley.

En cuanto al nuevo art. 150.7 de la LGT, relativo a la retroacción de actuaciones inspectoras, dispone lo siguiente:

Cuando una resolución judicial o económico-administrativa aprecie defectos formales y ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, estas deberán finalizar en el período que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo previsto en el apartado 1 o en seis meses, si este último fuera superior. El citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución.

Se exigirán intereses de demora por la nueva liquidación que ponga fin al procedimiento. La fecha de inicio del cómputo del interés de demora

será la misma que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26, hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación.

En la nueva redacción, el legislador ha querido matizar que la retroacción de actuaciones se refiere únicamente a los supuestos en los que se aprecien defectos formales; inclusión que se deriva de la postura adoptada por el Tribunal Supremo en relación con la aplicación del antiguo art. 150.5 de la LGT a supuestos que no se consideran, estrictamente, “retroacción de actuaciones”. De la dicción del mismo parece desprenderse que la Administración será responsable del retraso que le resulte imputable desde la recepción de la resolución de que se trate en el Registro de la Administración, y hasta la notificación del inicio de las nuevas actuaciones, eliminándose con ello el período de tiempo a lo largo del cual hubiese estado paralizado el devengo de intereses de demora correspondiente a las vías de revisión. Ahora bien, cabe plantearse si, desde un punto de vista conceptual, resultan procedentes dichos intereses, en tanto en cuanto también resulta imputable a la Administración la infracción procedimental que provoca que no se convierta válidamente en deuda la preexistente obligación.

La nueva regulación introducida en el apartado primero del art. 150.7 de la LGT plantea la duda (que no resuelve el precepto) relativa a qué sucede con aquel lapso de tiempo transcurrido desde que tiene entrada, en el registro del órgano competente para ejecutar la resolución, la notificación de la reanudación del procedimiento inspector, hasta que se inician las actuaciones de ejecución. Recuérdese además a este respecto que la reiteración de actos podría producirse si, por ejemplo, la anulación lo fuese de un acto que hubiese sido dictado en un procedimiento inspector por vicios sustantivos, así como tratándose de un acto anulado, ya sea por vicios de forma o de fondo, que no se hubiese dictado en el seno de un procedimiento inspector. De cualquier manera, el citado precepto contiene una limitación respecto de la percepción de intereses de demora, así como el establecimiento de un plazo máximo para acometer las ejecuciones de las resoluciones y sentencias.

3.3

Prescripción tributaria

La prescripción del derecho a liquidar no afecta ni trasciende al derecho a comprobar e investigar. Se acoge de forma expresa el criterio recientemente

sentado por el Tribunal Supremo en las sentencias de 5 y 26 de febrero y 23 de marzo de 2015.

En la última citada, el Alto Tribunal se remite a la sentencia de 5 de febrero de 2015 (RCA n.º 4072/2013), que se pronuncia en el siguiente sentido:

La Administración Tributaria siempre ha entendido que, de acuerdo con el artículo 66 de la LGT 2003 (antiguo 64 de la LGT 1963), prescribe el derecho para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. La comprobación e investigación de la situación tributaria, aunque necesaria para liquidar la deuda tributaria, no estaba sometida a plazo de prescripción o caducidad alguno y ello porque se trata de un poder de la Administración distinto del de liquidar, que siempre ha estado regulado en un precepto propio (arts. 115 de la LGT 2003 y 109 de la LGT 1963) respecto del cual la legislación nunca ha establecido expresamente que su ejercicio esté sometido a plazo. El artículo 115 de la LGT 2003 califica a dicho poder de potestad. Estamos por tanto ante una potestad administrativa puesta al servicio de la Administración para poder liquidar un tributo pero que, salvo que la ley diga otra cosa, es imprescriptible como todas las potestades administrativas. El artículo 115 de la LGT 2003 (art. 109 LGT 1963) no somete a plazo el ejercicio de las potestades de comprobación e investigación y el artículo 66 de la misma Ley tampoco las incluye dentro de los derechos de la Administración llamados a prescribir.

Esta tesis de que “lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultraactividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella”, no es ni mucho menos ajena a la previa jurisprudencia de este Alto Tribunal, pudiendo encontrarla sustentada, por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 3726/2009 F. de D. Sexto). No se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aun cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos.

Por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos. Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio

prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos.

Lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de “igualdad fuera de la ley”, “igualdad en la ilegalidad” o “igualdad contra la ley”, proscrito por el Tribunal Constitucional en, entre otras, las siguientes sentencias 88/2003, de 19 de mayo y 181/2006, de 19 junio.

Se reconoce de modo explícito que las facultades de calificación atribuidas a la Administración en relación con hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios acontecidos, realizados, desarrollados o formalizados en períodos tributarios respecto de los que se hubiera producido la prescripción del derecho a liquidar, han de surtir efectos fiscales en ejercicios o períodos en los que dicha prescripción no se ha producido.

Según el preámbulo (apartado II) de la Ley, con estas modificaciones no solo se posibilita garantizar el derecho de la Administración a realizar comprobaciones e investigaciones, sino que también se asegura el del obligado tributario a beneficiarse de los créditos fiscales, así como el correcto ejercicio del derecho de rectificar sus autoliquidaciones cuando, en la comprobación de la procedencia de la rectificación, la Administración deba verificar aspectos vinculados a ejercicios respecto de los que se produjo la prescripción del derecho a liquidar.

Para ello, se introduce un nuevo artículo en la Ley General Tributaria (artículo 66 bis), sobre el derecho a comprobar e investigar, que no se ve afectado por la prescripción a los cuatro años del derecho a determinar la deuda, exigir el pago y solicitar u obtener devoluciones. Este derecho de la Administración a iniciar el procedimiento de comprobación de la procedencia o de la cuantía de las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensar, o de deducciones aplicadas o pendientes de aplicar, prescribe a los diez años a contar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo de declaración del ejercicio en que se generaron.

En relación con el comienzo del cómputo del plazo de prescripción, se explicita que en los tributos de cobro periódico por recibo, cuando para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación no sea necesaria la presentación de declaración o autoliquidación, el plazo de prescripción comienza el día de devengo del tributo, ya que es a partir de ese momento cuando la Administración puede realizar las actuaciones dirigidas a la liquidación del tributo.

Se regula el régimen de interrupción de la prescripción en las obligaciones tributarias conexas (que son otras obligaciones afectadas por la comprobada) de titularidad del mismo obligado, y el cauce procedimental a través del cual la Administración ejercerá su derecho a liquidar interrumpido de este modo, posibilitándose la compensación de oficio de cantidades a ingresar y a devolver resultantes, y garantizándose el reintegro de las devoluciones vinculadas a liquidaciones que están siendo objeto de recurso o reclamación por el mismo obligado tributario.

3.4

Modificaciones en el ámbito de la declaración tributaria

El art. 119 de la LGT, relativo a la declaración tributaria, que define como todo documento presentado ante la Administración Tributaria donde se reconozca o manifieste la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos, y cuya presentación no implica por parte del obligado tributario reconocimiento de la procedencia de la obligación tributaria, incluye un nuevo apartado 4 a través del cual se prohíbe que, mediante la técnica de las declaraciones complementarias o de las declaraciones rectificativas, se puedan modificar autoliquidaciones ya presentadas con la finalidad de materializar una reestructuración de las partidas pendientes de compensación o deducción, con la sola intención de modificar la deuda derivada de un procedimiento de aplicación de los tributos iniciado por la Administración (de naturaleza esencialmente comprobadora).

Tal y como se señala en el nuevo art. 119.4 de la LGT: “En la liquidación resultante de un procedimiento de aplicación de los tributos solo podrán aplicarse las cantidades que el obligado tributario tuviera pendientes de compensación o deducción en el momento de iniciarse dicho procedimiento, sin que a tales efectos sea posible modificar tales cantidades mediante la presentación de declaraciones complementarias o solicitudes de rectificación después del inicio del procedimiento de aplicación de los tributos”. De este modo la nueva redacción aprobada no impide la presentación con plenos efectos compensatorios de declaraciones complementarias referidas a ejercicios prescritos en los que se originó el derecho a compensar, siempre que se presenten antes de que se inicie la actuación comprobadora de la Administración. A la luz de la modificación introducida se limitan las cuotas o bases a compensar en los casos de comprobación a las existentes en el momento de iniciarse una comprobación, excluyendo la posibilidad de presentar declaraciones complementarias o solicitudes de rectificación.

En la liquidación resultante de un procedimiento de aplicación de los tributos, se podrán aplicar las cantidades que estuvieran pendientes de compensación o deducción al iniciarse el procedimiento, sin que a estos efectos sea posible modificar tales cantidades mediante la presentación de declaraciones complementarias o solicitudes de rectificación, después del inicio del procedimiento. Ello se justifica en la exposición de motivos de la Ley 34/2015, aludiéndose a la imposibilidad de que aquellos contribuyentes que, al inicio de un procedimiento de comprobación o investigación (no cualquier otro procedimiento de aplicación de los tributos), hubieran ya aplicado o compensado cantidades que estuvieran pendientes mediante la presentación de una declaración complementaria, dejen sin efecto la compensación o aplicación realizada en otro ejercicio y soliciten la compensación o aplicación de esas cantidades en el que se comprueba, lo cual podría alterar la calificación de la infracción eventualmente cometida. No se dice que las cantidades a compensar resulten improcedentes en su fundamento de origen, sino únicamente que se compensaron en otro ejercicio y que se pretende hacerlo en el ejercicio posterior que está siendo objeto de comprobación o investigación. En la medida en que con dicha pretensión se pudieran presentar declaraciones complementarias, habrá que tener presente lo dispuesto en el art. 122 de la LGT, que permite las declaraciones complementarias de otras anteriores antes de la prescripción, y las auto-liquidaciones complementarias, las cuales solo se admiten en cuanto que supongan mayor cuota o menor devolución; al eliminar las compensaciones practicadas, se admitiría un mayor ingreso o una menor cuota negativa en el ejercicio anterior así modificado.

3.5

Aspectos materiales y procedimentales relativos a la vía económico-administrativa

Las modificaciones en esta materia persiguen dos objetivos básicos:

- 1) la agilización de la actuación de los tribunales;
- 2) la reducción de la litigiosidad.

Para lograr el objetivo de la agilización de los tribunales, será precisa una modificación del Real Decreto 520/2005 (RGRVA).

Se modifica el artículo 229 de la LGT, relativo a las competencias de los órganos económicos administrativos:

- Se atribuye al Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la competencia para conocer de las reclamaciones respecto de ac-

tuaciones entre particulares cuando el domicilio fiscal del reclamante se halle fuera de España.

- Se potencia el sistema de unificación de doctrina, al atribuirse al Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la competencia para dictar resoluciones en unificación de criterio, y a los tribunales económico-administrativos regionales la posibilidad de dictar resoluciones de fijación de criterio respecto de las salas desconcentradas.
- En materia de acumulación, se simplifican las reglas de acumulación obligatoria y se introduce la acumulación facultativa.
- Se establece una presunción de representación voluntaria a favor de quienes la ostentaron en el procedimiento de aplicación de los tributos del que derive el acto impugnado.
- Se introduce la notificación electrónica para las reclamaciones que se interpongan obligatoriamente por esta vía.
- Se suprime la regla especial de cómputo de plazo para recurrir en caso de silencio, de acuerdo con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del TEAC. Si posteriormente a la interposición de la reclamación económico-administrativa se dicta resolución expresa, se notificará, concediéndose plazo de alegaciones ante los tribunales económico-administrativos, teniéndola por impugnada, sin perjuicio de que la satisfacción extraprocesal haya de ser declarada por el órgano económico-administrativo que estuviera conociendo del asunto.
- Se incorpora la referencia al expediente electrónico, la obligatoriedad de la interposición electrónica en caso de que el acto impugnado fuera de notificación obligatoria por esta vía, y se aboga por la utilización de manera extensiva de dichos medios electrónicos.
- Se determina de forma expresa en norma con rango de ley el plazo del que dispone la Administración para ejecutar la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo, en los supuestos en los que se resuelva por razones sustantivas o de fondo.
- Se reconoce expresamente la eficacia de las resoluciones que se dicten ante la Administración Tributaria encargada de la aplicación de los tributos.
- Se establece la posibilidad de suspensión de la resolución económico-administrativa en caso de presentación de recursos de alzada ordinarios por los directores generales, dándose determinadas circunstancias.

- El recurso de anulación, recogido hasta la fecha en el apartado 6 del artículo 239 de la LGT, pasa a ser regulado de forma independiente en un nuevo precepto, el artículo 241.bis de la Ley. Se introducen mejoras en materia de recurso de anulación, concretamente en el apartado seis, que dispone: “Si la resolución del recurso de anulación desestimase el mismo, el recurso que se interponga tras la resolución del recurso de anulación servirá para impugnar tanto esta resolución como la dictada antes por el tribunal económico-administrativo objeto del recurso de anulación, pudiendo plantearse en ese recurso tanto las cuestiones relativas a los motivos del recurso de anulación como cualesquiera otras relativas al fondo del asunto y al acto administrativo inicialmente impugnado”.

La sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de marzo de 2011, dictada en el recurso de amparo 4510/2007, establece con claridad la doctrina de que procede que los órganos judiciales den una respuesta sobre el fondo de las cuestiones controvertidas en el proceso, para satisfacer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva. A tal efecto señala en su FJ quinto:

La Sentencia aquí impugnada no lo ha entendido así y, dado que el demandante había interpuesto el recurso de anulación que le había sido ofrecido, no ha entrado en el conocimiento de las cuestiones de fondo planteadas y que versaban, en lo fundamental, sobre la conformidad o disconformidad a derecho de una liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales: se limita a examinar si concurría el motivo de nulidad que se atribuyó a la resolución de 29 de julio de 2004, declarando que las indicadas cuestiones de fondo ‘quedaban extramuros del limitado espacio de cognición propio del recurso 77-2005’. Con ello traslada la limitación de la cognición del recurso de anulación al posterior recurso contencioso-administrativo que aquel no consiguió evitar.

Tal solución es fruto de una interpretación del art. 239.6 LGT claramente desproporcionada, habida cuenta de que la finalidad perseguida por el recurso de anulación, que es la de evitar la interposición de un ulterior recurso, para nada exige que este quede sometido a la misma limitación de la cognición que afecta a aquel, con lo que ha venido a crearse una causa de no pronunciamiento sobre el fondo del asunto desprovista de base legal. Por todo ello debemos concluir que el órgano judicial, al limitar su enjuiciamiento a la resolución por la que se inadmitió el recurso de anulación y no llegar a pronunciamiento alguno sobre el conte-

nido de los motivos de fondo suscitados en el recurso contencioso-administrativo, ha dejado de dar respuesta a ‘todas las cuestiones controvertidas en el proceso’, como establece el art. 67.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que exista una causa legal que fundamente su decisión de no pronunciamiento, vulnerando de este modo el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

- Se crea un nuevo recurso, el de ejecución, llamado hasta ahora incidente de ejecución, contra actos dictados como consecuencia de una resolución estimatoria del Tribunal, clarificando el ámbito de aplicación objetivo, simplificando el procedimiento y estableciendo el carácter urgente en su tramitación.
- Se reduce a seis meses el plazo de resolución del recurso extraordinario de revisión.
- Se sustituye el procedimiento ante los órganos unipersonales por el procedimiento abreviado, para las reclamaciones de menor cuantía, en el que el tribunal puede actuar de forma unipersonal.
- Se reconoce la legitimación de los órganos económico-administrativos para promover cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableciéndose normas de procedimiento reguladoras, y se determina que la interposición de tales cuestiones prejudiciales suspende el procedimiento económico-administrativo, así como el cómputo del plazo de prescripción.

3.6

Compatibilidad del procedimiento de liquidación en vía administrativa y el procedimiento penal

Con la reforma de la LGT se suprime la incompatibilidad del procedimiento penal y administrativo y se introduce un título VI, con la rúbrica: “Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda pública”.

Con esta reforma, se articula el procedimiento para que la continuidad del proceso administrativo de liquidación de la deuda tributaria sea posible.

La regla general es la de continuar el procedimiento administrativo distinguiendo entre la cuota vinculada al delito fiscal y la cuota no vinculada al delito.

No obstante, se admiten excepciones en supuestos tasados: posible prescripción del delito, imposibilidad de determinar con exactitud el importe de

la liquidación o su atribución a un obligado tributario concreto, y cuando la liquidación administrativa pudiese perjudicar la investigación o comprobación de la defraudación.

Pese a la continuidad del procedimiento administrativo, el principio de preferencia del orden penal sobre el administrado dispone la imposibilidad de iniciar o, en su caso, continuar cualquier procedimiento administrativo sancionador sobre la cuota vinculada al delito (artículo 250.2).

En cuanto a la recaudación de la deuda liquidada: una vez remitido a la jurisdicción penal, las actuaciones recaudatorias no se paralizan, sino que se iniciarán una vez admitida la querrela o denuncia mediante la notificación del periodo voluntario de pago (artículo 255).

Por último, en cuanto a la regularización voluntaria: se exige completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria integrada por cuota, intereses y recargos.

Esta continuidad del procedimiento administrativo de liquidación en los supuestos de delito contra la Hacienda Pública, puede suponer una mayor complejidad procesal y dificultad para la defensa de los obligados tributarios, y podrá generar problemas de coordinación entre el procedimiento inspector y penal.

Lo dispuesto en el citado título VI, según acuerda la disposición transitoria única, apartado 8, resultará de aplicación a los procedimientos iniciados con anterioridad al 12 de octubre de 2015 –fecha de entrada en vigor de la Ley– en los que, a dicha fecha, no se hubiese producido el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal.

4

Reforma del recurso de casación

La reforma del recurso de casación operada por la Ley Orgánica 7/2015, que entrará en vigor el 22 de julio de 2016, tendrá gran importancia para el derecho tributario, porque permite al Tribunal Supremo pronunciarse en cualquier asunto con independencia de su cuantía y de la instancia o Tribunal que haya dictado la sentencia.

Se introduce, aunque con modulaciones, el sistema de la *writ of certiorari* del Tribunal Supremo de los EE. UU., al igual que se hizo con la reforma de la LOTC (Ley Orgánica 6/2007) en la que se introdujo el requisito de la “especial trascendencia constitucional” (en el año 2014 frente a 208 providencias de admisión se dictaron más de 6000 de inadmisión).

En la actualidad y hasta en tanto no entre en vigor la Ley Orgánica 7/2015, con carácter general, los obligados tributarios necesitan para recurrir en casación que el pleito alcance un importe mínimo de 600 000 € (*summa gravaminis*), lo que determina en la práctica que la mayoría de los litigios tributarios no puedan acceder al Tribunal Supremo. Igualmente, las sentencias por tributos locales quedaban excluidas del recurso para los obligados tributarios. Con la reforma desaparece el requisito de la *summa gravaminis*, que se sustituye por el “interés casacional”, y se generaliza el recurso contra todas las sentencias, incluidas las de los juzgados de lo contencioso y las dictadas en segunda instancia.

Esto implica que con la nueva casación puede recurrirse la práctica totalidad de las sentencias, siempre que presenten interés casacional y se funden en la infracción de derecho estatal o comunitario. Como grandes novedades podemos destacar:

- Desaparecen las tres modalidades de casación –ordinaria, en unificación de doctrina y en interés de ley– y se refunden en una única modalidad.
- La exigencia de interés casacional, como presupuesto del recurso, implica la creación de un nuevo trámite en el que el letrado recurrente debe justificar que “el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. Por lo tanto, aunque se extiende el ámbito de sentencias susceptibles de recurso, se incrementa la dificultad técnica del recurso de casación.
- Se trata de dotar de cierta objetividad al concepto de interés casacional, señalando algunos criterios para su apreciación. No obstante, la decisión corresponderá al Tribunal Supremo, por lo que presenta un carácter discrecional.
- Son recurribles todas las sentencias de los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional, con independencia de que se dicten en primera o segunda instancia; y las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo en determinados supuestos, cuando contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, según dispone el apartado 1 *in fine* del artículo 86 –en su nueva redacción–, quedando exceptuadas las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión, y en los procesos contencioso-electorales (art. 86.2).
- El Tribunal Supremo dará publicidad a los preceptos a los que se refieran los recursos admitidos. Ello significa que dichos preceptos

están siendo cuestionados en su interpretación, y, por lo tanto, será necesario tenerlo en cuenta en su aplicación.

La reforma implicará una mayor complejidad y dificultad en cuanto a la técnica casacional, pero permitirá el acceso a un mayor número de asuntos, dotando al derecho tributario de criterios interpretativos en materias que *de facto* quedaban excluidas del recurso de casación tras las últimas reformas.

5

Reformas pendientes

5.1

Procedimiento abreviado

Art. 245 LGT: Resulta positivo eliminar los supuestos de difícil análisis de la antigua redacción del precepto, dejando únicamente como criterio para tramitar este procedimiento el de la cuantía. Los supuestos que el art. 245.1 fijaba para tramitar este procedimiento (cuando se alegue exclusivamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas; cuando se alegue exclusivamente falta o defecto de notificación; cuando se alegue exclusivamente insuficiencia de motivación o incongruencia del acto impugnado; cuando se aleguen exclusivamente cuestiones relacionadas con la comprobación de valores, o cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente) suponían un esfuerzo innecesario para la Secretaría del Tribunal a la hora de clasificar y registrar las reclamaciones, y determinar cuestión tan importante como la del procedimiento a tramitar, amén de que suponían entrar a valorar cuestiones de fondo que traspasaban las competencias propias de dicho órgano. Todo ello conllevaba la demora en el inicio de la tramitación de las reclamaciones, con una más que probable comisión de errores de apreciación que lastrarían desde un inicio la actuación del Tribunal.

En cuanto a la modificación del art. 246.1, letra b), LGT, es del siguiente tenor literal:

[...]

Si el reclamante precisase del expediente para formular sus alegaciones, deberá comparecer ante el órgano que dictó el acto impugnado durante el plazo de interposición de la reclamación, para que se le ponga de manifiesto, lo que se hará constar en el expediente.

[...]

En primer lugar, no hacía falta dicha previsión, ya que el particular interesado siempre tiene derecho a acceder al expediente, y mucho más lo hará

cuando lo necesite para fundamentar su reclamación, si es que no accedió ya en fase de revisión administrativa, como es lo más probable. Por ello lo vemos irrelevante, si no fuera para dar solución a algo que sí es un auténtico problema práctico, y que el legislador parece desconocer por su constante lejanía del día a día en el funcionamiento real de un tribunal económico-administrativo.

Se elimina la ineficaz vista oral (art. 247 LGT).

5.2

Recargos por presentación extemporánea

Se echa de menos una reforma del artículo 27 de la LGT para matizar, en la línea admitida por la jurisprudencia, la automaticidad de los recargos por presentación extemporánea de las autoliquidaciones. Estos cumplen una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, que no los convierte en sanciones en sentido propio, porque su función no es represiva o de castigo, siempre y cuando no alcancen el valor de las sanciones (STS de 2 de junio de 2011, RC 2363/2008).

5.3

Colaboración social en la aplicación de los tributos

La reforma era una magnífica ocasión para acercar nuestro ordenamiento tributario al modelo cooperativo que, previsiblemente, habrá de regir las relaciones entre la Administración y el contribuyente en un futuro.

En esta materia, la reforma es puramente anecdótica; el artículo 92 de la misma dispone que los interesados puedan colaborar en la aplicación de los tributos, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen, y se modifica el párrafo segundo, que queda redactado así: “En particular, dicha colaboración podrá instrumentarse a través de acuerdos de la Administración Tributaria con otras Administraciones Públicas, con entidades privadas o con instituciones u organizaciones representativas de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales, y, específicamente, con el objeto de facilitar el desarrollo de su labor en aras de potenciar el cumplimiento cooperativo de las obligaciones tributarias, con los colegios y asociaciones de profesionales de la asesoría fiscal”.

Lo que hace es incluir una mera referencia a la necesidad de instrumentar nuevas líneas de colaboración para fomentar el cumplimiento de obligacio-

nes tributarias, lo que, en definitiva, supone intensificar las potestades de la Administración Tributaria, con un claro desequilibrio frente al contribuyente.

En un mundo cada vez más globalizado y digitalizado, sería conveniente promover modelos de cooperación en los que se cuente con el conjunto de la sociedad.

5.4

Simplificación del procedimiento de suspensión sin garantías

Si en alguna materia del procedimiento económico-administrativo más se ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de reforma, aun a nivel reglamentario, esa es la relativa a la tramitación de las solicitudes de suspensión sin garantía, que directamente son de competencia de los tribunales económico-administrativos. Oportunidad perdida por tanto, aun cuando solo fuera una mención de la Ley para una posterior modificación en desarrollo reglamentario.

La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración: jurisprudencia y doctrina

JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. **Introducción**
2. **Naturaleza jurídica de los actos administrativos de renuncia y desistimiento: ¿actos de trámite o actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación?**
3. **Las causas legitimadoras**
 - 3.1. El concepto de “interés público” (renuncia)
 - 3.2. La infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación (desistimiento)
4. **La exigencia temporal**
5. **Las exigencias formales**
6. **La compensación a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido**

Resumen

El actual trabajo analiza, desde un punto de vista eminentemente práctico, las dos formas previstas en la legislación de contratos del sector público para cancelar una licitación: la renuncia y el desistimiento.

Artículo recibido el 21/01/2016; aceptado el 16/02/2016.

De este modo, en primer lugar, se estudia la naturaleza jurídica de estas figuras, concluyendo en torno a si estos actos son de trámite o finalizadores del procedimiento; seguidamente, se examinan las distintas causas legitimadoras de la renuncia y del desistimiento; en tercer lugar, se abordan los requisitos formales y temporales de estas potestades; y, finalmente, se exponen las consecuencias indemnizatorias que conlleva su uso.

Palabras clave: *renuncia; desistimiento; contrato; cancelación anticipada.*

The decision of not awarding a public contract in respect of which a prior call for competition was made and to recommence the procedure: case-law and doctrine

Abstract

This article analyses, from a practical perspective, the two available tools in public procurement law for cancelling a bidding: the decision of not awarding a public contract in respect of which a prior call for competition was made and to recommence the procedure. In this context, the article studies the nature of these tools aimed at clarifying whether they are intermediate or final administrative acts. Subsequently, the article explores the different causes that legitimize the two tools analysed. Finally, this work studies the formal and temporal requirements of these tools and describes the compensation mechanisms that they entail.

Keywords: not to award a contract in respect of which a prior call for competition was made; recommence the procedure; public contract; early cancellation.

1

Introducción

El artículo 155 del 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, regula la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración. En similar sentido, tales figuras vienen contempladas por el artículo 150 del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, por medio del cual se va a trasponer al ámbito nacional 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/CE (de hecho las únicas diferencias que, en principio, se prevén sobre la actual regulación son, por una parte, que el límite temporal para efectuar la renuncia y el desistimiento se sitúa en la formalización del contrato en vez de en la adjudicación, y, por otro, que “En el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la renuncia de los mismos se realizará a propuesta del organismo destinatario de la prestación”).

Tanto la renuncia como el desistimiento producen la terminación anticipada del procedimiento de licitación. Únicamente podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación (o de la formalización, si nos atenemos al Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público). Precisamente, este tope temporal diferencia a estas figuras recogidas en el artículo 155 del desistimiento como causa de resolución contractual, el cual se produce en sede de ejecución del contrato (esta segunda figura del desistimiento no será objeto del presente estudio).

También se asemejan la renuncia y el desistimiento en el hecho de que, en los dos casos, se genera la obligación del poder adjudicador de compensar a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

Y de igual forma es un punto en común que, cuando el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.

No obstante estas coincidencias, ambas figuras se distinguen en la causa que las origina. De este modo, mientras que la renuncia obedece a razones de interés público, el desistimiento responde a la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación, si bien, en ambos supuestos, deberá justificarse en el expediente la correspondiente causa.

Se separan, de la misma manera, ambas figuras en que el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación y, sin embargo, en la renuncia no podrá promoverse una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la misma.

Y poco más, al margen de todo lo hasta ahora apuntado, podría extraerse de la –parca– regulación en derecho positivo de la renuncia y el desistimien-

to. Justamente por ello, nos vemos conminados a acudir –una vez más– a la jurisprudencia y la doctrina, que son quienes han contribuido –realmente– a perfilar ambas instituciones. Así pues, seguidamente, vamos a exponer los principales criterios jurisprudenciales y doctrinales que existen al respecto y que pueden servir de guía a la hora de ejercer estas potestades.

2

Naturaleza jurídica de los actos administrativos de renuncia y desistimiento: ¿actos de trámite o actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación?

La jurisprudencia comunitaria asegura expresamente la posibilidad de control (vía recurso especial) de los actos de cancelación precontractual de los órganos de contratación. En virtud de la Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, el acuerdo por el que se revoca una licitación para un contrato público forma parte de las decisiones con respecto a las cuales los Estados miembros están obligados a prever procedimientos de recurso de anulación, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, así como las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos nacionales al referido Derecho. Y ello porque la completa consecución del objetivo que la reseñada Directiva pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos, sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar, desde todos los puntos de vista, la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan¹.

A la vista de lo argumentado, estos actos de derogación de las licitaciones no pueden insertarse dentro de la clasificación doctrinal del ordenamiento español de acto de trámite, pues junto a la resolución, son unas de las formas de poner fin al procedimiento. Así, aquellos actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación, bien con la selección de un licitador o bien con la no selección de ninguno, como pueden ser el desistimiento, la

1. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Segunda, de 18 de junio de 2002, C-92/2000, y de 2 de junio de 2005, C-15/04.

renuncia o la declaración de desierta de una licitación, a efectos del recurso especial en materia de contratación, deben considerarse incluidos dentro del supuesto del artículo 40.2.c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (“acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”)².

3

Las causas legitimadoras

3.1

El concepto de “interés público” (renuncia)

En primer lugar, hay que partir de la idea de que, sin perjuicio del cumplimiento de los principios de transparencia e 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 cuando quede un único licitador en liza que no reúna las condiciones de exclusión de la licitación³.

En esta misma línea, cabe aseverar que la paralización de la licitación –al igual que la convocatoria de un procedimiento de licitación– es manifestación del ejercicio de una potestad discrecional de la Administración, por lo que cabe siempre que concurra motivación suficiente⁴. A este respecto, procede recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves⁵.

De esta forma, las Administraciones –salvo en los casos en que la ley les impone obligaciones concretas– tienen libertad para optar, en el amplio marco de sus competencias, sobre qué contratos van a llevar a cabo en un momento

2. Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 8 de junio de 2011, rec. 12/2011, y de 10 de abril de 2013, rec. 48/2013; Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 16 de octubre de 2012, rec. 109/2012; y Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 28 de mayo de 2015, rec. 38/2015.

3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 11 de diciembre de 2014, C-440/2013.

4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 8 de octubre de 2009, rec. 76/2006.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Cuarta, de 16 de septiembre de 1999, C-27/1998.

determinado, y pueden también modificar sus decisiones iniciales si el interés general lo aconseja, o existe una causa legal que se lo permita, con dos limitaciones: si se han dictado actos declarativos de derechos, para su revocación debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; si con ello se producen daños a una persona o un grupo de personas que excedan del concepto de carga social, quedan obligadas a indemnizarlos⁶.

Es más, siguiendo al Tribunal Supremo⁷, se entiende que no existen actos declarativos de derechos a favor de los licitadores hasta la adjudicación –definitiva– del contrato, habiendo hasta entonces meras expectativas, sin que, en consecuencia, el órgano de contratación quede vinculado por la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación⁸.

Precisamente, el artículo 160.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –destinado al procedimiento abierto, pero susceptible de ser aplicado a otros procedimientos–, determina que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración⁹. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión¹⁰. En el supuesto de concurso de proyectos, el fallo del jurado no se identifica con la adjudicación en sí, con lo que, si la propuesta de adjudicación no genera ningún derecho a favor del licitador propuesto, en menor medida este fallo puede suponer el reconocimiento de ningún derecho adquirido a favor del concursante mejor clasificado¹¹.

A mero título de ejemplo de lo que puede advertirse como razón de interés público que habilita la renuncia del contrato, se puede citar el riesgo de tener que dejar sin efecto la adjudicación del contrato y hasta la ejecución del mismo si una impugnación formulada llegase a prosperar, con las consiguientes indemnizaciones¹².

6. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de junio de 2009, rec. 1330/2005.

7. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 2 de octubre de 2001, rec. 4429/1997.

8. *Op. cit.* n.º 4.

9. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de noviembre de 2012, rec. 254/2012.

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 28 de diciembre de 2004, rec. 1723/1999.

Por el contrario, el cambio de las políticas públicas como base para renunciar a la celebración del contrato por parte del órgano de contratación no se entiende como causa de interés público¹³. Y, en general, los cambios de circunstancias, o de criterios, tan solo imputables a la Administración, tampoco aparecen amparados por el concepto de “interés general”¹⁴.

Inclusive, hay ocasiones –apartadas un tanto de la jurisprudencia comunitaria citada al comienzo de este apartado– en las que tampoco se aprecia procedente la renuncia: cuando sea posible adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Esto es así porque se razona que el órgano de contratación está sujeto a la obligación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, tal y como aclara el artículo 160.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, como único competente para la adjudicación del contrato que es, no está vinculado –como ya se dijo en otro momento– por la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación, por lo que, consecuentemente, puede apartarse de la proposición de esta para dar adecuado cumplimiento a aquella obligación¹⁵.

En relación con la posibilidad de renuncia por razones de interés público-económico, se recuerda que son principios básicos en la actuación de la Administración Pública tanto la eficiencia, o conseguir los objetivos al menor coste posible, como la proporcionalidad, en virtud de la cual la medida a adoptar ha de ser adecuada al fin que la justifica, necesaria para alcanzarlo, y equilibrada, derivándose para el interés general beneficios superiores a los inconvenientes que comporta¹⁶.

Igualmente, en este sentido, se recomienda a los órganos de contratación del sector público que, en cumplimiento de los preceptos del Real Decreto Legislativo 3/2011, aseguren la idoneidad en todos los aspectos de los documentos preparatorios del expediente de contratación con el objeto y fin que se pretende conseguir con la celebración del contrato, extremando el cuidado en su preparación (los órganos de contratación deben prever con la antelación precisa los contratos a celebrar durante el ejercicio presupuestario, y realizar las actuaciones preparatorias precisas para cumplir los objetivos programados en los plazos establecidos, integrando en los expedientes

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 24 de mayo de 2011, rec. 605/2010.

14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 9 de enero de 2008, rec. 2/2007.

15. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de enero de 2015, rechs. 1089 y 1102/2014.

16. Informe 3/2013, de 15 de octubre de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid.

de contratación los estudios económicos o los cálculos que justifiquen el importe de los presupuestos de los contratos, basados, entre otros criterios, en la experiencia, en el importe de adjudicación en ejercicios anteriores, en estudios de mercado, etc.)¹⁷.

3.2

La infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación (desistimiento)

El desistimiento no es una prerrogativa de la Administración, pues el artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3/2011 solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos. Se trata de una potestad reglada, y debe estar basada en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento –como ya se indicó al inicio de este trabajo– no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan solo la necesidad de reiniciar el procedimiento¹⁸.

El desistimiento, en definitiva, es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previa a la adjudicación, que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y es diferente –como ya se apuntó más arriba– del desistimiento como causa de resolución contractual¹⁹. Eso impone que el ejercicio de dicha potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público; es decir, a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada en que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él²⁰, y, por consiguiente, únicamente procede cuando concurra alguna de las infracciones referidas anteriormente²¹.

Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos, y que esta, por su relevancia jurídica,

17. *Ibid.*

18. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 29 de julio de 2015, rec. 106/2015.

19. *Ibid.*

20. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 20 de noviembre de 2014, rec. 197/2014.

21. *Op. cit.* n.º 18.

sea insubsanable, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público. No bastan, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad, para poder acordar el desistimiento²².

En este sentido, no se puede entender amparada por este supuesto la elección de una fórmula, siempre que esta pueda aplicarse y que atribuya la mejor puntuación a la mejor oferta²³. Ahora bien, cuando no se identifica la fórmula a emplear para la valoración de un criterio vinculado a cifras o porcentajes, en la medida en que de la cláusula se puedan desprender interpretaciones contradictorias, nos encontramos ante una cláusula ambigua u oscura, lo que justificaría el desistimiento para no perjudicar a los licitadores²⁴.

De la misma manera, el establecimiento de una fórmula que no otorga la máxima puntuación a la oferta económicamente más ventajosa, supone una infracción no subsanable de las reglas preparatorias del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que permite al órgano de contratación desistir del procedimiento²⁵. En idéntica línea, la omisión de la fórmula aplicable se concibe como un vicio insubsanable (la fórmula aplicable debe figurar en los pliegos y resultar accesible a todos los eventuales licitadores)²⁶.

Asimismo, constituye una infracción insubsanable y relevante de las normas de preparación y adjudicación del contrato que justifican el desistimiento el error en la configuración de un requisito de solvencia²⁷, o la exigencia de un requisito de solvencia técnica no previsto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²⁸. Y paralela consideración merece el no haber tenido en cuenta la repercusión de los costes de personal procedentes de las subrogaciones impuestas por la debida aplicación del convenio colectivo, impidiendo así la configuración razonable de la oferta económica²⁹.

22. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 20 de febrero de 2014, rec. 006/2014.

23. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de enero de 2012, rec. 307/2011.

24. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 19 de octubre de 2015, rec. 122/2014.

25. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 13 de marzo de 2015, rec. 014/2015.

26. Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 y 6 de marzo de 2013, recs. 106/2013 y 113/2012, respectivamente.

27. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 14 de diciembre de 2012, rec. 277/2012.

28. *Op. cit.* n.º 22.

29. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 3 de octubre de 2014.

De igual forma, cuando el objeto del contrato viene definido de diversa manera en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas del contrato, implica una indeterminación de aquel y, consecuentemente, una infracción no subsanable de las normas de preparación³⁰.

Sin embargo, se puede calificar como infracción subsanable de las normas del procedimiento, y por tanto no incluida dentro de las causas de desistimiento, el cambio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato exigiendo clasificación de los licitadores cuando inicialmente no se preveía³¹. Como tampoco puede apreciarse una infracción no subsanable cuando concurra un equívoco de las ofertas generado por la redacción de los pliegos, máxime si su subsanación fuera viable con una simple operación aritmética³².

Queda patente entonces, atendiendo a lo explicado, que la praxis es muy heterogénea y con soluciones, en muchos casos, un tanto dispares, cuando no frontalmente contradictorias, lo cual nos obliga, en última instancia, a un análisis personalizado de cada caso.

4

La exigencia temporal

Como ya se indicó al inicio, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece como límite temporal infranqueable para la eventual adopción de un acuerdo de renuncia o desistimiento el de la propia adjudicación del contrato. Límite que, como ya se apuntó anteriormente, está previsto que cambie si nos atenemos a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150 del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, pasando el mismo al momento de la formalización del contrato.

En todo caso, sea uno u otro el límite desde la óptica del tiempo, tal requisito tiene la consideración de fundamental³³. Y ello tendrá trascendencia a los efectos del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

30. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 21 de noviembre de 2012, rec. 255/2012.

31. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de enero de 2013, rec. 001/2013.

32. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 28 de marzo de 2014, rec. 160/2014.

33. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 3 de octubre de 2014.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es, en relación con la posible nulidad de pleno derecho de un acto administrativo de renuncia o desistimiento dictado una vez haya sido rebasado el susodicho límite.

Es el hecho de la propia adjudicación, que no su eventual firmeza (por transcurso del plazo legalmente establecido para la interposición del correspondiente recurso o desestimación del –en su caso– interpuesto) ni el transcurso del plazo referido en el artículo 156.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el que viene legalmente establecido como límite a tales efectos³⁴.

Al hilo de esta línea de opinión se sitúa la interpretación de que la demora en resolver sobre la cancelación de la licitación no determina su imposibilidad, siempre que no se haya adjudicado, aun cuando se hayan sobrepasado los plazos legales para adjudicar (aunque tiene como consecuencia la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la Administración, por lo que existirá la obligación de compensación a los licitadores de acuerdo con las reglas generales que rigen la responsabilidad de la Administración)³⁵.

No obstante lo expuesto, justo es reconocer que han existido supuestos donde se ha hecho una interpretación un tanto laxa de este máximo temporal, de tal suerte que se considera que los efectos que se han de derivar de la imposibilidad definitiva de que el contrato, una vez adjudicado, se formalice y se perfeccione, han de ser determinados aplicando por analogía al mismo el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011 (evidentemente con las parejas consecuencias que se prevén para estos supuestos en que no se concluyen los procedimientos de contratación por causa imputable a la Administración, es decir, compensando al interesado mediante el abono de los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado, en el modo dispuesto en el anuncio o en los pliegos, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración). Indudablemente, esta deducción solo es factible ante imposibilidades de formalización y perfección que cuenten con una suficiente motivación, como, por ejemplo, cuando tal imposibilidad deriva de una insuficiencia de crédito sobrevenida con posterioridad a la adjudicación³⁶.

34. *Op. cit.* n.º 29.

35. Informe 2/2011, de 14 de junio de 2011, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Valencia.

36. Informe 1/2013, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

5

Las exigencias formales

El artículo 155.1 del 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, dispone que: “En el caso de que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el ‘Diario Oficial de la Unión Europea’”.

No especifica, sin embargo, este precepto el medio a través del cual debe hacerse la notificación, lo cual nos lleva en primer lugar a la conclusión de que debe hacerse a través de los medios establecidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por tanto, a tenor del apartado 1 de ese artículo: “Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”³⁷.

En particular, si se trata de procedimientos iniciados a instancia del interesado, la notificación se practicará por regla general en el lugar designado por él, y, en su defecto, en cualquier lugar apto para ello. Igualmente, será posible la notificación por medios electrónicos cuando el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente³⁸.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en ningún momento considera al perfil de contratante como un medio alternativo de efectuar las notificaciones. Por eso precisamente, no cabe interpretar el último inciso del artículo 42 de esa norma como una atribución a la publicación en el perfil de contratante de los mismos efectos atribuidos a la notificación. Así, cuando dicho artículo establece que: “La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III”, debe entenderse que el legislador se limita a remitirse a los supuestos en que los mencionados Libro y Título se refieren al perfil de contratante para atribuirle a la publicación en él los efectos previstos expresamente en ellos³⁹.

37. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 1 de diciembre de 2010, rec. 019/2010.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

Cuestión distinta es la referente a si bastaría una mera referencia en la notificación al hecho de que el acuerdo se encuentra publicado en el perfil de contratante para considerarla hecha de conformidad con los requerimientos legales, es decir, para considerar que la notificación contenía el texto íntegro de la resolución. Tal circunstancia sería admisible como forma de dar cumplimiento al requisito indicado, si el interesado hubiera aceptado la práctica de las notificaciones por los medios telemáticos mencionados en el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992, pero no en caso contrario⁴⁰.

Y en lo que versa acerca del perfil de contratante, debe además remarcarse que, si bien los artículos 142, 151, 154, 177, 181 y 200 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, solamente exigen la publicación de los anuncios de licitación y de los actos de adjudicación y formalización de los contratos, existen sin embargo otras decisiones en el procedimiento para las que, aun no acaeciendo exigencia legal, debe considerarse la oportunidad de su publicación en el antedicho perfil, por su relevancia e interés de cara a los potenciales licitadores, o a cualquier interesado en la gestión. De este modo, resulta conveniente publicar en el perfil los actos de desistimiento y renuncia, que dan por finalizado el procedimiento sin llegar a la adjudicación, de forma que se conozca la suerte que han corrido esas licitaciones, que de otra manera quedan en indefinición⁴¹.

En otro orden de consideraciones, los hipotéticos defectos formales que tuviera la notificación de la resolución quedan subsanados por la formulación de recursos por parte del interesado. Mismamente, se puede concluir que los vicios de forma o procedimiento no son invalidantes de por sí, sino en cuanto concurren los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De ahí que puedan purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso-administrativa, trámite en el cual pueden obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando los mismos hubiesen sido no influyentes en la decisión –de suerte que esta hubiere sido la misma– como cuando, aun sí influyentes, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en un supuesto y anulándola en el otro, y solo apreciarse en el caso de que carezca el órgano

40. *Ibid.*

41. Recomendación 1/2014, de 1 de octubre de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa⁴².

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, no impone de modo expreso que la renuncia y el desistimiento se comuniquen de forma motivada, no lo es menos que, estableciéndose la exigencia de que se justifiquen en el expediente las razones del mismo, resulta consecuencia lógica de ello el que tales razones queden explícitas y se pongan en conocimiento de los licitadores, por lo que es necesario que la notificación en cuestión sea motivada, al ser la motivación una exigencia de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011)⁴³.

Esta garantía se encuentra inescindiblemente unida al derecho de los licitadores a entablar recurso frente a los actos de tal naturaleza, toda vez que, de no estimarse precisa esta motivación, se vaciaría de contenido la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación frente a los actos susceptibles del mismo, pues el interesado se vería obligado a recurrir desconociendo las razones de la decisión, con la indudable indefensión que ello generaría⁴⁴.

Ahora bien, de acuerdo con la marcada y sostenida doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁵, el deber de las motivaciones no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de las cuestiones a decidir, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentaron la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella⁴⁶.

La doctrina jurisprudencial tiene declarado, por una parte, que la motivación de un acto o resolución administrativa, conforme, entre otros, a lo dispuesto en los artículos 53 y 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige que en los mismos se concrete la actuación o abono que se pide o exige del particular, y la razón o causa por la que se pide o exige, a fin de que el afec-

42. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012, rec. 591/2010.

43. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta, de 18 de junio de 2002, C-92/00, y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 7 de marzo de 2014, rec. 076/2014.

44. *Ibid.*

45. Por todas, sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 116/1998, de 2 de junio.

46. *Op. cit.* n.º 42.

tado pueda conocer con claridad y precisión lo que se pide, la causa, razón o motivo que lo origina, y articular en base a ello adecuadamente su defensa⁴⁷; y por otra parte, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁸ y de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo⁴⁹, la motivación de una resolución puede hacerse bien directamente, bien por referencias a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones⁵⁰.

En consecuencia, no cabe confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con la falta de motivación, ni es necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido ese requisito con que, aun sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución. En verdad, la motivación del acto administrativo no depende del grado de suficiencia considerado necesario por los particulares interesados, sino que basta con que se pueda conocer con la mayor certeza posible la verdadera voluntad del órgano actuante para que se entienda suficientemente motivado. En suma, la motivación escueta o sucinta de todo acto administrativo, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea su nulidad, pues la sucinta referencia motivadora no requiere una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa⁵¹.

En todo caso, se considera que la decisión de dejar sin efecto una licitación está suficientemente motivada cuando se basa en los informes obrantes en el expediente⁵².

Finalmente, hay que subrayar –nuevamente– que, de salir adelante el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los términos actuales, a los requisitos formales expuestos en este apartado habría que añadir la necesidad de que, en el ámbito de los contratos fundados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la renuncia se realizasen a propuesta del organismo receptor de la prestación. Trámite este que, dicho sea de paso y al menos en apariencia, no parece que presente demasiados breves interpretativos.

47. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 21 de enero de 2003, rec. 6012/1998.

48. Por todas, sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 46/1996, de 25 de marzo.

49. Por todas, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 4 de noviembre de 2002, rec. 3912/1998.

50. *Op. cit.* n.º 47.

51. *Ibid.*

52. *Op. cit.* n.º 4.

6

La compensación a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido

La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento, traen consigo la obligación del poder adjudicador de compensar a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad. Ocurre que, en muchos casos, no hay previsión expresa en los pliegos en este sentido, lo cual genera ciertas dudas interpretativas, en particular respecto a qué requisitos deben concurrir para que exista la obligación aludida, así como a qué gastos son susceptibles de indemnización.

En torno a la primera de las cuestiones, cabe convenir que para que nazca el derecho del licitador a ser indemnizado por el poder adjudicador deben concurrir los términos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, a tenor de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁵³.

En lo concerniente a la segunda de las cuestiones, habría que subrayar que las posturas doctrinales al respecto han sido variadas e incluso contradictorias. Así, en unos casos se entiende que: “La compensación por los gastos reclamados exige realizar una consideración previa consistente en que los trabajos de preparación necesarios para poder acudir a un concurso público que tiene por objeto el desarrollo de una determinada campaña publicitaria sin duda tienen una singularidad propia que impiden que tales trabajos puedan utilizarse en otras campañas diferentes. Ahora bien, ello no significa que tales gastos deban ser compensados cuando la Administración por causas justificadas renuncia a la continuación del concurso pues este supuesto es asimilable a aquellos en los que la empresa no resulta ser adjudicataria de un concurso o se declara desierto el concurso en los que, al igual que el que nos ocupa, también los licitadores que concurren tienen que realizar un trabajo y un desembolso para preparar la mejor oferta y el proyecto más interesante para ser adjudicatarios del concurso”⁵⁴. Y ello porque se interpreta que “se trata de actuaciones que deben considerarse implícitas a su libre decisión de participar en un concurso, un riesgo inherente a la presentación de un proyecto a un concurso en el que se ha de contar con la

53. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 16 de noviembre de 2011, rec. 1615/2008.

54. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2011, rec. 381/2010.

posibilidad que no resultar adjudicatario del mismo, por lo que se considera que tales gastos no han de ser indemnizados cuando [...] el concurso se suspende por la concurrencia de una causa justificada, cuya existencia no ha sido cuestionada”⁵⁵.

Por el contrario, en otros supuestos se juzga que son resarcibles todos los daños ocasionados por la preparación técnica y administrativa de la oferta (incluidos los relativos a la presentación del aval)⁵⁶. Es más, en esta misma línea se admite no solo que sean indemnizables los gastos de la alternativa técnica y proposición jurídico-económica, sino que inclusive se acepta que tales gastos devenguen intereses también dignos de resarcimiento⁵⁷. E incluso hay quien da un paso más y conviene que, si se anula la decisión de desistir o renunciar al contrato, el resarcimiento se dispensará con mayor amplitud, abarcando el beneficio industrial que se dejó de obtener⁵⁸.

Por otra parte, el hecho de que una Administración acuerde la renuncia a un contrato, en principio, no conlleva el derecho de resarcimiento de daño alguno a favor de otra Administración que, por vía de convenio, cofinancie el susodicho contrato⁵⁹.

Posiblemente circunscribir la indemnización a determinados daños no sea la conclusión más acorde con el texto de la norma, ni con la conformación de la institución de la responsabilidad administrativa. Cuando se comienza un proceso de licitación, se genera la confianza razonable en los interesados de lograr el contrato, la cual se escamotea cuando se cancela el procedimiento por los motivos previstos legalmente. Puesto que la cancelación, aun amparada por la ley, implica la inutilidad de los gastos realizados por los licitadores, concurren todos los requisitos de responsabilidad por confianza⁶⁰.

De cualquier forma, a la vista de las vacilaciones exegéticas alumbradas, es pertinente remarcar la conveniencia de que los pliegos que rijan el correspondiente contrato anticipen las consecuencias indemnizatorias de una eventual renuncia y desistimiento, tal y como prevé el artículo 155.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

55. *Ibid.*

56. *Op. cit.* n.º 42.

57. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2008, rec. 978/2006.

58. *Op. cit.* n.º 13.

59. *Op. cit.* n.º 6.

60. GALLEGU CÓRCOLES, I., “Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 121, Sección Informe de Jurisprudencia, La Ley.

El control interno de la Ley de Haciendas Locales. Desarrollo de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

ÁNGEL M. ÁLVAREZ CAPÓN

Interventor y auditor del Estado.

Jefe de la División I, de Análisis General y Procedimientos Especiales. Oficina Nacional de Auditoría.

Intervención General de la Administración del Estado

1. **Introducción: marco de la reforma**
2. **Condicionantes para la regulación del régimen de control interno**
3. **Objetivos y características**
4. **Acerca de la función interventora**
5. **Acerca de la función de control financiero**
6. **Perspectivas y líneas de actuación**

Resumen

La modernización del régimen de control interno de las entidades locales es una necesidad en un marco en el que los ciudadanos exigen garantías en relación con la aplicación de los recursos públicos. A estos efectos, el proyecto de real decreto que se analiza aborda el diseño de un modelo de control consistente con las mejores prácticas, a partir de la experiencia de la Intervención General de la Administración del Estado, que está orientado a suministrar información objetiva para la toma de decisiones e inspirado en los principios de transparencia, legalidad, eficacia, eficien-

Artículo recibido el 04/01/2016; aceptado el 25/01/2016.

cia, equilibrio presupuestario y sostenibilidad financiera, respetando en todo caso el principio de autonomía local.

Palabras clave: *constitucionalidad; autonomía; ministros; permanente; auditoría; eficaz; simplificado; anual; resumen.*

The internal control of Local tax governments. Draft regulation of the Law 27/2013 on rationalization and sustainability of local governments

Abstract

The modernization of the internal control framework of local governments becomes a necessity in order to guarantee the integrity of public resources. This article analyzes a draft regulation which designs a model of internal control based on the best practices acquired in the context of the internal control of the central government. This model pursues to provide neutral information to decision makers and it is built on the principles of transparency, legality, efficiency, budget stability and financial sustainability, as well as the principle of local autonomy.

Keywords: constitutionality; autonomy; ministers; permanent; audit; efficiency; simplified; annual; summary.

1

Introducción: marco de la reforma

La problemática que se aborda en este artículo, el desarrollo del régimen de control interno en las entidades locales, es una cuestión que ha adquirido especial relevancia en los últimos años, si bien cabe entender que en cierta medida se trata de una tarea pendiente, que deriva de la propia estructura y contenido que se recoge en la normativa reguladora, el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (en adelante TRLHL), en que se recogen los criterios o puntos básicos, sin que haya llegado a concretarse en el tiempo el desarrollo de estos puntos. Precisamente, el paso del tiempo entre la promulgación de la normativa mencionada y la evolución de la regulación y de las prácticas en el resto de Administraciones Públicas, supone una necesidad real de abordar este déficit regulatorio.

No obstante, es indispensable reconocer que el impulso de la iniciativa que se comenta tiene su origen en el estado de situación de las finanzas

públicas, y en las diversas medidas que se adoptan para superar el impacto de la crisis en las mismas. Así, la primera parte de la legislatura, con inicio en las elecciones celebradas el 20 de noviembre de 2011, tiene como uno de los objetivos prioritarios el logro del equilibrio presupuestario de las Administraciones Públicas, y dotar de fiabilidad o credibilidad a las cuentas públicas, todo ello en un escenario de crisis de un importante calado, tanto por su impacto económico como por su prolongación en el tiempo.

Es importante reseñar que este escenario ha supuesto una mayor presencia y relevancia de los órganos de control interno de las entidades locales, así como incrementos de cargas de trabajo y mayores responsabilidades para los funcionarios que desempeñan la función de control económico-financiero en dichas entidades. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como la normativa que la desarrolla, optan por atribuir a estos funcionarios tareas concretas orientadas a canalizar de forma eficiente la aportación de documentación, por los parámetros de calidad y fiabilidad requerida, en definitiva para el cumplimiento de las obligaciones de suministro de información en tiempo y forma, actuando como puntos de conexión entre los distintos niveles de las Administraciones Públicas.

Por ello, tanto la iniciativa que se analiza en el presente artículo como el previsto desarrollo reglamentario del régimen de los funcionarios habilitados de carácter nacional, deben ser considerados como actuaciones que forman parte de una misma estrategia, orientada a fortalecer el rol de la función de control interno en el ámbito de las entidades locales y asegurar la independencia funcional en su ejercicio.

A estos efectos, la Intervención General de la Administración del Estado asumió la responsabilidad de elaborar un borrador de real decreto. Para su elaboración fueron consultados diversos interventores que desempeñan su función en entidades locales, así como las organizaciones representativas COSITAL y CSITAL, cuyas aportaciones han contribuido a facilitar la calidad del proyecto y garantizar su adecuación a la realidad. Adicionalmente, también fue informado por la FEMP. A la fecha de elaboración de este artículo, el proyecto de real decreto se encuentra pendiente de aprobación, una vez que ha sido informado por el Consejo de Estado.

2

Condicionantes para la regulación del régimen de control interno

En relación con el proyecto objeto de análisis, cabe identificar la necesidad de interpretar o analizar los siguientes aspectos básicos:

- a) El margen de maniobra para configurar el régimen, atendiendo a los requerimientos de constitucionalidad, en particular en cuanto al respeto al principio de autonomía local.
- b) El ámbito y extensión del desarrollo reglamentario, atendiendo a los términos que se recogen en el mandato de la nueva redacción de los artículos 213 y 218 del TRLRHL.

A continuación se recoge el análisis correspondiente a cada uno de los apartados mencionados:

- a) En cuanto al análisis de constitucionalidad, se tomó como referencia básica el Dictamen emitido por el Consejo de Estado, de 22 de mayo de 2014, acerca de la solicitud formulada por el alcalde de Barcelona, actuando en nombre y representación de su Ayuntamiento y en nombre e interés de los municipios que se relacionan en la documentación correspondiente, como trámite previo a la formalización del conflicto en defensa de la autonomía local en relación con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

Atendiendo a que el objetivo último de la iniciativa es reforzar el régimen de control de las entidades locales, una cuestión preliminar al análisis de la adecuación de la nueva redacción de los artículos 213 y 218 del TRLRHL es la conformidad a derecho de las modificaciones introducidas en la regulación del régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, ya que constituye un pilar fundamental para disponer de independencia funcional, cuestión que es consustancial al diseño de cualquier modelo de control interno. A estos efectos, según se recoge en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado, los municipios interesados cuestionan que se sitúe a estos funcionarios en una relación de “dependencia funcional de la Administración General del Estado”, cuestionando que se atribuyan al Estado las competencias de “selección, provisión y régimen sancionador” sobre dicho personal que la disposición adicional segunda del EBEP otorgaba a las comunidades autónomas, lo que supone –según dicen– una “recentralización” que “pugna con la potestad de auto organización y el ejercicio de competencias propias” por parte de los municipios. Entiende el Consejo de Estado, con base en la jurisprudencia constitucional, que la competencia del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de este cuerpo de funcionarios alcanzará a los elementos caracterizadores de su estatus funcional, entre los que se encuentran, sin ánimo exhaustivo, los referentes a sus funciones, su sistema

de selección o su régimen disciplinario. Igualmente, concreta, en el marco de la jurisprudencia constitucional, que la nueva regulación de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional resulta conciliable con las competencias autonómicas vinculadas a la autonomía local.

Respecto al ámbito objeto de análisis, acerca del artículo 213, plantean las entidades locales interesadas en la solicitud mencionada que, según el texto del Dictamen, “el párrafo segundo de esta disposición evidencia *‘la posición subordinada de los municipios frente a otra Administración que dirige a sus propios funcionarios’*, mientras que el párrafo tercero pone de manifiesto *‘la ausencia de cualquier participación, siquiera de conocimiento de ese informe’*, por parte de los órganos locales de gobierno y administración”.

Sobre estos argumentos, el Consejo de Estado pone de manifiesto que “ambas previsiones no son, en realidad, consecuencia de la caracterización de los interventores de la Administración local como funcionarios con habilitación de carácter nacional, sino de la competencia sobre la Hacienda general, contemplada en el artículo 149.1.14.^a de la Constitución e invocada en la disposición final quinta de la LRSAL como uno de sus títulos competenciales, que faculta al Estado para establecer mecanismos de fiscalización y control interno de los entes locales que sean uniformes a nivel nacional y le proporcionen la información necesaria para la formulación de políticas de alcance general o la adopción de medidas concretas en el ámbito de sus competencias”.

En tal sentido, hace referencia el Dictamen del Consejo de Estado a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 4.º), a efectos de señalar que “la competencia estatal sobre la Hacienda general del artículo 149.1.14.^a de la Constitución ampara ‘aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las corporaciones locales, o también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el artículo 142 de la Constitución, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución’ (sentencias núms. 96/1990, de 24 de mayo de 1990, FJ 7.º; 237/1992, de 15 de diciembre de 1992, FJ 6.º; 331/1993, de

12 de noviembre de 1993, FF. JJ. 2.º y 3.º; y 171/1996, de 30 de octubre de 1996, FJ 5.º”.

De conformidad con las referencias expuestas, concluye el Consejo de Estado que “las medidas contempladas en los párrafos 2 y 3 del artículo 213 de la LHL constituyen una manifestación de la competencia estatal en la materia que la jurisprudencia constitucional no ha considerado excluyente de la garantía institucional de la autonomía local”.

En cuanto a los informes sobre resolución de discrepancias, regulados en el artículo 218 del TRLRHL, las alegaciones efectuadas por los municipios consideran que el hecho de que el informe del interventor con todas las resoluciones del presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados constituya un punto independiente en el orden del día del Pleno, estaría limitando la actuación de los representantes democráticamente elegidos y, en consecuencia, la autonomía local, en cuanto se confiere en la práctica a la Intervención la convocatoria de un pleno extraordinario. A estos efectos, señala el Dictamen del Consejo de Estado, “la lectura del precepto cuestionado no permite alcanzar semejante conclusión, dado que la exigencia de que los reparos se incluyan como punto independiente en el orden del día tiene como único objetivo que todos los miembros del Pleno tomen cabal conocimiento del contenido de los reparos efectuados y puedan ejercer las funciones de control político en el seno de la Corporación local. Por lo demás, el inciso discutido no contempla, ni expresa ni implícitamente, que la formulación del mencionado informe suponga la convocatoria automática del Pleno”.

Acerca del apartado 2 del artículo 218, por el que se regula la posibilidad de elevar la resolución de la discrepancia al órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, según el contenido del Dictamen, alegan los municipios que la autonomía local exigiría que la resolución del presidente ponga fin al procedimiento administrativo en sede local y no pueda ser revisada por otra Administración, sin perjuicio de su posible control por el orden jurisdiccional competente. A este respecto, mantiene el Consejo de Estado que “no parece que dicha autonomía pueda entenderse afectada de manera relevante desde el momento en que es el presidente de la entidad local –y no el interventor– quien puede elevar el reparo a la Administración que ejerza la tutela financiera. Por otra parte, el protagonismo atribuido en este

caso a dicha Administración se adecua a las competencias de tutela financiera sobre los entes locales que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional (sentencias núms. 57/1983, de 28 de junio de 1983; 179/1985, de 19 de diciembre de 1985; y 96/1990, de 24 de mayo de 1990, entre otras muchas), corresponden al Estado y a las comunidades autónomas, dentro de las cuales figura señaladamente ‘la fiscalización de las corporaciones locales’ (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/1991, de 31 de enero de 1991)”. También alegan los municipios en relación con el apartado 3 del artículo 218, por el que se regula la remisión anual, por parte del interventor, al Tribunal de Cuentas de las resoluciones y acuerdos municipales contrarios a sus reparos, al margen de los órganos locales de gobierno y representación, que está dirigida a establecer controles formales adicionales a los que ya están previstos por la normativa reguladora de control económico-financiero, según recoge el Dictamen. Sobre esta cuestión, mantiene el Consejo de Estado que “cabe recordar que el control del Tribunal de Cuentas sobre la cuenta general aprobada por el Pleno de las entidades locales ya se contempla en el artículo 223 de la LHL. Ahora se prevé, como novedad, que la Intervención de la Administración Local remita al Tribunal de Cuentas los reparos formulados a lo largo de cada ejercicio económico. Esta remisión se producirá –como resulta del propio precepto discutido– después de que el presidente y el Pleno de la Corporación hayan tenido conocimiento de tales reparos y siempre que estos no hubieran sido atendidos. De este modo, los municipios mantienen la capacidad de decisión que es consustancial a la autonomía local en relación con los reparos planteados por la Intervención”.

- b) Sobre la segunda cuestión, el ámbito y extensión del desarrollo reglamentario, es necesario analizar por separado el artículo 213 y el artículo 218.

El artículo 213 del TRLRHL introduce en el primer párrafo un inciso en el que vincula indirectamente la función de control financiero con la auditoría pública, a través de la expresión “incluida la auditoría de cuentas de las entidades que se determinen reglamentariamente”. En este sentido, el término auditoría pública se recoge en la Ley General Presupuestaria en vigor para agrupar la auditoría de cuentas y la auditoría operativa y de cumplimiento, término que tiene su precedente en el de control financiero que se empleaba en la anterior Ley General Presupuestaria.

Este planteamiento ilustra el desfase temporal o, quizás mejor, la evolución no solo semántica, también técnica y metodológica, que se concreta acerca de esta materia en la vigente Ley General Presupuestaria respecto al TRLRHL, que ha permanecido en los términos originales y sin un desarrollo normativo.

Por otra parte, en el párrafo segundo, se determina que “A propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior”.

De conformidad con lo expuesto, parece indispensable abordar, como reflexión preliminar, la compatibilidad o no de la regulación del régimen local que se recoge en el TRLRHL con los planteamientos que se recogen en la Ley General Presupuestaria en vigor, en definitiva si es posible abordar un desarrollo reglamentario del régimen de control interno de las entidades locales tomando como referencia del modelo la experiencia de la Administración General del Estado.

A estos efectos, cabe señalar que abordar el proceso a partir de una modificación de la redacción actual del TRLRHL posiblemente sería lo más correcto desde una perspectiva de técnica jurídica, de tal forma que se pudiese concretar con la mayor precisión posible, y con la terminología actual, tanto el contenido de la función como el ámbito de aplicación de las distintas técnicas de control, atendiendo a la configuración del sector público local. Ahora bien, no cabe duda de que este camino presentaba la exigencia propia de la tramitación parlamentaria y por consiguiente una expectativa de plazos superior, en la medida en que postergaría el desarrollo reglamentario al contenido definitivo del texto refundido.

Mencionar a este respecto que alguna de las observaciones formuladas al texto remitido para informe planteaba la conveniencia de llevar a cabo el proceso a partir de la modificación del texto legal. No obstante, analizado el contenido normativo, se consideró que era viable conciliar el planteamiento de la regulación de los regímenes de control interno de las entidades locales y de la Administración General del Estado. En esta línea, es evidente que la estrategia se centraba en recuperar el “hilo conductor” entre la Ley General Presupuestaria vigente a la fecha en que se aprobó la Ley Reguladora

de Haciendas Locales y la actual, en la medida en que se trata de normativa continuista, adaptada a las nuevas necesidades, pero que no supone una ruptura con la regulación que la precede en cuanto a técnica de control y metodología. Se trata de una evolución orientada en muchos casos por la propia dinámica en el ámbito internacional, en particular de la Unión Europea, e incluso del sector privado. Por consiguiente, el proyecto de norma reglamentaria debería abordar la conciliación semántica y técnica que de alguna forma está subyacente en la evolución del texto de la Ley General Presupuestaria, y analizar la viabilidad de regular determinados “huecos” que no se recogen expresamente en el TRLRHL. En cuanto a la primera parte, se consideró que era relativamente fácil de concretar en el texto, en la medida en que se incluyese cierta descripción de los conceptos que se regulan en la ley aplicable a las entidades locales, y establecer la relación con el planteamiento actual, que, insisto, no es distinto en sí mismo, sino el resultado de la propia evolución técnica. En cuanto a la segunda, se estimó que, en la medida en que se trataba de materia no regulada en la ley, pero que la lógica del procedimiento la ubica como una etapa del mismo, sería razonable concretar su regulación en el desarrollo reglamentario, dado que cabe esperar del mismo mayor precisión y detalle que en el texto legal.

Finalmente, el artículo 213 establece que los órganos interventores de las entidades locales remitirán con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los citados controles desarrollados en cada ejercicio, en el plazo y con el contenido que se regulen en las normas indicadas en el párrafo anterior. Con este planteamiento, se buscaría dar una trascendencia a los resultados del control que va más allá del conocimiento del mismo por los órganos de gobierno de la entidad local. No obstante, es importante señalar que no se hace mención expresa a la finalidad de este mandato, si bien es cierto que contribuye a facilitar el conocimiento de la problemática global en cuanto a la gestión regular de los recursos públicos en el ámbito local, lo que facilita que, en su caso, se puedan adoptar iniciativas orientadas a mejorar el modelo en todos sus términos, tanto desde el punto de vista legal como en relación con los requerimientos técnicos y de recursos humanos, lo que obviamente no implica ningún tipo de dirección técnica, ni por supuesto de dependencia funcional. Evidentemente, esto supone un compromiso de la Intervención General de la Administración del Estado en relación con el ámbito lo-

cal, tanto en la difusión del conocimiento como, en su caso, en el impulso de mejoras técnicas, todo ello con la finalidad de facilitar el desempeño de la función de control en las entidades locales, algo que no es novedoso en la medida en que ya se recoge un amplio bagaje en relación con el ámbito contable.

Por otra parte, este planteamiento se puede considerar coherente con los requerimientos de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que prevé la remisión de información de forma sistemática a través de los órganos de control, con mayor o menor intensidad en función del grado de cumplimiento de los compromisos de estabilidad y de los mecanismos adicionales de financiación. Bajo esta perspectiva parece lógico que se configure un modelo que sea consistente con el diseñado para los restantes niveles de la Administración Pública, fundamentado en metodologías y criterios coherentes, lo que facilita la integración de información y posibilita importantes economías de escala desde la perspectiva de la implantación de métodos y procedimientos de control, además de facilitar la interpretación de la información agregada.

Llegados a este punto, constituía un punto clave la validación de la estrategia seguida en la elaboración del proyecto de real decreto. Cuestión que en la práctica se concretaba en las opiniones recogidas en los informes recabados y en el Dictamen del Consejo de Estado. En cuanto a los primeros, además del consenso sobre la necesidad de la iniciativa, con carácter general se evaluó positivamente el planteamiento, y se efectuaron sugerencias que en muchos casos se estimaron oportunas y fueron tomadas en consideración, lo que sin duda ha contribuido a disponer de un texto mejor y más adecuado a la realidad de las entidades locales.

Respecto al Dictamen del Consejo de Estado, además de poner de manifiesto que hay base legal suficiente y que el rango de real decreto es adecuado, entiendo que cabe hacer mención a algunas de las consideraciones que efectúa atendiendo a su relevancia en cuanto a la comprensión y valoración del proyecto. Así, se recoge que “la función interventora no agota hoy el control interno, que se produce también mediante las modalidades del control financiero permanente y de la auditoría pública. Por eso, aunque la norma tiene estrictamente por objeto desarrollar el artículo 213 TRLHL, también presenta una ‘proyección innovadora’, que busca introducir ‘mejoras sustanciales en el ejercicio del control interno de las enti-

dades locales’ (todo ello, según el último párrafo del preámbulo). Es claro, por lo demás, que estas otras funciones desarrollan también la ley, pues aparecen ya previstas en otros preceptos del TRLHL, como sus artículos 220 y 221”.

En cuanto a la estrategia seguida en el diseño del modelo, orientada a respetar la autonomía local, en la medida en que se limita a establecer los estándares mínimos del régimen de control, dejando a las distintas corporaciones locales la posibilidad de adaptar a su realidad los instrumentos que se prevén, en función de los riesgos y de los medios disponibles, entiende el Consejo de Estado que “el contenido del texto que se presenta a informe es consistente con el citado artículo (se refiere al 213) y con el artículo 218, siendo el régimen de control un requisito básico que contribuye a salvaguardar el objetivo constitucional de la suficiencia financiera, además de respetar la autonomía local para adaptar dicho modelo a sus necesidades”.

En la misma línea, la validación del diseño del modelo, es de particular interés la adecuación a derecho de la alternativa adoptada, en cuanto a tomar como referencia el modelo de la Administración General del Estado, y determinar la aplicación de la normativa y la doctrina que regula los aspectos técnicos y metodológicos del régimen de la Administración central. A estos efectos, el Dictamen del Consejo de Estado hace referencias expresas en relación con la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. Sobre el primer aspecto, destaca que “de forma novedosa, como ya se ha dicho, regula con acierto a juicio de este alto órgano consultivo las consecuencias de la omisión de la función interventora”. Acerca del control financiero permanente, señala el Dictamen que “sigue de cerca las previsiones del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado”, sin objetar en relación con este planteamiento. En relación con la auditoría pública y la aplicación de las normas de auditoría del sector público aprobadas por la Intervención General de la Administración del Estado, y las normas técnicas que las desarrollen, manifiesta el Dictamen: “como ya se dijo en el Dictamen número 1.274/2014, es esta una materia en la que abundan este tipo de habilitaciones a las normas jurídicas dictadas por órganos administrativos con vocación de generalidad y permanencia y que deben observar, desde luego, los pertinentes

trámites de procedimiento y exigencias de publicidad. En esta materia, es de destacar la Circular de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) 2/2009, de 16 de septiembre, sobre auditoría pública”.

Respecto al artículo 218 del TRLRHL, en la etapa de elaboración e informe se efectuaron diversas propuestas y valoraciones, cuestión lógica por otra parte, atendiendo a lo novedoso del planteamiento del texto del artículo 218 y los posibles efectos que puede generar la participación de los órganos de tutela financiera. En cualquier caso, en la línea ya expuesta de llevar a cabo un planteamiento que presente el mayor grado posible de seguridad jurídica, y de conformidad con las consideraciones que se recogen en el Dictamen del Consejo de Estado, cabe entender que la versión definitiva del real decreto respetará fielmente el contenido de la Ley y se limitará a perfeccionar alguna cuestión procedimental.

Finalmente, en relación con el establecimiento de un régimen de control simplificado para las entidades locales incluidas en el ámbito de aplicación del modelo simplificado de contabilidad local, entiende el Consejo de Estado que “se quiere hacer alusión a la existencia de regímenes municipales especiales, en particular para las entidades de reducida dimensión, que han sido tradicionalmente una excepción al uniformismo del régimen municipal español”. Sobre la base de –entre otras– las consideraciones mencionadas anteriormente, el Consejo de Estado dictamina que “no se objeta la legalidad del proyecto”, sin perjuicio de las observaciones que formula, orientadas básicamente a la mejora técnica del texto.

3

Objetivos y características

Tal y como se reseñaba anteriormente, la iniciativa se aborda en el marco de una importante crisis económica por su calado y duración que, para el ámbito público, se concretó en la necesidad de recuperar el equilibrio presupuestario, asegurar la sostenibilidad financiera y superar la desconfianza en las cuentas públicas.

En este sentido, la memoria de análisis de impacto normativo que acompaña el proyecto de reglamento señala que el real decreto debe ser positivo, atendiendo a los fines que persigue. En cuanto a los objetivos del proyecto, se mencionan:

- Permitir una gestión más eficaz, homogénea y transparente de los órganos de control interno de las entidades locales, en todo el territorio nacional, dada la importancia de las funciones que desempeñan en las corporaciones locales, y su repercusión en el interés general.
- Cubrir el vacío legal existente en materia de control interno en las entidades que conforman el sector público local.
- Reforzar el papel y las funciones de los órganos de intervención.
- Homogeneizar los procedimientos de control, asimilándolos a la estructura de control establecida para el sector público estatal.
- Garantizar una mayor profesionalidad y eficacia en el ejercicio de las funciones de control interno.

Los objetivos citados fueron comentados en gran parte en el análisis efectuado en el apartado anterior, con las distintas referencias al Dictamen del Consejo de Estado. Para evitar reiteraciones en los argumentos, mencionar que estos objetivos encuentran su explicación inmediata, además de dar respuesta a los problemas puestos de manifiesto en la crisis, en que la iniciativa se sustenta en el artículo 149.1.14 de la Constitución, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de Hacienda general, y como tal debe entenderse la definición de unos objetivos de sistema, para el conjunto de las entidades locales, en cuanto a reforzar la función y concretar procedimientos y metodologías uniformes. Por ello, entiendo que puede ser de mayor interés centrar los comentarios en una serie de características del modelo, que realmente suponen la diferenciación respecto a la situación vigente.

✓ **Carácter integral.**

El proyecto de real decreto aborda las distintas facetas de un modelo de control interno, distinguiendo función interventora, control financiero permanente y auditoría pública. Asimismo, vincula el desarrollo de la actividad a un cuerpo de instrucciones técnicas homogéneas.

La propia regulación en un único texto, conlleva implícitamente la necesidad de adaptar la realidad actual de la práctica de control en las entidades locales a los estándares que se definen en la norma. Por consiguiente, cabe entender que los gestores deberán adoptar dos acciones a la entrada en vigor de la norma. Por una parte, completar su configuración actual del modelo, y por otra, adaptar la regulación interna y las prácticas llevadas a cabo en las distintas entidades locales a los estándares mínimos que fija la norma, evidentemente en el supuesto de que sean menos exigentes.

A la vista de lo expuesto, cabe preguntarse cuál es el escenario más probable a fin de identificar el esfuerzo a realizar por los órganos de control interno de las entidades locales. A estos efectos, es necesario discriminar por cada área.

Respecto a la función interventora, siempre partiendo de que se aplica de forma generalizada, cabe identificar dos situaciones: que la entidad local aplique fiscalización exhaustiva plena, o bien limitada previa. En este segundo caso se han detectado dos situaciones distintas: las entidades locales que han definido su propio régimen al margen de los estándares seguidos por la Administración General del Estado, frente a las que han concretado una estructura de requisitos mínimos de control tomando como referencia el Acuerdo de Consejo de Ministros aprobado para la AGE, en los casos en que el procedimiento haya sido objeto de regulación en dicho Acuerdo obviamente. En relación con las entidades locales que aplican función interventora exhaustiva o limitada previa siguiendo los estándares aprobados por Acuerdo de Consejo de Ministros para la AGE, el real decreto no debería plantear exigencia o esfuerzo especial de adaptación al modelo que se propugna. Sin embargo, todas aquellas entidades locales que hayan definido un nivel de requerimientos a comprobar inferior al señalado en el citado Acuerdo deberán modificar sus prácticas.

En cuanto al control financiero permanente, entiendo que se trata de una exigencia totalmente novedosa en el ámbito local, cuya aplicación facilitará la evaluación global de las prácticas de gestión. Por lo tanto, debe suponer un valor añadido respecto a la situación actual, facilitando el análisis global e incluso con una perspectiva más amplia que la de legalidad, en la medida en que permite una aproximación a la valoración de la adecuada aplicación de los principios de buena gestión, superando la visión proporcionada por la función interventora, centrada básicamente en el cumplimiento de legalidad acto a acto.

Finalmente, cabe entender que la aplicación de la auditoría pública por los órganos de control interno de las entidades locales tiene actualmente escasa relevancia. Por ello, al igual que en el caso del control financiero permanente, será necesario un esfuerzo para adaptar la estructura y el contenido del modelo vigente.

En cualquier caso, debe entenderse que el objetivo primario de cualquier modelo de control interno en el ámbito público es asegurar la gestión regular de los recursos públicos, lo que requiere el diseño

de un modelo integral, exigencia a la que pretende dar respuesta el proyecto de real decreto mediante la regulación de distintas técnicas en función del ámbito objeto de las actuaciones de verificación.

✓ Avance hacia un sistema de control.

Frente a la característica señalada en el punto anterior, en el que se comentaba el planteamiento integral, referido al ámbito de una entidad local, el proyecto de real decreto también ubica el modelo local en el marco global, a través de un diseño que es consistente con las prácticas y metodologías aplicadas por las restantes Administraciones Públicas.

En este sentido, como reconocía anteriormente, es de particular interés la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, a efectos de avanzar hacia un sistema de control de las finanzas públicas, al menos en cuanto a sistema de información y homogeneidad de los criterios y metodologías aplicados. Planteamiento que se considera plenamente compatible con la autonomía y con la disponibilidad de estructuras organizativas propias, diseñadas a medida de las distintas Administraciones. En este marco, en relación con los mecanismos adicionales de financiación, cabe hacer mención a la posibilidad de colaboración institucional con la IGAE prevista en la citada norma acerca del ejercicio de la función de control sobre los planes de ajuste.

Por otra parte, no se puede olvidar que formamos parte de la Unión Europea, y que existen unas obligaciones de Estado en cuanto a la rendición de información y de responsabilidad en el ejercicio de la función de control, lo que plantea requerimientos de homogeneidad en el desempeño de la función. En esta misma línea, también señalar la tendencia de las Administraciones Públicas a trasladar a su ámbito los criterios y prácticas seguidos en el ámbito privado, lo que facilita la apertura de mecanismos de colaboración.

✓ Transparencia en los resultados.

El proyecto de real decreto refuerza la efectividad del modelo de control, a través de la potestad del órgano de control para la puesta en conocimiento por el Pleno de la Corporación de los resultados con especial trascendencia, en un marco de planificación de las actuaciones sustentada en el análisis de riesgo y la comunicación del plan correspondiente a dicho Pleno.

Es de particular relevancia la vocación por facilitar una imagen global; así, se prevé que el órgano de control interno traslade al Pleno un informe resumen con los principales resultados obtenidos, lo

que sin lugar a dudas constituye un importante paso a efectos del ejercicio del control político, y también una medida que pretende disuadir de la aplicación de malas prácticas de gestión. Este informe resumen también debe ser enviado al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado, lo que facilita el análisis de las fortalezas y debilidades del sistema, con el objeto de adoptar las medidas que puedan ser necesarias.

Por otra parte, también se concreta la obligatoriedad de publicar los informes de auditoría de cuentas, en línea con la previsión establecida para la Administración General del Estado.

✓ Concepto de control eficaz.

Además de establecer la necesidad de habilitar los medios necesarios y suficientes para disponer de un modelo efectivo en cada entidad local, el proyecto determina el objetivo de control, fijando un umbral que permita evaluar el modelo de control como eficaz. Así, prevé que el modelo debe asegurar, con medios propios o externos, el control efectivo de, al menos, el ochenta por ciento del presupuesto general consolidado del ejercicio, mediante las modalidades de función interventora y control financiero, añadiendo que en tres ejercicios consecutivos deberá haber alcanzado al cien por cien de dicho presupuesto. Este planteamiento es novedoso y está claramente orientado a evitar que se puedan generar áreas de gestión, a través de distintas formas jurídicas, con o sin personalidad, que puedan evitar la acción de control, concretando que al menos se debe ejercer una actuación de control en un marco temporal de tres años, que es la única forma de alcanzar el cien por cien. Dicha actuación vendrá determinada por la regulación en cuanto a los ámbitos de aplicación de la función interventora y del control financiero.

✓ Eficiencia operativa.

Uno de los principales desafíos, atendiendo al volumen de entidades y recursos humanos afectados por la reforma, es el diseño de un modelo que pueda ser implantado en un periodo de tiempo razonable, adecuado a la realidad sobre el ámbito en el que se ejerce la función de control, y que no plantee requerimientos de adaptación de difícil cumplimiento, tanto en relación con la elaboración y desarrollos normativos como desde el punto de vista de formación. Todo ello con independencia de que los puntos de partida de las distintas entidades locales puedan presentar cierta heterogeneidad.

Con el mero ánimo de facilitar la comprensión del alcance de la reforma y la conveniencia de establecer una estrategia de implan-

tación, me atrevo a decir que el objetivo de la iniciativa se podría sintetizar en “trasladar al ámbito local treinta años de experiencia de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado”. En este sentido, mientras el modelo local, haciendo abstracción de algunas iniciativas llevadas a cabo por distintas corporaciones locales, en todo caso con alcance parcial, permaneció “congelado” en el marco de la exigencia estricta del TRLRHL, la normativa que regula el ejercicio del control interno en el ámbito de la Administración General del Estado fue objeto de diversas modificaciones, incluso con la aprobación de una Ley General Presupuestaria. Esto ha facilitado la evolución conceptual y la adaptación a la realidad, tanto de la Administración como de las tendencias en los países de nuestro entorno, lo que asimismo facilitó la incorporación de técnicas y metodologías de control sustentadas en la aplicación de nuevas tecnologías.

Bajo esta perspectiva, entiendo que los principales aspectos a considerar son:

- adaptación del modelo por la Corporación local;
- evaluación de la necesidad de regulación complementaria para dotar de eficacia al real decreto;
- cobertura de las necesidades de formación.

Desde el punto de vista de la adaptación, tal y como se señaló en anteriores apartados, la entidad local debe analizar si se encuentra dentro de los estándares mínimos que se configuran en el real decreto. Si no es así, en relación con la función interventora deberá elegir entre la fiscalización limitada previa o la exhaustiva plena, y planificar la revisión de los criterios y de los procedimientos, así como los plazos de tramitación. A efectos del tiempo disponible para materializar esta adaptación, el proyecto de real decreto preveía la entrada en vigor el 1 de enero de 2016, bajo la premisa de que se aprobase y publicase en el BOE a finales de octubre o primeros de noviembre. A la vista de este calendario, parece lógico prever que las entidades locales dispondrían de un periodo aproximado de tres meses para adaptar la estructura organizativa y los criterios de fiscalización a la nueva norma, en su caso. En la medida en que el modelo local se ciña al planteamiento de los requisitos establecidos por Acuerdo de Consejo de Ministros para el ámbito de la AGE, no parece que sea necesario que las entidades locales lleven a cabo un desarrollo normativo específico, partiendo de que tendrían acceso a la doctrina interpretativa que viene aplicando la IGAE. Desde el punto de

vista de formación, se considera que la necesidad sería limitada, en la medida en que las entidades locales vienen aplicando la función interventora y disponen de estructuras y recursos especializados.

En cuanto al control financiero permanente y la auditoría pública, parece que la opción más razonable es partir de la hipótesis de que se trata de un ámbito nuevo, en el que la mayoría de las entidades locales carecen de experiencia previa. Por ello, una primera cuestión a dilucidar, desde el punto de vista operativo, es cuantificar las cargas potenciales de trabajo, y adicionalmente, en el caso de la auditoría pública, adoptar la decisión sobre la cobertura de las mismas, con medios propios o ajenos, o bien de forma mixta. Debe abordarse como una decisión estratégica, dado que afecta a la propia estructura del órgano de control, y, en todo caso, desde la perspectiva de que la asunción efectiva de la responsabilidad del control recae sobre los funcionarios responsables del área, que deben firmar los informes correspondientes.

Desde el punto de vista normativo, no se requiere un desarrollo específico de los aspectos técnicos, sin perjuicio de la necesidad de concretar los elementos que puedan afectar a la estructura organizativa. El proyecto de real decreto opta por la aplicación directa de las normas técnicas de auditoría aprobadas para el ámbito de control de la Administración General del Estado, planteamiento que supone una garantía en la uniformidad de criterios en el ámbito público y también, en este caso, una decisión lógica por razones de “economía procesal”, ya que no parece razonable que las distintas entidades locales deban abordar un proceso de análisis y de elaboración de normas, que evidentemente asumiría una cantidad significativa de recursos y condicionaría la posibilidad de hacer efectivo el régimen que se plantea.

La estrategia seguida por el proyecto es facilitar la aplicación de los criterios o líneas de trabajo de general aceptación en los países de nuestro entorno. En particular, mencionar que la IGAE está llevando a cabo un proceso para adaptar las normas técnicas de auditoría del sector público a las Normas Internacionales de Auditoría, en definitiva a los estándares internacionales. A estos efectos se ha creado una Comisión técnica en la que está prevista la designación de un experto en el ámbito local, con la finalidad de que, en su caso, se puedan analizar y tomar en consideración las particularidades de dicho ámbito.

Respecto a la entrada en vigor, el proyecto informado por el Consejo de Estado preveía que el primer ejercicio objeto de auditoría pública sería el 2016, lo que en la práctica supondría que las auditorías

de cuentas que, en su caso, se debiesen llevar a cabo en aplicación del real decreto, se concretarían en el año 2017. En cuanto al control financiero permanente, sería conveniente su implantación en el propio ejercicio 2016, con el objeto de facilitar una visión global de la gestión desarrollada en los ámbitos para los que se prevé. Al igual que en el caso de la función interventora, el retraso en la aprobación del real decreto podría suponer la revisión de estos plazos, si bien el condicionante de operatividad viene dado por lo que se comenta a continuación.

En la medida en que cabe entender una ausencia prácticamente generalizada en la aplicación de técnicas de auditoría por los servicios de control interno de las entidades locales, es obvio que es necesario, imprescindible quizás, abordar una estrategia de formación, de acceso al conocimiento técnico. En este sentido, probablemente todos los esfuerzos sean pocos, y parece aconsejable la colaboración de las distintas instituciones, tanto las competentes en formación por razón de la materia como las que disponen de experiencia en la aplicación de estas técnicas, para diseñar una estrategia que permita difundir el conocimiento necesario para hacer efectivo el modelo. Señalar que, a estos efectos, la disposición adicional tercera del proyecto prevé el compromiso de la Intervención General de la Administración del Estado para analizar las necesidades de formación y para programar las actuaciones necesarias con los centros públicos especializados en la materia, en un marco de formación continua por parte de los funcionarios encargados del control.

Finalmente, por razones de operatividad, el proyecto prevé un régimen especial de “control interno simplificado” para las entidades locales incluidas en el ámbito de aplicación del modelo simplificado de contabilidad local, en el que se incluyen también las entidades que pueden aplicar el modelo básico. Para las mismas se prevé que no es de aplicación obligatoria la función de control financiero, sin perjuicio de la práctica de la auditoría de cuentas en los supuestos previstos en el artículo 29.3.A) del proyecto (organismos autónomos; entidades públicas empresariales; fundaciones del sector público local obligadas a auditarse por su normativa específica; los fondos y los consorcios a los que se refiere el artículo 2.2 del Reglamento; las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público local no sometidas a la obligación de auditarse que se hubieran incluido en el plan anual de auditorías), y de aquellas actuaciones cuya realización por el órgano interventor derive de una

obligación legal. Para estas entidades, en mi opinión, parece que el régimen más aconsejable sería el de fiscalización limitada previa, en el ejercicio de la función interventora, acotando la aplicación del control financiero a los supuestos de obligación legal, o bien cuando lo aconsejen las circunstancias a partir de un análisis de riesgos.

✓ Colaboración administrativa.

El modelo que plantea el proyecto de real decreto contempla diversos mecanismos de colaboración entre distintas Administraciones Públicas. Con independencia de las obligaciones de remisión de información, que no responden siempre a un criterio de supervisión y que, en todo caso, están orientadas a aportar valor al modelo, se prevén algunos espacios de información compartida o de colaboración, como serían los casos del acceso a bases de datos a disposición del sistema o el compromiso en tareas de formación, junto al mencionado supuesto de participación en comisiones técnicas.

No obstante, creo que merecen especial mención dos supuestos. Por una parte, la posibilidad de concretar acuerdos institucionales para el ejercicio de la función de control financiero, y por otra, la de suscribir convenios de colaboración con la Intervención General de la Administración del Estado.

En relación con la primera, se prevé la realización de la auditoría pública con medios propios o externos, pudiendo ser estos públicos o privados. Esta posibilidad constituye un instrumento flexible, que debe facilitar la adaptación de las estructuras de las entidades locales a los requerimientos del modelo, en particular cuando efectúen una apuesta estratégica por el desarrollo de la función con medios propios y no se disponga de la suficiente dotación desde el primer momento. Por otra parte, también puede entenderse como un factor de eficiencia, al menos en los casos en que la carga de trabajo no justifique la disponibilidad de una estructura propia. En este sentido, reseñar las economías de escala que pueden generar instituciones que tradicionalmente han mostrado una importante vocación por prestar servicio a las entidades locales, ya sea por delegación de competencia o por convenio, como es el caso de las diputaciones.

Sobre los convenios entre las corporaciones locales y la IGAE, el proyecto establece como finalidad de los mismos las actuaciones de apoyo encaminadas a reforzar la autonomía y eficacia de los órganos responsables del control y fiscalización interna en el ámbito de las entidades locales. En cuanto al posible objeto, señala el acceso a las bases de datos de informes y criterios en materia contable y de

control gestionadas por la IGAE, la resolución directa de consultas en materia contable y de control formuladas por el órgano interventor de la entidad local a la IGAE, y la realización de informes de consultoría de organización de las funciones de contabilidad y control efectuadas por los órganos interventores de la entidad local, con propuestas para su mejor funcionamiento. Por razones de sostenibilidad y adecuada gestión de recursos, deberá preverse en el convenio la contraprestación económica que deba satisfacer, en su caso, la entidad local.

4

Acerca de la función interventora

A continuación se comentan los aspectos más significativos del proyecto de real decreto, sin ánimo de ser exhaustivo ni tampoco de analizar las medidas en toda su extensión, lo que requeriría trabajos específicos. Por consiguiente, me limitaré a llamar la atención sobre alguna cuestión acerca del establecimiento de los requisitos o trámites esenciales a efectos de fiscalización y la subsanación de discrepancias, así como los efectos de la omisión del trámite de fiscalización.

El proyecto de real decreto opta por concretar requerimientos mínimos de fiscalización homogéneos, ya sea esta plena o limitada previa. En relación con la fiscalización plena, lo hace atribuyendo la consideración de requisitos o trámites esenciales a efectos del artículo 216.2.c) del TRLRHL, “cuya omisión suspendería la tramitación del expediente”, a los extremos fijados en el vigente Acuerdo del Consejo de Ministros con respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, con independencia de que el Pleno haya dictado o no acuerdo de fiscalización e intervención limitada previa. Respecto al régimen de fiscalización e intervención limitada previa, la exigencia de mínimos se concreta al asignar la consideración de trascendentes en el proceso de gestión, al menos, a los extremos fijados en el vigente Acuerdo del Consejo de Ministros con respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, sin perjuicio de que el Pleno de la Corporación, previo informe del órgano interventor, apruebe otros requisitos o trámites adicionales, que también tendrían, en su caso, la consideración de esenciales. En definitiva, cabe concluir que el objetivo del proyecto es fijar un mínimo de requerimientos de control en relación con los expedientes sujetos a función interventora, que se concreta en la aplicación directa de los requisitos establecidos por el Acuerdo del Consejo de Ministros, aprobado

para la AGE, y que ese mínimo es el mismo, ya se aplique fiscalización plena o limitada previa.

Este planteamiento, de mínimos, que se ha revelado razonable para el ámbito de la Administración General del Estado, asegura un umbral de control suficientemente garantista y al mismo tiempo flexible, para que las corporaciones locales puedan adaptarlo a su ámbito en función de los riesgos detectados. A priori, este planteamiento supone una limitación en el ámbito local, al menos por el momento, en la medida en que la redacción del Acuerdo del Consejo de Ministros en vigor está pensada para la Administración General del Estado, no contemplando alguna tipología de expedientes que se pueden tramitar en el ámbito local, pero que no tienen cabida en la Administración central. Por consiguiente, parece que sería razonable abordar esta limitación, complementando el contenido de dicho Acuerdo para lograr una mayor adaptación a la realidad local, asegurando un estándar de control similar en toda la gestión económico-financiera desarrollada por las entidades locales, con independencia del tipo de expediente. En cualquier caso, se trata de una iniciativa que podrían adoptar las propias corporaciones en el ejercicio de sus competencias. Entiendo que es un tema que se deberá abordar una vez se conozca la versión definitiva del real decreto. En cualquier caso, para este ámbito, hasta tanto se adopten medidas concretas de aplicación general, cabe entender que para los expedientes no incluidos en el Acuerdo de Consejo de Ministros continuará siendo aplicable la normativa que la entidad local respectiva haya aprobado.

Para el desempeño de la función, el proyecto fija un plazo de diez días hábiles con la finalidad de que el órgano interventor fiscalice el expediente, que se reducirán a cinco días, también hábiles, cuando se haya declarado urgente la tramitación del expediente o se aplique el régimen especial de fiscalización e intervención previa, regulada en los artículos 13 y 14 del proyecto de reglamento. Señalar que, con la finalidad de reforzar el desempeño de la función de control, se determina que en ningún caso el desarrollo y las adaptaciones normativas que realicen las entidades locales podrán reducir los plazos citados anteriormente.

Sobre la subsanación de discrepancias, uno de los aspectos que han suscitado más atención, señalar que en la práctica la versión definitiva del proyecto de real decreto se limita a complementar desde el punto de vista procedimental la redacción del artículo 218 del TRLRHL. En este sentido, se prevé que la discrepancia entre los órganos implicados, por una parte el gestor inmediato o directo y por otra el de control, pueda elevarse por el primero al presidente de la entidad local cuando no acepte el reparo formulado. Por otra parte, se regulan los plazos, tanto en la tramitación dentro de la propia entidad local como en el supuesto de elevación a la autoridad de tutela.

A efectos de la potestad de elevar la resolución de la discrepancia al órgano de control competente por razón de la materia de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, el proyecto focaliza la tramitación en los órganos de control económico-financiero, es decir, en la Intervención General de la Administración del Estado u órgano equivalente, en el supuesto de que la comunidad autónoma correspondiente haya asumido la tutela financiera de las entidades locales en su ámbito territorial, sin perjuicio de los informes que deban recabar. Desde el punto de vista de la eficacia del reparo, señalar que se mantiene el planteamiento general del proyecto de real decreto, en cuanto cualquier resolución contraria a los criterios puestos de manifiesto por el órgano de control interno, o por la autoridad de tutela, será puesta en conocimiento del Pleno y del Tribunal de Cuentas, lo que, sin lugar a dudas, refuerza el ejercicio de la función de control.

Tres notas respecto a esta tramitación: En primer lugar, mencionar que el artículo 218 fue modificado por la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, por lo que lleva un tiempo en vigor, si bien no consta que haya tenido especial significado el número de casos en los que la entidad local ejerciese la facultad de elevar la discrepancia a la autoridad correspondiente. En segundo lugar, el proyecto pone de manifiesto la preocupación por la aplicación de criterios homogéneos ante la diversidad de órganos de tutela, concretando un mandato a la Intervención General de la Administración del Estado para gestionar una base de datos sobre las discrepancias resueltas, una opción que aboga por el conocimiento compartido como referencia para lograr la aplicación de criterios uniformes que, sin lugar a dudas, no debe limitarse a los órganos de tutela financiera, en la medida que también deben ser tomados en consideración por los propios órganos de control de las entidades locales. Finalmente, en tercer lugar, sin perjuicio de que el proyecto de real decreto acota los tiempos de tramitación, parece que la sucesión de etapas podría condicionar la eficacia en algunos expedientes de gasto, por lo que cabe esperar que sea relativamente limitado el número de expedientes que se eleven para subsanación de discrepancias a las autoridades de tutela.

En cuanto a la omisión del trámite de fiscalización, el Consejo de Estado califica la iniciativa como novedosa, y da su conformidad al planteamiento que se recoge en el proyecto de real decreto. En la práctica, se configura un diseño simétrico al aplicado en la Administración General del Estado, que descansa en la elevación del expediente tramitado con omisión de fiscalización a los máximos responsables para conocimiento y toma de decisión sobre la continuidad o no del procedimiento, pudiendo considerar la continuidad equivalente a la convalidación de la actuación.

5

Acerca de la función de control financiero

Tal y como se mencionaba anteriormente, el proyecto de real decreto establece el vínculo entre el control financiero que se menciona en el TRLRHL y el control permanente y la auditoría pública, facilitando la coherencia del modelo que se propone con la estructura y el contenido de la vigente Ley General Presupuestaria.

Adicionalmente, la propuesta normativa aborda la extensión del control financiero sobre los servicios prestados mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que se ejercerá, al menos, sobre la liquidación anual de los aspectos económico-financieros de los servicios prestados, sin perjuicio de la posibilidad de concretar un alcance mayor en los pliegos correspondientes.

La actividad de control financiero gira en torno a la planificación, a cuyos efectos el proyecto de real decreto establece que el órgano interventor debe elaborar un plan anual, en el que se incluirán las actuaciones que deriven de una obligación legal o bien del análisis de riesgo, concepto que se define en el propio texto. Por otra parte, el plan se configura como un instrumento flexible y de eficacia para el ejercicio de las actuaciones de control interno. En línea con la filosofía de la norma, se determina que dicho plan debe remitirse, para su información al Pleno, al igual que los resultados de las actuaciones. Por consiguiente, además de contribuir a la adecuada ordenación de los recursos destinados a control interno en las entidades locales, supone un ejercicio de transparencia ante los órganos de máxima responsabilidad, y refuerza el desempeño de la función de control, en la medida en que el responsable del área asume la iniciativa y actúa de forma autónoma.

La planificación constituye un elemento básico a efectos de concretar las necesidades de colaboración o de apoyo de servicios externos para el ejercicio de las actuaciones de auditoría, que se llevará a cabo, en su caso, a propuesta del órgano interventor. En este sentido, conviene recordar que el plan debe contemplar como referencia el nivel de cobertura de control señalado a efectos del concepto de “control eficaz”, ya comentado, dependiendo del mismo el cumplimiento del objetivo. Adicionalmente, para hacer posible su consecución, el artículo 34.1 del proyecto recoge que se consignarán en los presupuestos de las entidades locales las cuantías suficientes para responder a las necesidades de colaboración.

Para el adecuado desarrollo de los trabajos se regula el régimen de obtención de información y documentación, siendo de particular relevancia la

posibilidad de consultar la información contenida en los sistemas informáticos de gestión.

El control permanente se ejercerá sobre la entidad local y los organismos públicos en los que se realice la función interventora. Se trata de una modalidad de control a posteriori, con la finalidad de verificar de forma continua que la actividad económico-financiera se ajusta a la normativa y a los principios generales de buena gestión financiera, proporcionando una visión global del ámbito de gestión sobre el que se aplica, en contraposición con la función interventora, en la que el análisis se lleva a cabo de forma individualizada, sobre cada expediente.

La auditoría pública engloba dos modalidades, la de cuentas y la operativa. La primera tiene por objeto la verificación relativa a si las cuentas anuales representan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto de acuerdo con las normas y principios contables y presupuestarios que le son de aplicación, y que contienen la información necesaria para su interpretación y comprensión adecuadas. La auditoría operativa incluye el control de eficacia, al que se alude directamente en la normativa que regula el control interno en las entidades locales, a cuyos efectos se verificará el grado de cumplimiento de los objetivos. Asimismo se verificará el coste y rendimiento de los servicios de conformidad con los principios de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el uso de los recursos públicos locales. A estos efectos, los trabajos se llevarán a cabo a través del examen sistemático y objetivo de las operaciones y procedimientos de una organización, programa, actividad o función pública, proporcionando una valoración de la racionalidad económico-financiera en el desarrollo de las actuaciones.

Desde el punto de vista de eficacia del control, mencionar el ejercicio de transparencia que supone la elaboración de un informe resumen con los resultados del control interno y su elevación al Pleno, además de su envío a la Intervención General de la Administración del Estado.

Por otra parte, en términos análogos a los previstos para la Administración General del Estado, se atribuye al presidente de la Corporación la formalización de un plan de acción con las medidas necesarias para subsanar las debilidades, deficiencias, errores e incumplimientos puestos de manifiesto en las actuaciones de control. El órgano interventor de la entidad local valorará la adecuación de las medidas incluidas en el plan de acción y, en su caso, el resultado obtenido, debiendo informar al Pleno al respecto, en un marco de seguimiento sistemático y periódico de la gestión económico-financiera.

6

Perspectivas y líneas de actuación

Tal y como exponía al inicio, el proyecto de real decreto responde a un mandato recogido en el artículo 213 del TRLHL, como consecuencia de la modificación efectuada por la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y que, desde el punto de vista procedimental, se encuentra a expensas de aprobación por el Consejo de Ministros, una vez emitido informe por el Consejo de Estado. No obstante, es obvio que en el momento de elaboración de este artículo, diciembre de 2015, existe una incertidumbre clara acerca de la decisión definitiva sobre el proyecto, que presumiblemente corresponderá al Gobierno que se forme a raíz de las elecciones del 20 de diciembre.

Quizás, la primera cuestión que surge es la propia oportunidad de este artículo, basado en un texto de borrador, conocido en el marco de la tramitación del proyecto, pero sobre el que se desconoce el destino final. Bajo esta perspectiva, entiendo que es conveniente aportar alguna reflexión sobre la conveniencia de cerrar un nuevo modelo de control de las entidades locales y que la alternativa que da lugar a este artículo es adecuada a las necesidades del sistema, por lo que parece lógico apostar por hacer efectivo el modelo, ya sea con la aprobación del real decreto, o incluso, *in extremis*, por la propia iniciativa de las entidades locales, según comentaré más adelante.

Desde mi punto de vista, el planteamiento del proyecto tiene un valor en sí mismo, una vez que ha sido informado por el Consejo de Estado, por las siguientes razones:

- ✓ Pretende dar respuesta a un problema real.

La crisis económica ha puesto de manifiesto algunas debilidades en el ámbito de la gestión pública, por lo que ha habido consenso en la necesidad de modernizar y adecuar a la realidad las prácticas contables y de control de la gestión económico-financiera. Con independencia de la opinión que se pueda tener acerca del momento actual en cuanto a la sostenibilidad y fiabilidad de las cuentas públicas, cabe entender menos tenso que en los momentos más críticos de la crisis, parece que la mejora de los modelos de gestión y control debe abordarse en cualquier caso, dotándolos de capacidad para prevenir los riesgos y –también es necesario reconocerlo– disuadir de las prácticas de corrupción. Por consiguiente, una vez detectada la existencia de un problema o debilidad, y con ello la necesidad de adoptar medidas, parece que se puede concluir

que el mandato recogido en la Ley de Racionalización mantiene su vigencia, y por lo tanto debe abordarse la regulación del régimen de control interno de las entidades locales o, en última instancia, la mejora del modelo con independencia del instrumento que la soporte, una norma general o por iniciativa individual de la entidad local.

- ✓ Es un proyecto eminentemente técnico.
Con independencia de que se puedan adoptar decisiones de orden técnico y organizativo en cuanto a los contenidos del modelo de control interno de las entidades locales, resulta difícil pensar que las mismas puedan tener características distintas atendiendo a cuestiones ideológicas. En este sentido, la experiencia pone de manifiesto la estabilidad de la normativa de referencia, como es el caso de la Ley General Presupuestaria, así como la de los modelos efectivamente aplicados tanto al ámbito local como a las restantes Administraciones Públicas.

El planteamiento del proyecto sigue directrices claramente técnicas. Es cierto que la autoridades locales podrán decidir si se otorga mayor o menor intensidad a la fiscalización previa, dentro de los estándares previstos en el texto, o si abordan el ejercicio de la auditoría pública con medios propios o ajenos, o el modelo más adecuado para los municipios de reducida dimensión; pero muy importante: los mínimos son uniformes, los criterios técnicos son homogéneos y –como se acostumbra a decir– generalmente aceptados, la práctica de fiscalización se equilibra con la implantación del control financiero permanente, y se configura el modelo con el ánimo de lograr su eficacia, tal y como establece la norma al prever que en un ciclo de tres años deben haberse efectuado actuaciones de control sobre el cien por cien del presupuesto consolidado. En última instancia, tampoco se puede olvidar, junto a la regulación del régimen de los habilitados de carácter nacional, se apuesta por reforzar la independencia de los órganos de control interno de las entidades locales.

- ✓ Es coherente con los planteamientos y las estrategias de control en otros ámbitos del sector público.
Junto al carácter técnico mencionado, el modelo que plantea el proyecto es consistente con los requerimientos de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y con los modelos aplicados por las distintas Administraciones Públicas. Por ello, permite importantes economías de escala, al

disponer desde un primer momento de un cuerpo normativo y una doctrina interpretativa que limitan el esfuerzo de las distintas corporaciones para desarrollar un modelo personalizado, sin perjuicio del margen de maniobra para lograr la adecuación a la realidad de las distintas entidades locales.

Por otra parte, al igual que en otros ámbitos, se aborda la reforma del modelo bajo un punto de vista integral. Creo que este planteamiento es un acierto, no solo por facilitar una referencia única para el desempeño de la función en las entidades locales, sino también a la vista de las dificultades para introducir innovaciones en el régimen de control de las mismas, para modificar la normativa de referencia; prueba de ello es la “estabilidad”, probablemente en sentido negativo en este caso, de la Ley de Haciendas Locales, y que hasta la fecha no se haya concretado el desarrollo reglamentario del régimen de control interno. Con el planteamiento del proyecto se dota al modelo de flexibilidad y de mecanismos de adaptación técnica a la realidad y a las nuevas tendencias, en la medida en que se determina la aplicación directa de la normativa de carácter general.

- ✓ Es un proyecto validado por el Consejo de Estado y por los expertos e instituciones que lo informaron.

Desde el primer momento, incluso en la propia modificación de los artículos 213 y 218 del TRLRHL, se ha suscitado el debate acerca de la constitucionalidad y adecuación de la iniciativa de reforma del régimen de control interno de las entidades locales. Creo que es ilustrativo de las dificultades para llevar a cabo cualquier reforma o innovación en el modelo. Por ello, el disponer en estos momentos de un modelo informado por técnicos o expertos en la materia, por la propia FEMP, y evaluado positivamente por el Consejo de Estado, constituye un valor en sí mismo. El diseño que se recoge sería acorde o respetuoso con el principio de la autonomía local, y por lo tanto se incardina entre los límites de los requerimientos de adaptación a la realidad por parte de las entidades locales y el interés general, facilitando los mecanismos de relación entre los distintos niveles de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con los comentarios efectuados, creo que es obvia la apuesta por hacer efectivo el modelo. Por ello, llegados a este punto en el que la incertidumbre sobre la concreción del proyecto de real decreto ha sido planteada, me permito trasladar una pregunta: ¿es estrictamente necesaria la aprobación del real decreto para implantar el modelo que propugna?

Desde mi punto de vista, en sentido estricto, entiendo que no. Es evidente que disponer de un cuerpo normativo suficientemente desarrollado, como sería el que configura el proyecto de real decreto, garantiza un marco uniforme de trabajo, facilitando el desarrollo de la función sobre la base de unos principios y criterios técnicos homogéneos; en definitiva, proporcionaría un escenario apropiado para que se pudiera hablar de un sistema de control interno de las entidades locales, coherente e integrado en un sistema más amplio de control del sector público. En contraposición, la realidad muestra, además de heterogeneidad en los criterios aplicados, una distancia sustancial con el modelo que se plantea como referencia y con significativas oportunidades de mejora.

Es cierto que el TRLRHL no impide diseñar un modelo como el planteado por el proyecto de real decreto; en otro caso, no hubiese cumplido el principio de legalidad, si bien parece un esfuerzo notable si se aborda a iniciativa individual de cada entidad local a través de la capacidad normativa que tienen atribuida, sin perjuicio de que los mismos argumentos que se aportan para defender el proyecto de real decreto serían aplicables a la iniciativa que pudiesen adoptar las distintas entidades locales.

En cualquier caso, desde la perspectiva de cada entidad local, parece que sería lógico pensar en una estrategia de implantación del modelo, tanto por la permanencia del mandato para el desarrollo normativo como por el interés que puede suponer disponer de un sistema de control interno actualizado y homologable a las prácticas actuales en las Administraciones Públicas, además de disponer de una evaluación favorable por parte del Consejo de Estado.

Desde el punto de vista de operatividad, parece lógico adoptar las iniciativas necesarias para la implantación del modelo, que en cualquier caso tendrán un impacto positivo en relación con las prácticas actuales. A estos efectos, tal y como se ha expuesto, la evolución del modelo requiere abordar diversas adaptaciones tanto del cuerpo normativo como de la estructura organizativa, y algunas de ellas, como es el caso de la formación en áreas como control financiero permanente o auditoría pública, suponen la necesidad de concretar mecanismos de colaboración y unos tiempos mínimos atendiendo al volumen de posibles destinatarios.

Por otra parte, desde el punto de vista de la estrategia de implantación, y en el supuesto de que se dilate en el tiempo la aprobación del real decreto, parece que sería oportuno contemplar la posibilidad de asumir, por iniciativa propia de las corporaciones, a medida que se alcancen los hitos estratégicos, la aplicación de las distintas normas que configuran el marco normativo que se diseña en el real decreto para el ejercicio de la función de

control, como es el caso del Acuerdo de Consejo de Ministros a efectos de la función interventora, o las normas técnicas de auditoría en relación con el control financiero, además de las circulares que son de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado y que pudiesen ser adecuadas a la realidad local. Iniciativas que pueden facilitar una evolución paulatina de los modelos de control de las entidades locales, dentro de un marco de referencia y con un esfuerzo razonable de adaptación.

Finalmente, reiterar la buena predisposición e interés mostrado por los distintos agentes implicados en la evolución del modelo, tanto desde el punto de vista institucional como personal, lo que sin lugar a dudas constituye un elemento básico para poder llevar a cabo las reformas necesarias con éxito y contribuir al objetivo primario de la iniciativa: asegurar la gestión regular de los recursos públicos, disuadiendo o evitando prácticas corruptas o simplemente contrarias a los principios de buena gestión, así como mejorar la transparencia y fiabilidad de las cuentas públicas.

Las Administraciones Públicas ante el nuevo régimen de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro

PABLO PUYAL SANZ

*Adjunto a la Directora General del Catastro.
Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*

1. La utilización de la información catastral de las Administraciones Públicas y el deber de colaboración con el Catastro
2. El nuevo sistema de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad
3. Los expedientes administrativos cuya aprobación supone una reconfiguración de los terrenos: expropiación, concentración parcelaria, deslinde administrativo, reparcelación y equidistribución urbanística
4. Las licencias administrativas de actos de segregación, división o parcelación de fincas
5. La protección del dominio público
6. La incorporación al Registro de la Propiedad de la información geográfica asociada de las Administraciones Públicas
7. Conclusión

Resumen

La reciente aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro In-

Artículo recibido el 08/02/2016; aceptado el 17/02/2016.

mobiliario, ha introducido un nuevo sistema de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario. En ella se prevé que sea la cartografía catastral la base de la descripción gráfica de las fincas registrales. Las Administraciones Públicas que actúan sobre el territorio deben replantearse la utilización que realizan de la información sobre el territorio en todos aquellos actos en los que intervengan, de manera activa, en el ejercicio de competencias de control o en la gestión de su patrimonio. En los expedientes administrativos que puedan suponer la inmatriculación de las fincas o la modificación de su configuración, deben servirse de la información catastral y colaborar en su actualización como elemento de control de la información gráfica sobre la propiedad, así como en la defensa y protección del dominio público, o en la aplicación de la legislación urbanística y medioambiental. Para ello deben asumir plenamente el nuevo papel y las obligaciones que la ley les atribuye mediante una revisión de la práctica de su actuación y de sus procedimientos.

Palabras clave: *Catastro; Registro de la Propiedad; procedimientos administrativos; cartografía catastral; bienes inmuebles; fincas; ordenación del territorio; urbanismo.*

Public Administrations before the new regime of coordination between the Property Registry and the Cadastre

Abstract

The recent Law 13/2015, of 24 June, on the Amendment of the Mortgage Law and the consolidated text of the Cadastre Law, has articulated a new coordination system between the Property Registry and the Cadastre. The law provides that is the cadastral map the key to physically describe real properties. Public Administrations should actively rethink the use of the information regarding the territory in all their action when they exercise their control competences or when they manage their own patrimony. In all administrative proceedings involving the registration of real properties or the modification of their configuration, the protection of the public domain or in the execution of legislation on town planning and the protection of the environment, Public Administrations must use the cadastral information and update the same in order to control the physical description of real properties. To this end, Public Administrations must assume their new role and the

obligations that the law entrusts to them through the review of their action and proceedings.

Keywords: Cadastre; Property Registry; administrative proceedings; cadastral map; real property; estates; territorial planning; town planning.

1

La utilización de la información catastral de las Administraciones Públicas y el deber de colaboración con el Catastro

La Ley del Catastro Inmobiliario, cuyo texto refundido ha sido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (en adelante LCI), define el Catastro Inmobiliario como un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que se describen todos los bienes inmuebles (art. 1.1), comprendiendo sus características físicas, jurídicas y económicas (art. 3.1), de modo que dicha descripción concuerde con la realidad (art. 11.1).

La finalidad principal de la institución catastral es poner dicha información al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos (art. 2 LCI). La normativa tributaria dispone que el valor catastral sirve para determinar la base imponible de determinados tributos locales (fundamentalmente, impuesto sobre bienes inmuebles e impuesto sobre el incremento de valor de los inmuebles de naturaleza urbana), estatales (como el impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre el valor añadido o impuesto sobre sociedades) o de gestión autonómica (como el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, o el impuesto sobre sucesiones y donaciones). Por ello, el Catastro es una materia comprendida dentro del título de Hacienda General y por lo tanto de la competencia exclusiva del Estado¹.

Pero además de su finalidad estrictamente tributaria, el LCI establece que la información catastral estará al servicio de las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus competencias y de las políticas públicas (art. 2 LCI), y que su difusión es competencia del Catastro (art. 4 LCI). Para ello prevé el acceso de los órganos de la Administración a todos los datos catastrales, incluso los que tienen carácter protegido, de conformidad con los principios de competencia, idoneidad y proporcionalidad (art. 53.2

1. Así lo declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, ex art. 149.1.14 CE.

LCI), y a los fedatarios públicos para el ejercicio de sus funciones, sobre todo en orden a la identificación y descripción de los bienes inmuebles. Dichos colaboradores están exentos de la tasa de acreditación catastral, por lo que la obtención de la información catastral tiene carácter gratuito (art. 62 LCI).

La utilización de esta información catastral no es solo un derecho o posibilidad que tienen las Administraciones actuantes y los fedatarios públicos, sino que también constituye una obligación en determinados supuestos. El LCI establece el deber de hacer constar la referencia catastral de los bienes inmuebles en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas, y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, así como en el Registro de la Propiedad (art. 38 LCI). A esta materia dedica el LCI su título V, en el que establece los obligados y plazos para aportarla, las consecuencias y los efectos del incumplimiento, los criterios para establecer la identidad de las fincas, tanto en los documentos administrativos como en los notariales y en el Registro (arts. 39 a 49 LCI). Además, el art. 3.2 LCI establece que la certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de las características físicas, económicas y jurídicas de los bienes inmuebles, se incorporará a los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos en la Ley. Igualmente se debe incorporar en los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles. Para ello prevé que dichas certificaciones se obtengan por medios telemáticos preferentemente, lo que se puede hacer a través de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro (www.sedecatastro.gob.es).

Correlativamente a la utilización de la información catastral por las Administraciones Públicas, por las Notarías y por los Registros de la Propiedad, estas instituciones tienen la obligación de suministrar información al Catastro para coadyuvar a su permanente actualización. Concretamente, el art. 36 LCI establece con carácter general que las entidades locales y demás Administraciones actuantes, los notarios y los registradores de la propiedad deberán suministrar al Catastro Inmobiliario, en los términos que reglamentariamente se determinen, cuantos datos o antecedentes relevantes para su formación y mantenimiento sean recabados por este, bien por disposición de carácter general o bien a través de requerimientos concretos.

Esta información inmobiliaria de retorno, que deben suministrar las Administraciones Públicas, puede haber sido generada bien por una actuación de reordenación del territorio que afecte a la configuración de los bienes in-

muebles y su consiguiente transformación, bien mediante el desarrollo de determinadas políticas públicas de ayudas o subvenciones que afecten a los inmuebles o al patrimonio de sus solicitantes, bien por la gestión del dominio público, o bien por la acción de control de la legalidad urbanística, medioambiental o de otro tipo que realicen los poderes públicos. Para garantizar una adecuada actualización del Catastro es fundamental que se le aporte toda esta valiosa información sobre los bienes inmuebles, que manejan las Administraciones Públicas. Así lo prevé expresamente el art. 14 LCI, que establece el deber de las Administraciones de suministrar al Catastro información sobre las alteraciones que se produzcan en los inmuebles, para que este las incorpore sin necesidad de que tengan que presentar declaraciones catastrales los titulares de los inmuebles. Concretamente dicho precepto establece, entre otros, los siguientes supuestos de comunicación:

- a) Las comunicaciones que formulen los ayuntamientos que, mediante ordenanza fiscal, se obliguen a poner en conocimiento del Catastro Inmobiliario los hechos, actos o negocios susceptibles de generar un alta, baja o modificación catastral, derivados de actuaciones para las que se haya otorgado la correspondiente licencia o autorización municipal, en los términos y con las condiciones que se determinen por la Dirección General del Catastro (art. 14.b LCI).
- b) Las que las Administraciones actuantes deben formalizar ante el Catastro Inmobiliario en los supuestos de concentración parcelaria, de deslinde administrativo, de expropiación forzosa y de los actos de planeamiento y de gestión urbanísticos que se determinen reglamentariamente. La comunicación comprenderá la correspondiente certificación administrativa expedida por el órgano actuante (art. 14.c LCI).
- c) La información con trascendencia catastral que debe remitir la Agencia Estatal de Administración Tributaria al Catastro, en los supuestos y condiciones que se determinen reglamentariamente, de la que tenga conocimiento a través de los procedimientos de aplicación de los tributos, que permita completar la titularidad de los inmuebles inscritos en el Catastro con las cuotas de participación no inscritas del cónyuge y de los comuneros, miembros o partícipes de las comunidades o entidades sin personalidad, así como la referida a los datos identificativos, domicilio fiscal y lugar declarado de residencia habitual de los titulares catastrales, con independencia de la fecha de realización de los actos, hechos o negocios jurídicos correspondientes (art. 14.d LCI).
- d) La información con trascendencia catastral que debe remitir el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, relativa

a los cambios de los cultivos o aprovechamientos de los bienes inmuebles rústicos, de la que tenga conocimiento con motivo de las solicitudes de ayudas de la Política Agrícola Común (art. 14.e LCI).

Vemos que la colaboración con las Administraciones e instituciones públicas es consustancial a la esencia del Catastro Inmobiliario tal y como está concebido (art. 4 LCI). Esta colaboración tiene carácter recíproco: por una parte, el Catastro suministra la información actualizada sobre los bienes inmuebles que dichas entidades necesitan para el ejercicio de sus competencias; por otra, obtiene buena parte de la información sobre las alteraciones que se producen en los bienes inmuebles para proceder a su mantenimiento.

La obligación de declarar ante el Catastro las alteraciones que se produzcan en los bienes inmuebles recae, con carácter general, en los propietarios. Pero en los supuestos que hemos enumerado en que la comunicación de dichas alteraciones se produce por las diferentes Administraciones o fedatarios públicos, se exime a los titulares de su obligación de presentar declaraciones catastrales, lo que provoca una disminución de cargas administrativas para el ciudadano y una actualización del Catastro más ágil.

Obviamente, el deber de colaboración con el Catastro no solo afecta a los órganos administrativos competentes en materia de Hacienda de las diferentes Administraciones Públicas, que son los beneficiarios de los ingresos generados por los tributos de base inmobiliaria, sino que recae sobre otros órganos con competencias en las diversas materias que inciden en la gestión territorial. En el ámbito de las entidades locales, la falta de coordinación entre los órganos competentes en materia urbanística y tributaria dificulta la eficacia de alguno de los procedimientos de colaboración existentes con el Catastro, con el consiguiente incumplimiento de la normativa catastral. Esa es una de las razones por las que el deber de utilización de la información catastral y de suministro al Catastro de las alteraciones se cumple de manera muy desigual por los diferentes agentes colaboradores (propietarios, autoridades o fedatarios), lo que genera una indeseable desactualización de la información catastral y una problemática específica en determinados procedimientos.

2

El nuevo sistema de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad

La Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley del

Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (en adelante LRHC), ha introducido en la regulación del Catastro Inmobiliario y del Registro de la Propiedad una serie de normas encaminadas a lograr la coordinación entre ambos, en lo que atañe a la descripción gráfica de las fincas.

El LCI ya recogía como uno de sus principios informadores del Catastro la colaboración con el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus competencias (art. 2), y contenía determinadas normas en las que se concretaba dicha colaboración: se facilitaba la utilización de la cartografía catastral como base de la identificación de las fincas en el Registro de la Propiedad (art. 33.4); se establecía la obligación de los notarios y registradores de suministrar la información relevante para el Catastro (art. 36.3); se regulaban procedimientos para incorporar al Catastro las alteraciones que fueran objeto de comunicación por los fedatarios (art. 14); se establecía la obligación de hacer constar en el Registro de la Propiedad la referencia catastral de los inmuebles como elemento identificador de las fincas registrales (arts. 38 y ss. LCI). Igualmente se había impuesto la necesidad de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica para la inmatriculación de fincas en el Registro (arts. 50 y ss. Ley 13/1996, de 30 de diciembre).

Con la nueva regulación se avanza en la misma dirección. En primer lugar, el art. 9 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) obliga a una descripción mucho más precisa de las fincas registrales, al señalar que se debe especificar la “situación detallada de la finca”, la superficie y su referencia catastral (apartado a), y prevé que se pueda incorporar su descripción geográfica mediante la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca (apartado b). Esta última previsión, aunque no es obligatoria en todos los casos, sí lo es para todos los supuestos de inmatriculación y modificación de la configuración de los terrenos en los que se abra un nuevo folio real por la creación de una finca registral.

En segundo lugar, la base gráfica de las fincas registrales es la cartografía catastral (art. 10.1 LH). La inscripción de la representación gráfica georreferenciada se realizará bien presentando la certificación catastral descriptiva y gráfica (art. 10.2 LH), bien presentando junto con esta una representación gráfica alternativa, en determinados supuestos tasados por la propia Ley (art. 10.3 LH). En este último caso, la representación aportada deberá ser compatible con la delimitación de las parcelas que se reflejan en la cartografía catastral, para lo cual se impone el cumplimiento de determinados requisitos técnicos.

En tercer lugar, es el registrador de la propiedad el que, tras su labor de calificación registral, debe apreciar si concurren los requisitos de correspondencia entre la descripción literaria de la finca que conste en el título o en la

inscripción del Registro y la representación gráfica aportada. Dichos criterios se contienen en el art. 9.b LH y consisten, básicamente, en que ambas descripciones, la literaria y la gráfica, se refieran al mismo recinto, que la representación gráfica permita una perfecta identificación de la finca y su diferenciación con las colindantes, que las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento entre la descripción gráfica aportada y las que consten en el título o la inscripción, y que no se invadan las fincas colindantes ni el dominio público.

No van a ser objeto de estudio en este trabajo los procedimientos registrales y el régimen jurídico del intercambio de información para conseguir la coordinación entre el Catastro y el Registro. Solo interesa señalar aquí que la inscripción de la representación gráfica georreferenciada debe ser la aportada por los propietarios o titulares de las fincas afectadas, manifestando que es conforme con la realidad física de la finca. En el procedimiento de inscripción, se debe dar audiencia a todos los titulares de las fincas colindantes, a fin de que puedan manifestar su oposición, o bien se debe notificar el resultado de la inscripción, según los casos.

En cuarto lugar, la coordinación solo se alcanzará cuando la representación gráfica georreferenciada inscrita en el Registro sea coincidente con la derivada de la cartografía catastral, bien porque se haya inscrito la contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica, bien porque se haya inscrito una representación gráfica alternativa que haya servido para actualizar el parcelario catastral.

La coordinación se alcanza, por tanto, en tres fases: en primer lugar, es necesario identificar la finca registral con su referencia catastral, lo que no significa que las descripciones catastral y registral de la finca sean coincidentes; en segundo lugar, es necesario inscribir la representación gráfica georreferenciada de la finca en el Registro, si a juicio del registrador se superan los criterios de correspondencia gráfica (coincidencia de los recintos que figuran en la descripción gráfica y literaria, diferencias de cabida inferiores al diez por ciento, y no invasión de fincas colindantes o del dominio público); finalmente, solo cuando coincida la descripción de las fincas registrales con las derivadas de la cartografía catastral, el registrador podrá hacer constar en el folio real que se ha alcanzado la coordinación, y estaremos en presencia de una finca coordinada.

Por último, hay que señalar que los datos de ubicación, delimitación y superficie de las fincas registrales coordinadas gráficamente con el Catastro gozarán de la presunción de certeza a todos los efectos legales que les otorga el principio de legitimación registral que recoge el artículo 38 LH (art. 10.5 LH). De esta manera, se extienden los efectos jurídicos de la inscripción registral no solo a los derechos inscritos sobre las fincas, como ha sido tradi-

cional hasta ahora, sino también a los datos de hecho del objeto sobre el que recaen, que es la finca registral.

En este trabajo no vamos a analizar los diferentes procedimientos y la problemática del nuevo régimen de coordinación aprobado por la LRHC², sino que tan solo nos vamos a centrar en el papel de las Administraciones Públicas en estos procedimientos, dado que a nuestro entender la reforma de la LRHC obliga a una necesaria revisión de determinados procedimientos administrativos. La pregunta que pretendemos responder es: ¿en qué medida afecta a las Administraciones Públicas este nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad?

La respuesta viene determinada, en primer lugar, por la existencia de una serie de procedimientos registrales en los que intervienen directamente las Administraciones Públicas y en los que, además, resulta obligatoria la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca en el Registro.

Por una parte, nos encontramos con un grupo de procedimientos en los que la Administración actuante es la que aprueba el acto o proyecto administrativo mediante el cual se produce la alteración de la configuración de la propiedad, y emite los títulos públicos inscribibles. Se trata de los expedientes de expropiación forzosa, de concentración parcelaria, de deslinde administrativo del dominio público y de equidistribución urbanística de los terrenos.

A estos hay que añadir aquellos otros procedimientos administrativos en los que la Administración no elabora y aprueba el título inscribible, sino que otorga la licencia previa para que el mismo pueda ser elaborado, sin la cual no es posible otorgar el título ni acceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Nos referimos fundamentalmente a los actos de parcelación (segregación, agrupación, agregación y división de fincas).

La nueva redacción de la LH exige que la inscripción de todos estos actos se realice junto con la representación gráfica georreferenciada de las fincas, que debe ser aportada por el interesado. Esta puede ser la derivada de la cartografía catastral, si se ha producido previamente la incorporación de dichos actos al Catastro mediante los procedimientos de comunicación o declaración catastral, o bien la derivada de una representación gráfica alternativa, lo que requiere unos planos georreferenciados que reúnan determinados requisitos técnicos. Dichos requisitos han sido desarrollados por la Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro (BOE de 30 de octubre).

2. Para un análisis detallado de la Ley 13/2015, de 24 de junio, *vid.* Pablo PUYAL SANZ, *El Nuevo Régimen de Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

El papel que deben desempeñar las Administraciones es de enorme trascendencia, porque si no cumplen los requisitos establecidos tales fincas no podrán ser inscritas en el Registro, y si los cumplen y se inscriben en el Registro, los datos inscritos relativos a su ubicación, delimitación y superficie gozarán de la presunción de exactitud de los datos registrales conforme al principio de legitimación registral previsto en el art. 38 LH. Por ello, vamos a analizar estos dos grupos de procedimientos y la problemática específica que plantean, y los requerimientos que exige la reforma operada por la LRHC.

Además, la LRHC incorpora una serie de previsiones en orden a la inscripción y protección del dominio público y a la publicidad de la información administrativa sobre el territorio, que son de gran importancia y que también van a ser objeto de un somero análisis.

3

Los expedientes administrativos cuya aprobación supone una reconfiguración de los terrenos: expropiación, concentración parcelaria, deslinde administrativo, reparcelación y equidistribución urbanística

La obligación de utilizar información catastral para la gestión de los procedimientos administrativos que afecten a los inmuebles en los supuestos de concentración parcelaria, de deslinde administrativo, de expropiación forzosa y de los actos de planeamiento y de gestión urbanísticos, está contemplada en los artículos 3.2 y 46 LCI. La comunicación posterior por las Administraciones actuantes para la incorporación al Catastro de las alteraciones en las fincas resultantes, se recoge en los artículos 14.c y 36.2 LCI y en la legislación sectorial del Estado que se ha aprobado en los últimos años, que concreta el modo de utilizar la información catastral en materia urbanística³, agraria⁴,

3. El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, contiene previsiones al respecto en los artículos 28.4, 29 y 44, y en la disposición adicional undécima, que dispone lo siguiente:

Disposición adicional undécima. Catastro inmobiliario.

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo previsto en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en particular en lo que se refiere a la utilización de la referencia catastral, la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica y las obligaciones de comunicación, colaboración y suministro de información previstas por la normativa catastral.

4. En lo que respecta a los procesos de concentración parcelaria, *vid.* el art. 237 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

medioambiental⁵, de dominio público⁶ o de construcción de infraestructuras⁷, y recuerda la obligación de comunicación al Catastro de las alteraciones en los inmuebles que se aprueben en tales procedimientos.

Pero como venimos señalando, las previsiones normativas que contiene el LCI, que impone a las Administraciones Públicas el deber de colaboración en el mantenimiento catastral, no siempre se han cumplido. Así, no es infrecuente que en los expedientes de concentración parcelaria, reparcelación urbanística, expropiación forzosa o deslinde administrativo, las gerencias del Catastro reciban de la Administración actuante la información con retraso, o, por el contrario, cuando todavía no han sido aprobados definitivamente, o sin informar si los mismos han adquirido firmeza o no, por haber sido recurridos. En ocasiones se constata que, en la elaboración de los proyectos correspondientes, se ha prescindido de la utilización de la cartografía catastral y de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Otras veces, los proyectos no reúnen determinados requisitos mínimos de calidad técnica, o en su tramitación no han sido llamados los titulares catastrales de los inmuebles afectados. También suele ocurrir que, una vez aprobados definitivamente dichos expedientes administrativos, cuya tramitación es compleja y costosa, no se comunique el resultado de los mismos al Catastro para la incorporación de las

5. Art. 53 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

6. La disposición adicional duodécima de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, dispone:

La incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que deban realizarse como consecuencia de lo dispuesto en esta Ley, se efectuarán en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en particular en lo que se refiere a la utilización de la referencia catastral y las obligaciones de comunicación, colaboración y suministro de información a través de medios telemáticos. Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, se establecerán los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones citadas.

Merece la pena destacar que la Ley de Costas ha sido desarrollada en estos aspectos catastrales más pormenorizadamente, al regular el procedimiento de deslinde, en los artículos 21 y siguientes del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas.

Igualmente, *vid.* la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 7/2015.

7. La disposición adicional quinta de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, trata sobre las inscripciones en el Catastro:

La incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que deban realizarse como consecuencia de lo dispuesto en esta Ley, se efectuarán en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en particular en lo que se refiere a la utilización de la referencia catastral y la certificación catastral descriptiva y gráfica para la identificación y descripción de las fincas, y las obligaciones de comunicación, colaboración y suministro de información al Catastro a través de medios telemáticos.

alteraciones producidas en los bienes inmuebles. Todas estas circunstancias producen la desactualización del Catastro, lo que da lugar a múltiples problemas, dado que los propietarios quieren ver reflejada la nueva realidad de sus fincas en el Catastro, cuando han sido configuradas en los procedimientos administrativos conforme a lo tramitado, y a veces eso no es posible por no existir correspondencia gráfica con la cartografía catastral. Igualmente se oponen a que se realicen alteraciones catastrales en sus parcelas cuando no han sido llamados en los expedientes, o cuando están en fase de resolución determinados recursos presentados contra dichos actos.

Estas disfunciones se ponen de manifiesto con relativa frecuencia, mucha más de lo que debe ser normal, y producen problemas jurídicos de difícil resolución. Un buen ejemplo de lo que estamos tratando es la sentencia, dictada recientemente por el Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 2015 (recurso de casación núm. 541/2014) en la que se resuelve el recurso de un propietario frente a la desestimación de la Gerencia del Catastro de su pretensión de incorporar una alteración en determinados inmuebles, derivada de un expediente de reparcelación en idénticos términos a los reflejados en el proyecto aprobado por la Administración. La razón aducida por el Catastro era la existencia de una discrepancia entre las superficies asignadas en el proyecto y las resultantes de la digitalización de los planos incorporados a ese mismo proyecto. La Gerencia del Catastro y el Tribunal de instancia habían aducido que la carga de la prueba para la subsanación de tales discrepancias recaía en los propietarios, que debían aportar los correspondientes planos acreditativos del error producido y de la realidad de las fincas. El Tribunal Supremo casa la sentencia y anula los actos de gestión catastral impugnados, y sienta los siguientes criterios:

- La incorporación o la alteración de las características de un bien inmueble en el Catastro Inmobiliario, consecuencia de actos de planeamiento o de gestión urbanística, debe realizarse mediante comunicación de las Administraciones actuantes. Si bien es cierto que, con carácter general, la acreditación de la superficie y demás características catastrales incumbe a los propietarios, dicha carga probatoria pueden cumplirla a través de los documentos gráficos que la Administración actuante está obligada a comunicar al Catastro.
- La Administración catastral está obligada a comprobar la integridad, exactitud y veracidad de las declaraciones y comunicaciones que se presenten, investigando la posible existencia de hechos, actos o negocios no declarados, declarados parcialmente o con datos inexactos o erróneos. La finalidad del Catastro es hacer coincidir la descripción catastral de los bienes inmuebles con su realidad física,

económica y jurídica, en aras de un necesario y constante ajuste entre los datos catastrales y la realidad “extracatastral”.

- En caso de que se detecten errores o discrepancias, la “realidad” urbanística o administrativa no prevalece sobre la “realidad” catastral, dado que ambas se presumen ciertas. Esas discrepancias se deben resolver a iniciativa del Catastro, recabando de la Administración responsable de la alteración los datos, elementos y pruebas precisos para que esa discrepancia pueda ser superada. La resolución de las discrepancias debe llevarse a cabo por las Administraciones implicadas, con el concurso de los interesados, en los correspondientes procedimientos de subsanación y rectificación catastral.
- La sentencia estima parcialmente el recurso, anulando los acuerdos catastrales que denegaron la incorporación de la superficie que se incluía en el proyecto de reparcelación, por estimar el motivo de que no recaía en el recurrente la carga de la acreditación de la realidad de las fincas; pero desestima la pretensión de reconocer la situación jurídica individualizada del recurrente –la superficie de las parcelas–, extremo que pospone a su resolución por ambas Administraciones con el concurso de los interesados.

Entendemos que estos criterios interpretativos son totalmente ajustados a la normativa catastral, y deben servir de base no solo para la tramitación de los expedientes urbanísticos, sino también para otros tipos de expedientes administrativos que supongan una reconfiguración de los terrenos (deslindes, expropiaciones y concentraciones parcelarias).

Ahora bien, los criterios que se deducen de dicha sentencia solo dan solución a determinados problemas, derivados de la existencia de discrepancias entre la información catastral y los planos de los proyectos administrativos aprobados que reconfiguran la propiedad de los inmuebles, que era la situación que se dirimía en la citada sentencia. Si su origen está en una errónea descripción catastral de los inmuebles, esta debe ser rectificada con los datos del proyecto administrativo mediante el procedimiento de comunicación del art. 14.c LCI, o a través del procedimiento de subsanación catastral de discrepancias regulado en el art. 18.1 LCI.

Pero si las discrepancias derivan de una errónea descripción de los inmuebles o de una defectuosa cartografía del proyecto administrativo, y se detectan dichas discrepancias en el momento de su incorporación al Catastro, una vez que está definitivamente aprobado por la Administración actuante, solo cabe recurrir a un procedimiento de rectificación de error o de revisión del proyecto administrativo, que se ha elaborado sin cumplir determinados

requisitos de calidad, lo que puede resultar más problemático, al afectar a los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo.

Los problemas actualmente existentes de gestión compartida de la información territorial entre las Administraciones actuantes en el territorio y el Catastro Inmobiliario, han adquirido mayor relevancia tras la entrada en vigor de la LRHC. En los procedimientos derivados de expedientes administrativos en los que su aprobación determina una reconfiguración de la propiedad (expropiaciones, reparcelaciones, concentraciones parcelarias o deslindes), es obligatoria la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas para su inscripción registral [art. 9.b) LH]. La LH establece la obligación de identificar las fincas registrales con su referencia catastral y de aportar una representación gráfica georreferenciada de las fincas, que guarde correspondencia con la descripción literaria que se contenga en los títulos administrativos correspondientes, y que sea compatible con la cartografía catastral, que es la base de la representación gráfica de las fincas en el Registro (art. 10.1 LH), para proceder a inscribir las fincas derivadas de estos expedientes, que han de estar aprobados por una Administración Pública.

Por ello resulta fundamental una adecuada actuación de los poderes públicos que intervienen en los mismos, tanto en la utilización de la información catastral gráfica y alfanumérica como base de sus actuaciones, como para la comunicación al Catastro para que refleje fielmente la realidad de las fincas resultantes. Solo así se logrará la inscripción de tales actos en el Registro.

Lo normal debería ser que, a través del procedimiento de incorporación previsto en el art. 14.c LCI, el parcelario catastral contuviera la descripción de las fincas resultantes, cuya descripción física se acreditara con la certificación catastral descriptiva y gráfica. Pero, como hemos denunciado, son muy frecuentes los casos en que la Administración actuante no cumple las obligaciones de comunicación catastral, y lo único que suele hacer es solicitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de dichas fincas, cuando todavía no están reflejadas en la cartografía catastral.

Para estos casos, el nuevo artículo 204 LH regula el procedimiento a seguir para la inscripción o inmatriculación de fincas. Dispone que el registrador remitirá telemáticamente al Catastro copia de la representación gráfica aportada al día siguiente de su presentación, y que el Catastro devolverá las referencias catastrales de las fincas objeto del acto de que se trate para su incorporación al asiento, y la representación gráfica catastral, indicando, en su caso, si la finca ha de entenderse coordinada con la descripción catastral. Como vemos, es la misma previsión que realiza en los arts. 14.c y 46 LCI, para los supuestos de comunicación administrativa al Catastro de dichos expedientes. La LH establece dos condiciones: en primer lugar, los planos que se deben aportar al Registro

de la Propiedad, donde se describan gráficamente las fincas resultantes del expediente, deben reunir una serie de requisitos técnicos que permitan comprobar que son compatibles con la cartografía catastral, y actualizarla una vez que se produzca la inscripción; en segundo lugar, que el Catastro valide previamente dicha información para garantizar tales requisitos.

Para el cumplimiento de la primera de las condiciones mencionadas, el artículo 10.6 LH prevé que se regulen los requisitos que debe cumplir la descripción técnica, mediante la resolución conjunta de las direcciones generales de los Registros y del Notariado y del Catastro, ya citada. En ella se han establecido los siguientes requisitos que debe cumplir la representación gráfica de las nuevas fincas creadas a través de dichos expedientes administrativos (apartado séptimo):

1. Debe estar aprobada expresamente por la Administración actuante que haya tramitado y resuelto el correspondiente procedimiento administrativo.
2. La delimitación geográfica de las fincas deberá realizarse mediante la expresión de las coordenadas georreferenciadas de los vértices de todos sus elementos. El sistema de georreferenciación utilizado debe ser el sistema nacional de referencia ETRS89 (REGCAN95 en el caso de Canarias), empleando la Proyección Universal Transversa de Mercator (UTM), de conformidad con el Real Decreto 1071/2007.
3. Deberá contenerse en un fichero informático, en formato GML, tal y como se encuentra definido en la Sede Electrónica del Catastro, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por la Administración competente. El formato de dicho fichero sigue el estándar de las normas europeas (Directiva 2007/2/CE, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea, denominada directiva INSPIRE) y de la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (formato GML INSPIRE de parcela catastral).
4. Los datos del fichero gráfico deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes que vayan a ser objeto de inscripción.
5. Deberá tener una topología de tipo recinto en la cual no existan autointersecciones, pudiendo tener recintos inscritos en la finca (huecos, construcciones u otros). En caso de fincas discontinuas se efectuará una representación gráfica de cada una de las porciones que las compongan.

6. Debe estar representada sobre la cartografía catastral, y respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la misma, precisando las partes afectadas o no afectadas, de modo que el conjunto de todas las parcelas catastrales resultantes respete la delimitación del parcelario catastral. Esta previsión se realiza a fin de permitir la comprobación de la correspondencia entre las parcelas objeto de las actuaciones y la descripción que figura en el Catastro Inmobiliario. La representación gráfica comprenderá, por tanto, todas las parcelas catastrales que deban ser objeto de alteración o modificación, total o parcialmente, incluyendo no solo las parcelas que se correspondan con la finca objeto de la inscripción, sino también las parcelas catastrales o bienes de dominio público colindantes cuando resulten afectados, respetando la delimitación del resto de las colindantes que resulte de la cartografía catastral, de modo que la delimitación del conjunto de las parcelas catastrales resultantes de la alteración o modificación, coincida con la delimitación del conjunto de las parcelas extraídas de la cartografía catastral.

Aunque ni la LH ni la citada Resolución obligan a que dichos planos estén suscritos por un técnico competente, es lo más aconsejable para cumplir los requisitos técnicos necesarios.

Una vez que estén elaborados los planos resultantes del proyecto, estos pueden presentarse a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero, como establece el art. 204 LH, antes deben pasar por un procedimiento de validación previa del Catastro, servicio que está regulado en el apartado segundo de la Resolución citada.

El servicio de validación técnica del fichero que contenga la representación gráfica de las nuevas fincas, emite un informe sobre el cumplimiento de las condiciones y demás requisitos técnicos que hemos descrito anteriormente. Señala la Resolución que el servicio debe emitir un informe en el plazo de 24 horas, aunque en realidad es un servicio en línea que emitirá el informe de manera inmediata a través de una actuación administrativa automatizada. El informe estará firmado por la Dirección General del Catastro mediante sello electrónico, e incorporará un código seguro de verificación (CSV)⁸.

Si el informe de validación fuera positivo, contendrá la representación gráfica catastral que resultaría de la alteración catastral de las parcelas, un

8. Para lo cual se ha adaptado recientemente la Orden HAP/1200/2012, de 5 de junio, sobre el uso del sistema de código seguro de verificación por la Dirección General del Catastro, mediante Orden HAP/2553/2015, de 25 de noviembre, para habilitar que el informe se realice mediante una actuación administrativa automatizada, sin necesidad de la intervención de un funcionario del Catastro.

listado de coordenadas de sus vértices, la superficie obtenida y las nuevas referencias catastrales asignadas. Cuando el resultado de la validación fuera negativo, el informe, además de los errores o defectos advertidos, expresará, en su caso, las parcelas catastrales afectadas no incluidas en la representación gráfica remitida.

El informe de validación que realiza el Catastro a través de este servicio es un informe de carácter técnico, y es de emisión obligatoria antes de la inscripción para los expedientes administrativos con fuerza inmatriculadora que estamos tratando aquí. Aunque el informe no es vinculante para el registrador, resulta de enorme utilidad para realizar la calificación registral del expediente, en cuya labor tiene que comprobar la correspondencia gráfica conforme establece el art. 9.b LH, y puede provocar, si pone de manifiesto que no se dan los requisitos establecidos, una calificación negativa del registrador. En caso de que sea positivo tiene importantes efectos, dado que, cuando se produzca la inscripción de la representación gráfica alternativa en el Registro conforme al mismo, esta inscripción equivaldrá a la coordinación con el Catastro.

Hay que advertir que, aunque dicho servicio está regulado en la Resolución citada como un servicio a disposición de los registradores, también puede ser solicitado por la Administración actuante o por cualquier interesado, y no solo una vez aprobado el proyecto administrativo, sino también durante la elaboración de los planos del proyecto o durante su tramitación. Conviene insistir en que el informe catastral de validación de la representación gráfica permite poner de manifiesto problemas latentes de delimitación de las fincas, y dar a conocer las que se encuentran afectadas por la operación, a cuyos titulares se debe tener en cuenta en el procedimiento administrativo, y detectando posibles discrepancias de la cartografía catastral con la realidad, que deberán ser subsanadas antes de la aprobación definitiva del procedimiento, momento a partir del cual las disfunciones detectadas tienen mucha peor solución.

A la vista de estas normas, entendemos que hay que modificar la práctica de la tramitación de los procedimientos administrativos en los que se puede aprobar una reconfiguración de los terrenos o una alteración en la delimitación de las fincas, para que los problemas existentes en la información territorial afloren en el momento en que puedan ser subsanados y no cuando se hayan dictado actos administrativos y se hayan elaborado títulos públicos de propiedad, cuya rectificación o anulación puede dar lugar a graves perjuicios a los propietarios o incluso a terceros que no han intervenido en dichos expedientes, y, en todo caso, elevados costes. Esa revisión debe hacerse a la vista de la normativa catastral e hipotecaria, para que su cumplimiento evite las disfunciones actuales del sistema, y no solo con la normativa sectorial que los regula.

En la propuesta que presentamos, las Administraciones actuantes deben revisar la práctica de tramitación de los procedimientos administrativos de su competencia que supongan una modificación de las características físicas, económicas o jurídicas de los bienes inmuebles, para ajustarse a una normativa catastral que, pese a ser obligatoria, desgraciadamente no siempre obtiene el adecuado cumplimiento, y a la nueva normativa hipotecaria. En nuestra opinión, dichos procedimientos, además de cumplir los trámites que correspondan de acuerdo con su normativa sectorial, deben ajustarse a las siguientes pautas:

- 1.^a- En el inicio de los procedimientos, además de la información derivada del Registro de la Propiedad, se debe recabar toda la información catastral disponible sobre la porción del territorio que pueda verse afectado por el expediente. La información catastral está compuesta por la cartografía catastral, que se puede obtener de modo libre y gratuito en la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro (www.sedecatastro.gob.es), y por la certificación catastral descriptiva y gráfica de todos los inmuebles afectados, en las que constan los datos de titularidad, superficie, valor, uso de los inmuebles y los linderos georreferenciados de todas las parcelas, junto con los datos de sus colindantes (art. 3.2 LCI). Se puede obtener por todas las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus competencias (art. 53.2.a LCI). Hay que tener en cuenta que los datos del Registro de la Propiedad no siempre incluyen toda la información completa de la zona del territorio sobre la que se actúa, que no siempre es fácil localizar las fincas registrales incluidas en su perímetro, y que la Administración actuante debe tener en cuenta a todos los interesados conocidos en el procedimiento, estén o no sus derechos inscritos en el Registro.
- 2.^a- El proyecto debe identificar los bienes inmuebles afectados, incorporando la referencia catastral de los mismos, bien requiriendo su aportación a los interesados o bien obteniéndola directamente la Administración, lo que resultará más operativo (art. 46.1 LCI). Hay que tener en cuenta que esa labor de identificación de las parcelas catastrales con su referencia catastral, además de una obligación legal, será imprescindible para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de las fincas resultantes en el Registro.
- 3.^a- Elaboración de nueva cartografía digitalizada y georreferenciada. La Administración actuante deberá decidir si la precisión métrica y el nivel de actualización de la cartografía catastral reflejan con suficiente fiabilidad y precisión la realidad de las fincas de origen.

Si considera que se reúnen las condiciones adecuadas, podrá reflejar la nueva configuración de las fincas sobre la cartografía catastral preexistente. Si considera que no se reúnen tales condiciones, deberá realizar los levantamientos topográficos necesarios para elaborar el proyecto, preferentemente por un técnico competente. En caso de que se detecten errores en la cartografía catastral, podrá instarse el procedimiento de subsanación previsto en el art. 18.1 LCI, aportando los nuevos planos para adaptar la descripción catastral de los inmuebles a la realidad física. El proyecto que definitivamente se tramite y apruebe deberá reflejar gráficamente la configuración de las nuevas fincas, de modo que el perímetro del conjunto de las resultantes coincida con las existentes previamente en la cartografía catastral, para que pueda incorporarse fácilmente su actualización. El proyecto debe incluir para su inscripción registral unos planos informatizados, que deberán reunir los requisitos contemplados en la Resolución conjunta de 26 de octubre de 2015, y que ya hemos analizado.

- 4.^a- Ultimadas las labores cartográficas, es conveniente solicitar la validación técnica previa por el Catastro de la representación gráfica de las fincas resultantes. El informe de validación técnica se podrá solicitar por la Administración al Catastro tantas veces como sea necesario antes de aprobar el proyecto definitivamente, lo que permitirá conocer todas las fincas total o parcialmente afectadas y las alteraciones que deberán efectuarse en la cartografía catastral.
- 5.^a- Audiencia de los titulares afectados. Los titulares catastrales de las fincas afectadas, al igual que los titulares registrales, deben ser tenidos en cuenta en todo caso en el procedimiento administrativo correspondiente, para lo que deben ser citados y oídos en el mismo. Si en el procedimiento administrativo los propietarios afectados por la alteración manifiestan su oposición con la configuración o delimitación propuesta de las fincas, la Administración actuante deberá tener en cuenta dichas alegaciones y conflictos de propiedad, que el Catastro no tiene competencia para resolver, y tramitar el procedimiento administrativo teniendo en cuenta dicha circunstancia. Todo ello de acuerdo con la normativa sectorial específica.
- 6.^a- Una vez aprobado definitivamente el procedimiento, la Administración actuante debe comunicar al Catastro la referencia catastral de las fincas de origen, junto con el plano o proyecto que refleje las modificaciones realizadas, que reúna los requisitos técnicos señalados. Solo así el Catastro podrá remitir en el plazo de 5 días, junto

con el informe de validación, las nuevas referencias catastrales de las fincas resultantes (arts. 40.2 y 46.2 LCI). La incorporación de la información de las fincas resultantes se realizará por el Catastro mediante el procedimiento de comunicación previsto en el art. 14.c LCI, para cuya resolución dispone de un plazo de seis meses.

De esta manera, la Administración actuante, una vez proceda a aprobar definitivamente el proyecto o expediente administrativo correspondiente, podrá incorporar al mismo el informe positivo de validación de la representación gráfica elaborada y las nuevas referencias catastrales. Cuando se produzca la inscripción del proyecto en el Registro, las fincas resultantes podrán quedar coordinadas con el Catastro, y no encontrarán nuevos impedimentos a la inscripción derivados de la falta de correspondencia de la representación gráfica de las nuevas fincas con la cartografía catastral.

4

Las licencias administrativas de actos de segregación, división o parcelación de fincas

De conformidad con la legislación del suelo, la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación, conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción⁹. El artículo 3.2 LCI señala que la certificación catastral descriptiva y gráfica se incorporará en los procedimientos administrativos “como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles”.

Lo normal es que cuando se realizan dichas operaciones en la Notaría o se presentan para su inscripción en el Registro de la Propiedad, las mismas no estén incorporadas al Catastro Inmobiliario. El artículo 14 LCI establece para estos supuestos que pueden ser objeto de comunicación al Catastro por parte de los notarios o de los registradores. En el momento de otorgarse la escritura, o de presentarse para su inscripción, se prevé que, si se aportan las

9. Art. 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

referencias catastrales de las fincas de origen y un plano con la descripción gráfica de las parcelas catastrales resultantes, y el fedatario público remite dicha información por medios telemáticos al Catastro, este incorporará dichas alteraciones derivadas de los actos de parcelación siempre que guarden correspondencia con la cartografía catastral, eximiendo así a los titulares catastrales del deber de presentar la correspondiente declaración. El Catastro, en el plazo de cinco días desde el otorgamiento de la escritura, debe suministrar las nuevas referencias catastrales de las fincas resultantes al notario autorizante del documento público, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen (art. 47.2 LCI).

Estas previsiones se incorporaron al art. 14 LCI tras la modificación operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. No obstante, las previsiones de la LCI con respecto a la comunicación catastral por los fedatarios públicos de los actos de parcelación, tampoco han tenido el cumplimiento que merecían por diversas razones: el incumplimiento de la normativa catastral por parte de las Administraciones Públicas, que en los procedimientos de otorgamiento de las licencias de parcelación de los terrenos no incorporaban la referencia catastral de los inmuebles afectados, no comprobaban que los planos aportados de las fincas, cuando se exigían, se ajustasen a la realidad, ni utilizaban la certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles; tampoco se aprobó el desarrollo reglamentario que regulara los requisitos técnicos con que debía hacerse el suministro de información previsto en el art. 36.3 LCI; el procedimiento de comunicación notarial o registral era voluntario y solo se producía en la medida en que el interesado aportara los planos correspondientes, sin que ello impidiera el otorgamiento de la escritura o su inscripción. Todo ello ha contribuido a mantener la falta de una cultura y conocimientos cartográficos de los operadores jurídicos que han de intervenir, lo que ha producido el incumplimiento de estas normas.

Esta situación está llamada a transformarse con la entrada en vigor de la LRHC, que ha establecido diversas medidas al respecto: en primer lugar establece que los actos de segregación, agregación, agrupación y división de fincas, son supuestos en que obligatoriamente se debe aportar una representación gráfica georreferenciada de las fincas para proceder a su inscripción, por lo cual es obligatorio que los interesados aporten unos planos georreferenciados que reflejen la alteración producida; en segundo lugar, cabe aportar bien la certificación catastral descriptiva y gráfica que ya refleje los cambios realizados, o bien una representación gráfica georreferenciada alternativa, siempre que tales planos estén representados sobre la cartografía catastral y cumplan los requisitos técnicos que permitan la actualización del Catastro una

vez remitida la información que refleje la operación realizada; en tercer lugar, se ha llevado a cabo un desarrollo reglamentario de los medios y requisitos técnicos con que los fedatarios públicos deben suministrar la información al Catastro. El desarrollo reglamentario ha sido el previsto en los artículos 36.3 LCI y 10.5 LH, para los registradores de la propiedad, mediante la Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, ya citada; y para los notarios, por Resolución de la Dirección General del Catastro, de la misma fecha, en desarrollo del art. 36.3 LCI.

El procedimiento requiere que, una vez otorgada la escritura o realizada la inscripción, los notarios o registradores suministren telemáticamente al Catastro la información sobre la alteración, incorporando la información gráfica georreferenciada que refleje las modificaciones, para que este, tras un proceso de validación técnica de la información, asigne las referencias catastrales e incorpore las alteraciones a su base de datos en caso de que el informe de validación sea positivo, o informe de los motivos técnicos que han impedido la incorporación de la alteración y, en su caso, la coordinación gráfica de la finca registral con el Catastro. Una vez incorporada la alteración, el notario otorgante podrá incorporar la certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas resultantes en el título para su presentación para inscripción en el Registro. Si la comunicación se realiza por el registrador una vez realizada la inscripción, el Catastro le remitirá la nueva representación gráfica catastral resultante, para que pueda proceder a la coordinación gráfica con el Catastro de la finca inscrita.

El informe de validación técnica permite conocer, en caso de que se haya incorporado la representación gráfica alternativa, si la configuración de las nuevas parcelas respeta la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las parcelas derivadas de la cartografía catastral afectadas por la operación, y si reúne los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro, y, por lo tanto, determinará si es posible realizar la coordinación gráfica con el Registro de la Propiedad. En caso de que se haya incorporado la representación gráfica derivada de la certificación catastral, no es necesario que el Catastro realice alteración alguna, y solo se validará la vigencia de la certificación catastral.

Pese a que la ley prevé que la comunicación se realice una vez otorgada la escritura o practicada la inscripción, las resoluciones de desarrollo permiten que este informe de validación pueda solicitarse con carácter previo, no solo por los fedatarios públicos intervinientes, sino por cualquier titular interesado o por cualquier técnico competente, lo que será de enorme utilidad para chequear la información suministrada sobre la alteración antes de elaborar los títulos.

Nada dicen ambas resoluciones de desarrollo sobre el papel que deben desempeñar las Administraciones Públicas en este proceso, pese a que la autorización de estas actuaciones debe comprobarse por el notario en el momento de autorizar la escritura, o por el registrador en el momento de realizar la inscripción.

No obstante, la nueva redacción de la LH establece unos requisitos que deben obligar a las Administraciones competentes a plantearse con más rigor la autorización administrativa de estos actos. Entendemos que, al igual que en los procedimientos administrativos que tienen fuerza inmatriculadora y que hemos analizado en el apartado anterior, también aquí hay que reformar la práctica habitual en la tramitación de estos procedimientos:

- 1.º– En primer lugar, la Administración debe proceder a la identificación de las parcelas catastrales afectadas con la referencia catastral, bien mediante su aportación por los interesados, o bien mediante su obtención de la certificación catastral descriptiva y gráfica por la propia Administración (art. 46.1 LCI). Solo así se podrán identificar los bienes inmuebles sobre los que recae el acto cuya autorización se solicita. Dado que en dicho procedimiento se realizan modificaciones en los inmuebles, es suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen, junto con los planos o proyectos que reflejen las modificaciones que se pretenden autorizar (art. 40.2 LCI).
- 2.º– En segundo lugar se deben exigir unos planos georreferenciados que cumplan los requisitos técnicos que están especificados en el apartado séptimo de la Resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (art. 9.b LH), dado que serán necesarios para su inscripción posterior en el Registro. Dado que los notarios y registradores deben comprobar que el acto de parcelación ha obtenido licencia, consideramos imprescindible que la Administración exija que se aporten tales planos junto con la solicitud de autorización. De lo contrario se corre el riesgo de aprobar unos actos que pueden suponer una flagrante infracción de las normas urbanísticas o de ordenación del territorio, con el burdo recurso de recurrir a una cartografía no fiable o incluso de no aportar plano alguno para autorizar estas operaciones.
- 3.º– Los planos aportados para poder proceder a su inscripción deben estar representados sobre la cartografía catastral, para poder comprobar las parcelas que estén afectadas total o parcialmente. Esta obligación se corresponde con lo que establece el artículo 3.2 LCI de que la certificación catastral descriptiva y gráfica se incorpora-

rá en los procedimientos administrativos, como medio de acreditar la descripción física de los inmuebles. Resulta conveniente que la Administración que tramite la solicitud de la licencia se asegure del cumplimiento de los requisitos de la representación gráfica aportada, obteniendo el informe de validación técnica de la representación gráfica alternativa a través de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro. De esa manera puede comprobar que su otorgamiento no invade fincas colindantes o el dominio público, y que se realiza sobre planos que guardan correspondencia con la cartografía catastral. Si las segregaciones o divisiones de las fincas se inscriben en el Registro de la Propiedad, basándose en una representación gráfica alternativa distinta de la cartografía catastral, en la que no se ha obtenido su validación técnica positiva, se pueden estar aprobando actos que invadan fincas colindantes, por lo que su inscripción podría perjudicar derechos de terceros.

Con respecto a este último extremo, hemos de recordar que la actuación administrativa de otorgamiento de una licencia de parcelación puede tener efectos frente a terceros. El artículo 10.5 LH dispone que la presunción de que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real, se produce no solo cuando la finca ha alcanzado la coordinación gráfica con el Catastro, sino también cuando se hubiera inscrito una representación gráfica alternativa, en los supuestos en que dicha representación “haya sido validada previamente por una autoridad pública, y hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que este haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica”.

Es verdad que no es responsabilidad de la Administración que otorga la licencia la comprobación de la correspondencia de los planos aportados con la realidad, ni de que no se vean afectadas las fincas colindantes, dado que las licencias se otorgan “salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero”, como establece el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 15 de junio de 1955). Pero el término de “validación por una autoridad pública” en que se expresa el precepto de la LH que acabamos de reproducir, es lo suficientemente impreciso para fundamentar la reclamación de responsabilidad de la Administración por un tercero perjudicado por la inscripción de una segregación que cuenta con licencia administrativa, en la que no se han cumplido los preceptos que sí obligan a la Administración a identificar catastralmente las fincas afectadas con la referencia catastral (arts. 40 y 46 LCI) y a incorporar la certificación catastral

descriptiva y gráfica como medio de acreditación de la descripción física de los bienes inmuebles en los procedimientos administrativos (art. 3.2 LCI).

5

La protección del dominio público

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, obliga a estas a proteger y defender su patrimonio, a cuyo fin ordena “procurar” su inscripción (art. 28), imponiendo el deber de dicha inscripción en los registros de bienes y derechos (art. 36), obligación que muchas Administraciones no siempre han atendido. También establece que tanto el Catastro como el Registro de la Propiedad deberán suministrar la información de que dispongan sobre los bienes o derechos cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas o a los organismos públicos vinculados o dependientes de ellas, así como todos aquellos datos o informaciones que sean necesarios para la adecuada gestión o actualización de su inventario, o para el ejercicio de las potestades enumeradas en dicha Ley (art. 64).

Para facilitar la inscripción en el Registro, el art. 206 LH habilita un procedimiento especial y privilegiado de acceso al Registro para los bienes inmuebles de las Administraciones Públicas, que ha de facilitarles la inscripción y, con ello, la adecuada protección del dominio público. Para ello, dicho precepto permite inmatricular en el Registro de la Propiedad bienes pertenecientes a las Administraciones Públicas, mediante certificación administrativa. Igualmente permite que soliciten, por el mismo medio, la inscripción de operaciones registrales de agrupación, división, agregación, segregación, declaración de obra nueva, división horizontal, constitución de conjuntos inmobiliarios, rectificación de la descripción, reanudación del tracto sucesivo o cancelación, todas ellas referentes a los bienes de titularidad pública.

El procedimiento exige que se presente en el Registro una certificación administrativa, librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de dichos inmuebles, en la que deben expresarse determinados extremos. La nueva redacción del artículo 206.1 LH, aunque contiene una regulación similar a la anterior a la LRHC, establece unos requisitos adicionales a dicha certificación, que no se encontraban ni en la redacción anterior ni en los artículos 303 a 307 del Reglamento Hipotecario, tales como el preceptivo informe previo favorable de los servicios jurídicos de la Administración, y la certificación catastral descriptiva y gráfica que se corresponda con la descripción literaria y delimitación geográfica de la finca cuya inmatriculación se solicita. Solo en caso de que dicho inmueble de titularidad pública no se encuentre

incorporado al Catastro se permite aportar una representación gráfica alternativa junto con un informe del Catastro. Este supuesto solo se produce en determinados bienes de dominio y uso público no sometidos a tributación¹⁰, y tiene un carácter excepcional, dado que la Ley establece que la incorporación de todos los bienes inmuebles en el Catastro es obligatoria (art. 11.1 LCI). Por lo tanto, las Administraciones Públicas deben instar la correcta incorporación de sus inmuebles en el Catastro para poder proceder posteriormente a su inmatriculación en el Registro de la Propiedad.

Uno de los aciertos de la nueva Ley ha sido la introducción en la regulación de los procedimientos registrales de las adecuadas garantías para la protección de los derechos de terceros, obligando a notificar a todos los titulares de derechos de las fincas colindantes afectadas de aquellas inscripciones de la representación gráfica georreferenciada, en los correspondientes procedimientos, valorando que no se produce la invasión de fincas colindantes. La inmatriculación de las fincas de titularidad pública en el Registro de la Propiedad, así como su incorporación al Catastro Inmobiliario, supondrán, por tanto, una garantía para la adecuada protección de la propiedad pública, pues la Administración titular podrá intervenir en cuantas inscripciones registrales de fincas colindantes a sus bienes puedan perjudicarla.

Además de esta medida, la LH introduce unas especiales garantías para los bienes de dominio público incluso cuando no estén inmatriculados dichos bienes. Así, el registrador de la propiedad, en su labor de calificación, como paso previo a la inscripción de una representación gráfica georreferenciada de cualquier finca en el folio real, debe valorar la posible invasión del dominio público (art. 9.b LH). Esta previsión se concreta al regular los diferentes procedimientos registrales:

- El artículo 199 LH, al regular el procedimiento para la inscripción de la descripción gráfica de una finca, establece que el registrador deberá denegarla si la misma coincidiera en todo o en parte con el dominio público. Cuando advierte esta posibilidad, debe comunicarlo a la Administración titular del inmueble afectado, para que realice las alegaciones que estime oportunas, a la vista de las cuales el registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio.

10. La LH prevé que cuando el inmueble de dominio público que se pretende inmatricular “careciese de certificación catastral descriptiva y gráfica”, podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada alternativa, a la que habrá de acompañarse un informe del Catastro. Dicho informe deberá señalar, entre otras cuestiones que se planteen, si los inmuebles públicos cuya inmatriculación se solicita están catastrados o no, total o parcialmente, pues en caso afirmativo la inmatriculación deberá hacerse con base en la mencionada certificación catastral descriptiva y gráfica.

- El artículo 200 LH, que regula el procedimiento de deslinde registral, establece que no resultará de aplicación a los inmuebles cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas, cuyo deslinde se practicará conforme a su legislación específica.
- El artículo 203 LH, que regula el expediente de dominio para la inmatriculación de fincas¹¹, establece que si el registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público, que no estén inmatriculadas, pero que aparezcan en la información territorial asociada de que disponga, facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la representación gráfica que se pretende inmatricular, con el fin de que se remita informe en el plazo de un mes. Si la Administración se opone a la inmatriculación o rectificación, o el registrador conservase las dudas sobre la posible invasión del dominio público, denegará la anotación solicitada, motivando suficientemente las causas de dicha denegación.
- El artículo 205 LH, que regula la inmatriculación de fincas mediante doble título de adquisición, igualmente prevé que si el registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público, que no estén inmatriculadas, pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones Públicas, notificará dicha circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica que se pretende inmatricular con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación. Si la Administración manifestase su oposición a la inmatriculación o, no remitiendo su informe dentro de plazo, el registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, denegará la inmatriculación pretendida.

De esta manera, las Administraciones Públicas van a disponer de un doble instrumento de protección de sus bienes inmuebles. Por una parte, mediante la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad, porque ostentar dicha titularidad les otorga el derecho a ser oídas o notificadas en todo procedimiento

11. Y que también resulta aplicable para los expedientes de rectificación de la descripción de las fincas y de diferencias en la cabida inscrita superiores al diez por ciento (arts. 201.1 LH), así como para la reanudación del tracto sucesivo (art. 208 LH).

de inmatriculación o incorporación de una representación gráfica georreferenciada de las fincas colindantes. Para ello será imprescindible que sus bienes inmuebles se encuentren dados de alta en el Catastro Inmobiliario, e incorporadas todas las alteraciones catastrales que se produzcan, porque su inscripción en el Registro requerirá la certificación catastral descriptiva y gráfica correspondiente, sin que quepa aportar una representación gráfica alternativa. Esta doble inscripción de los bienes, catastral y registral, va a dotar a la Administración titular de los mismos de la plena garantía de ser notificada y oída en todos los expedientes y las operaciones registrales realizados en las fincas colindantes.

Por otra parte, si la Administración remite al Registro de la Propiedad información gráfica georreferenciada sobre los bienes demaniales, aunque no estén inmatriculados, también gozará de la protección que le otorga la obligación del registrador de impedir la posible invasión del dominio público. En esos procedimientos, será necesario que las Administraciones remitan al Registro las correspondientes alegaciones o informes que sean solicitados por el registrador, en cada una de las operaciones registrales que pudieran afectarles.

Esto nos lleva a analizar la previsión contenida en la LRHC de incorporar al Registro la información administrativa que se deba asociar al resto de la información del folio registral.

6

La incorporación al Registro de la Propiedad de la información geográfica asociada de las Administraciones Públicas

El art. 9.a) LH dispone que en la descripción de la finca en el folio real “se expresará, cuando conste acreditada, por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a que se refiera”. En el apartado b) de dicho artículo se añade que los registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.

La disposición adicional primera de la LRHC prevé la existencia de una aplicación informática registral para el tratamiento de representaciones gráficas, que deberá estar debidamente homologada por el procedimiento que en ella se establece. Se trata más bien de un sistema de información geográfica que ha de permitir, a través de servicios de mapas web en línea, enlazar e

interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste, de las representaciones gráficas inscritas o que se pretenda inscribir, con la cartografía catastral y con aquellas otras debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación de bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado. Esta aplicación ha de servir a los registradores como elemento auxiliar para calificar la descripción gráfica de las fincas, por lo que tiene una gran importancia.

Se pretende de esta manera que el Registro de la Propiedad se convierta en el recipiendario de toda la información territorial con incidencia en la propiedad, y no solo de los derechos reales relativos a los inmuebles, lo que plantea cuestiones como el alcance de la eficacia jurídica de dicha información, que no podemos analizar aquí, pero cuya publicidad registral está limitada a que la finca registral afectada tenga incorporada la información gráfica georreferenciada de acuerdo con los requisitos de la LH (art. 9.b último párrafo).

Los suministradores de la información territorial que se incorpore al Registro no solo van a ser los titulares de los derechos que se pretenda inscribir, sino también las Administraciones Públicas con competencias en materia de dominio público, territorio, urbanismo o medio ambiente. Ya existen una serie de previsiones en diversas leyes sectoriales que contemplan que la información administrativa que afecte al territorio se incorpore a los asientos del Registro de la Propiedad, en un formato gráfico georreferenciado que permita su interoperabilidad, y en la legislación del suelo se establece la posible responsabilidad de la Administración, en caso de que esta no adopte las medidas pertinentes de disciplina o de restablecimiento de la legalidad urbanística y su obligada comunicación al Registro, para su anotación en el folio real de las fincas afectadas¹².

En lo que respecta a la información urbanística, además del conjunto de actos y cargas urbanísticas que las Administraciones tienen el deber de comunicar al Registro para su inscripción o anotación, la disposición adicional quinta

12. A título de ejemplo, podemos mencionar algunas de las previsiones más recientes, como lo que dispone el art. 53 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, ya citado, que establece que la información perimetral de espacios naturales, montes de utilidad pública y dominios públicos de las vías pecuarias y zonas húmedas, quedará incorporada al sistema de información geográfica de la finca registral. Igualmente la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, en su artículo 30.7, establece medidas de protección del dominio público. Especial relevancia otorga el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, a la inscripción de la información que afecte al derecho de la propiedad de las fincas inscritas, previniéndolo en numerosos artículos, entre los que se encuentran los siguientes: 11.2, 13.2.d), 14.d), 15.4, 23.5, 26.3, 27.3, 28.3, 31.4, 44, 50, 52, 53, y 65 a 68.

de la LRHC impone la obligación a los municipios de poner a disposición de los registradores un acceso mediante servicio de mapas web a todos los planes urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadatos, así como a sus modificaciones aprobadas definitivamente y vigentes.

Sin duda, esta encomiable pretensión va a encontrar dificultades en su aplicación práctica. En la misma disposición se prevé que se comunique al Colegio de Registradores cuando existan dificultades técnicas o presupuestarias para su cumplimiento. La falta de previsión de una norma reglamentaria que permita desarrollar el contenido mínimo de la información a suministrar sobre dichos planes e instrumentos urbanísticos, y que defina el sistema informático y las características técnicas del suministro de la información, tampoco va a facilitar la implantación de este proyecto. Los estándares ya aprobados para el intercambio de información cartográfica entre el Catastro y los fedatarios públicos, que siguen las directrices de la directiva INSPIRE, pueden ser una buena base de trabajo en este sentido.

A pesar del camino que resta por recorrer en esta materia, resulta indiscutible que si se quiere garantizar una adecuada información territorial y de la propiedad en este país, que dote de seguridad jurídica cabal al tráfico jurídico inmobiliario, debe incorporarse toda la información administrativa que afecte al derecho de propiedad. Por eso, el Registro de la Propiedad debe incorporar no solo la información sobre los derechos reales inscritos por los propietarios, sino también todo el conjunto de circunstancias, cargas, derechos y limitaciones administrativas que las leyes imponen a la propiedad inmobiliaria para cumplir su función social, y cuyo cumplimiento corresponde ejecutar o controlar a las diferentes Administraciones. Para ello, la labor de estas ha de ser activa, pues ello redundará, además de en una mejor seguridad jurídica, en un ejercicio más eficaz de las competencias que la Ley les otorga en la ordenación e intervención sobre el territorio, en un uso más racional del mismo, y en una mayor protección del dominio público y el medio ambiente.

7

Conclusión

El nuevo régimen de coordinación del Registro de la Propiedad con el Catastro Inmobiliario que ha introducido la LRHC, para conseguir que la descripción de las fincas registrales se ajuste a la realidad, tiene por objeto dotar de mayor seguridad jurídica al tráfico inmobiliario. Se pretende superar la situación existente hasta ahora, que ha permitido una enorme imprecisión de descripción de las fincas registrales, que no reflejaba con precisión su delimi-

tación, superficie ni localización; en algunos casos, la inscripción registral ni siquiera garantizaba la existencia de la finca. Dicho estado de cosas ha permitido la existencia de fraude inmobiliario, tanto urbanístico como fiscal. A partir de la entrada en vigor de la Ley –1 de noviembre de 2015–, la descripción de las fincas con la simple mención de linderos personales debe transformarse en una representación gráfica georreferenciada, lo que permitirá determinar de modo inequívoco su perfecta ubicación y delimitación, así como su superficie, que será la resultante de la representación gráfica.

Obviamente, una reforma de este calado no afecta exclusivamente a las inscripciones registrales, que son voluntarias, sino que ha de involucrar a todos los agentes que intervienen en el tráfico jurídico inmobiliario y en el territorio, entre los que juegan un papel destacado las diferentes Administraciones Públicas. Estas transforman la propiedad de las fincas con determinadas actuaciones administrativas (expropiaciones, deslindes, concentraciones, reparcelaciones...) o intervienen en su modificación, sometiendo determinados actos a la preceptiva licencia administrativa (segregaciones, divisiones, etc.). Sin duda la exigencia de rigor y precisión en la descripción de las fincas ha de extenderse a todos estos procedimientos administrativos.

El Catastro Inmobiliario ha sido el vehículo que ha dispuesto la ley para que el Registro de la Propiedad refleje la realidad “física y jurídica” extraregstral, de modo que se incorpore la representación gráfica derivada de la cartografía catastral o, cuando se manifieste expresamente que el Catastro no refleja la realidad física de la finca, se aporte una representación gráfica alternativa que permita la actualización de la cartografía catastral. Para ello, es esencial que el sistema cuente con un Catastro Inmobiliario que refleje fielmente la realidad inmobiliaria, con el mayor grado de precisión y exactitud posible, y que esté permanentemente actualizado. Las entidades locales y el resto de Administraciones Públicas tienen reconocido en la LCI un principio de colaboración con el Catastro (art. 4 LCI), sin la cual no es posible su mantenimiento y actualización. Allí donde no llegan los procedimientos de cooperación interadministrativa legalmente establecidos, la ley permite suscribir convenios que permitan ampliar el ámbito de colaboración e intercambio de información diseñado en la Ley. Un buen número de entidades locales ya colaboran en la actualización de los datos catastrales, fundamentalmente a través de los órganos que gestionan los tributos. Incorporar en dicho proceso a los órganos que gestionan el urbanismo e intervienen en el territorio constituye una tarea pendiente.

Todo ello redundará no solo en dotar al tráfico jurídico de mayor seguridad jurídica, y en una mejor defensa de los titulares de los derechos inscritos en el Registro, sino que también va a ayudar a lograr un Catastro debidamente

actualizado que sirva a los principios de generalidad y justicia tributaria, un mayor rigor en la gestión y ordenación del territorio, garantizando el cumplimiento de las normas urbanísticas y medioambientales, y una más eficaz defensa de los bienes de dominio público.

Sin duda, la aplicación de las “mejores prácticas” en la actuación de las Administraciones Públicas que hemos propuesto en este trabajo, será mucho más viable si los principios que se contienen en la normativa catastral e hipotecaria, y que aquí hemos analizado, se incorporan de manera clara en la legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, e incluso en las ordenanzas municipales cuando ello proceda, que regulen los procedimientos administrativos correspondientes.

QDL40

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 11 de junio de 2015 a 10 de febrero de 2016)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2015, de 24 de septiembre, sobre la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de coordinación de las policías locales de Aragón.

Antecedentes

Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Zaragoza, sobre la disposición transitoria segunda, apartados 2 y 3, en relación con los arts. 22, 25 y 26, de la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de Coordinación de Policías Locales de Aragón.

Ponente: don Fernando Valdés Dal-Ré.

Extracto de doctrina

[...]

4. En segundo lugar, el Auto de planteamiento cuestiona la constitucionalidad de los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda de la Ley de Aragón 8/2013, por exigir para la integración de los auxiliares de policía contar en todo caso con la titulación correspondiente, y dejar en situación de “a extinguir” a aquellos que no cumplan este requisito. El órgano judicial entiende que con ello se vulnera la competencia que el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ejercida mediante la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de

medidas para la reforma de la función pública, añadida por el art. 61 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. La citada disposición estatal regula, con el expreso carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), la promoción interna mediante concurso-oposición desde el grupo D al grupo C sin disponer de la titulación necesaria, siempre que se cuente con una antigüedad de diez años, o de cinco más la superación de un curso de formación.

Alega el Gobierno de Aragón que no estamos ante una promoción interna, sino ante un proceso de integración, razón por la cual no resultaría de aplicación la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984. En el marco del art. 149.1.18 CE, la distinción que traza tiene una importancia relativa porque, como recuerda la STC 33/2013, de 11 de febrero, “este Tribunal ha reconocido en numerosas ocasiones el carácter materialmente básico del requisito de la titulación en el ámbito de la función pública, ya sea en relación con el acceso o la integración de los funcionarios en escalas o grupos (SSTC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; y 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 5), ya sea [...] para su promoción interna (SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, FJ 5; 2/2012, de 13 de enero, FJ 2; 3/2012, de 13 de enero, FJ 4; y 4/2012, de 13 de enero, FJ 5)” (FJ 4). Por otra parte, la normativa básica estatal no establece los grupos de clasificación de los cuerpos y escalas en atención a la titulación que posean los funcionarios, sino a la exigida para el acceso al cuerpo o escala de pertenencia (art. 76 de la Ley del estatuto básico del empleado público: LEEP). El derecho a la promoción interna, que comprende la posibilidad de ascenso al grupo inmediatamente superior al de pertenencia, es el aquí afectado como se expone seguidamente.

Atendiendo a la estructura de los cuerpos de policía local diseñada por el art. 22.1 de la Ley de Aragón 8/2013, la titulación exigida por la disposición transitoria segunda. 2 para la integración de los auxiliares en la categoría de policía es la correspondiente al grupo C, subgrupo C1, para cuyo ingreso se exige título de bachiller o técnico (art. 76 LEEP), equivalente al antiguo grupo C (disposición transitoria tercera.2 LEEP). A efectos de esta resolución, no es relevante determinar si el encuadramiento de los auxiliares de policía existentes en el conjunto de los municipios de la Comunidad Autónoma de Aragón ha respondido a criterios uniformes. Basta con constatar que, a su ingreso como auxiliar de policía en el Ayuntamiento de Ateca, el recurrente en el proceso a quo quedó encuadrado en el grupo D, según consta en las bases de la convocatoria y en su nombramiento, que obran en autos. El grupo

D se corresponde en la actualidad con el grupo C, subgrupo C2, de conformidad con la citada disposición transitoria tercera.2 LEEP.

Habida cuenta del descrito sistema de equivalencias entre los antiguos y nuevos grupos de clasificación, la dispensa de titulación prevista por la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984 para el acceso desde el grupo D al grupo C ha de entenderse actualmente referida al acceso desde el subgrupo C2 al subgrupo C1. En lo que aquí interesa, la expresada equivalencia significa que la norma básica estatal determina una dispensa de titulación para el acceso de los auxiliares de policía, encuadrados en la actualidad en el subgrupo C2, a la categoría de policía encuadrada en el subgrupo C1.

Fijando por tanto la atención en la alegada vulneración de la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984, es doctrina consolidada del Tribunal que, para constatar la existencia de una inconstitucionalidad mediata o indirecta como la que aquí se suscita, es necesario que concurran dos condiciones; por un lado, que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa (por todas, STC 210/2014, de 18 de diciembre, FJ 4).

Sobre la primera de dichas condiciones, ya se ha señalado que la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984 es formalmente básica. Desde la perspectiva material, el criterio de este Tribunal está recogido en las SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, 2/2012, de 13 de enero, 3/2012, de 13 de enero, 4/2012, de 13 de enero, 33/2013, de 11 de febrero, y 189/2014, de 17 de noviembre, que han examinado las dispensas de titulación establecidas por diversas disposiciones autonómicas para el acceso a diferentes plazas de cuerpos y escalas de la policía local, a la luz de la normativa básica reguladora de la promoción interna (arts. 22.1 y 25 de la citada Ley 30/1984, 92 LBRL y 3.2 y 18.2 LEEP).

Todas ellas, a partir del análisis del régimen jurídico de los funcionarios de policía local que figura recogido en la STC 175/2011, FFJJ 4 y 5, a los que procede remitirse, han puesto de relieve que, con carácter general, la titulación se erige en requisito esencial de la promoción interna, elemento este del régimen estatutario de los funcionarios públicos que conduce al título competencial del art. 149.1.18 CE. En consecuencia, la normativa que “establece una dispensa de un requisito de

titulación en materia de promoción interna de funcionarios públicos, en este caso de la Administración local, que únicamente corresponde regular al Estado” vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, por entrar “en contradicción con las normas básicas de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, incidiendo, por consiguiente, en un ámbito competencial reservado al Estado por el art. 149.1.18 CE” (FJ 8). No ofrece pues duda alguna la competencia del Estado, ex art. 149.1.18 CE, para establecer los requisitos de titulación en materia de promoción interna, competencia que comprende asimismo la determinación de los supuestos de dispensa de titulación, como excepción a la regla general.

Hemos de determinar, prosiguiendo con la segunda de las condiciones propias del examen de constitucionalidad mediata, si los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria autonómica segunda de la Ley de Aragón 8/2013 entran en contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa con la norma básica específica contenida en la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984, disposición que no ha sido derogada por la Ley del estatuto básico del empleado público, y que precisamente instituye una dispensa de titulación para el acceso a cuerpos o escalas del grupo C (ahora subgrupo C1) desde cuerpos o escalas del grupo D (ahora subgrupo C2) del área de actividad o funcional correspondiente, a través de la promoción interna.

Al exigir en todo caso la titulación correspondiente para la integración de los auxiliares en la categoría de policía, no cabe conciliar lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria cuestionada con la norma básica, toda vez que la primera es taxativa al disponer que los auxiliares de policía sin titulación quedan en situación de “a extinguir”, sin contemplar la posibilidad de promoción interna, siempre que cumplan las condiciones establecidas por la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 30/1984 (antigüedad y formación y superación de un proceso selectivo consistente en un concurso-oposición). Los funcionarios afectados ven así cercenado su derecho a la progresión en la carrera profesional y a la promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, reconocido por el art. 14 c) LEEP.

De ello resulta que los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda de la Ley 8/2013 de Aragón son inconstitucionales y nulos por vulnerar la competencia estatal para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ex art. 149.1.18 CE.

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015, de 9 de julio, sobre autonomía de los entes locales en materia de urbanismo en la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para la vivienda protegida.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 12, 13, 23.4, 24.11, 28.1, 28.9, 28.11 y 28.13 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para la vivienda protegida, por violación de los artículos 9.3, 33, 137, 140, 141 y 149.1.18.^a de la Constitución española.

Ponente: don Andrés Ollero Tassara.

Extracto de doctrina

[...]

6. *Las impugnaciones restantes se dirigen contra preceptos de la Ley 13/2005 que modifican la Ley de ordenación urbanística de Andalucía para atribuir mayores competencias urbanísticas a la Junta de Andalucía y regular técnicas de control autonómico de la actividad local. Corresponde, en consecuencia, tomar en consideración la doctrina constitucional relativa a las competencias locales, por un lado, y al control autonómico de su ejercicio, por otro; doctrina que pasamos a exponer a continuación.*

a) *En cuanto a las competencias, la Constitución no precisa las que corresponden a los entes locales (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3). No obstante, el art. 137 CE delimita en alguna medida el ámbito de los diversos “poderes autónomos” al circunscribirlo a la “gestión de sus respectivos intereses”, lo que “exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo” (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). El legislador básico estatal ha establecido criterios generales (arts. 2.1, 25.2, 26 y 36 LBRL) sin descender a la fijación detallada de las competencias locales (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 3). Consecuentemente, en ámbitos de competencia autonómica, corresponde a las comunidades autónomas especificar las atribuciones de los entes locales ajustándose a esos criterios y ponderando en todo caso el alcance o intensidad de los intereses locales y supralocales implicados [SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 b); 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39; 159/2001, de 5 de julio, FJ 12, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9]. Ello implica que, en relación con los*

asuntos de competencia autonómica que atañen a los entes locales, la Comunidad Autónoma puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones, pero debe asegurar en todo caso el “derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración” (STC 32/1981, FJ 4). Se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local “en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias” (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, FJ 9, entre muchas; en el mismo sentido, últimamente, SSTC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 6, y 92/2015, de 14 de mayo, FJ 4).

Esta doctrina, “muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985” (SSTC 159/2001, FJ 4, y 240/2006, FJ 8), se ha proyectado específicamente sobre el urbanismo. El legislador autonómico está legitimado “para regular de diversas maneras la actividad urbanística, y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina)” (STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 4). Ahora bien, las comunidades autónomas no pueden perder de vista que el urbanismo es un ámbito de interés municipal preferente, tal como refleja el art. 25.2 LBRL; “no es necesario argumentar particularmente que, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo” (SSTC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39; 159/2001, de 5 de julio, FJ 4; 204/2002, de 31 de octubre, FJ 13, y 104/2013, de 25 de abril, FJ 6). De modo que, por imperativo de la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.2 CE), las comunidades autónomas, a la hora de configurar las competencias locales, deben graduar “la intensidad de la participación del municipio” “en función de la relación entre intereses locales y supralocales”. Así lo indicó la STC 51/2004, FJ 12, para declarar la inconstitucionalidad de una previsión autonómica que atribuía la competencia de iniciativa de la modificación del planeamiento de forma concurrente al municipio y a la Comisión de Urbanismo de Barcelona en el supuesto de que “la modificación del Plan afect[e] a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal”: “Si la graduación de la intensidad de la participación del municipio ha de llevarse a cabo en función de la relación entre intereses locales y supralocales, es claro que, cuando únicamente aparecen aquellos y no estos, es necesario concluir que la competencia atribuida en el

segundo inciso del precepto cuestionado a la Comisión de Urbanismo de Barcelona vulnera la autonomía municipal garantizada por los arts. 137 y 140 CE". Del mismo modo, la STC 57/2015, FJ 17 a), ha declarado la inconstitucionalidad de una previsión autonómica que negaba "todo margen de opción al municipio" al establecer que el planeamiento "dirigirá los crecimientos urbanísticos hacia las zonas con pendientes más suaves"; "no cabe vislumbrar en este precepto presencia alguna de intereses supramunicipales que justifiquen una determinación urbanística que se impone al ayuntamiento por encima de cualquier consideración sobre las características físicas del terreno objeto de su actuación".

b) En cuanto a los controles sobre la actividad local, hay que distinguir los límites directamente derivados de la Constitución de los añadidos por el legislador básico del régimen local al amparo del art. 149.1.18 CE.

La STC 4/1981 se ha referido a los primeros al perfilar el significado de la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.2 CE) con relación a los controles que incluían varias leyes estatales, especialmente el texto articulado y refundido de las leyes de bases de régimen local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955. Según razona su fundamento jurídico 3, los controles administrativos sobre la actividad local deben estar previstos en normas legales; ser concretos y precisos, no "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"; y tener por objeto actos en los que incidan intereses supralocales, velando por la legalidad de la actuación local; el control de oportunidad de las decisiones correspondientes a la gestión de los intereses locales es incompatible con la autonomía local, salvo que concurra una justificación constitucional, de otro modo la toma de decisión vendría a compartirse con una Administración no directamente relacionada con los intereses locales involucrados. En esta línea, la posterior STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 6, aclaró que la suspensión de actos locales como método de control administrativo es constitucionalmente admisible respecto de los que vulneren competencias de otra Administración; no cabe si responde a la defensa genérica de la legalidad en el ámbito estricto de las competencias locales.

Respecto de los límites del segundo tipo, hay que tomar en consideración las bases del régimen local. Conforme a ellas, las Administraciones estatal o autonómicas pueden exigir judicialmente la suspensión y la anulación del acto local que vulnere el ordenamiento jurídico (art. 65

LBRL), menoscabe sus competencias, interfiera en su ejercicio o exceda de la competencia de dicho ente (art. 66 LBRL). Hay también controles propiamente administrativos: la suspensión acordada por el delegado del Gobierno, previo requerimiento infructuoso al ente local, de actos que atenten gravemente contra el interés general de España, seguida de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 67 LBRL); la sustitución del ente local por parte de la Administración estatal o autonómica por incumplimiento que afecte gravemente a las competencias estatales o autonómicas de las obligaciones legalmente impuestas que cuenten con cobertura económica garantizada (art. 60 LBRL); y la disolución de los órganos de la corporación local, acordada por el Consejo de Ministros a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o a solicitud de este y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, en el supuesto de que la gestión de dichos órganos sea gravemente dañosa para los intereses generales y suponga un incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (art. 61 LBRL).

El legislador autonómico debe respetar la Ley reguladora de las bases de régimen local y, por tanto, el modelo de control de la actividad local que esta ha establecido en cuanto expresión de autonomía local legalmente garantizada. Como consecuencia de ello, este Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de previsiones autonómicas en materia de urbanismo que permitían que la Administración de la Comunidad Autónoma suspendiese acuerdos locales o ejerciese competencias municipales por sustitución sin ajustarse a aquellas previsiones básicas.

Respecto de la suspensión, el Tribunal ha entendido que, conforme a los arts. 65 y 66 LBRL, “solo es potestad de los tribunales” de modo que ha quedado “suprimida toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al delegado de Gobierno en el art. 67)” (SSTC 213/1988, de 11 de noviembre, FFJJ 2 y 3, y 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2). Ciertamente, si el legislador autonómico atribuye a la Administración de la Comunidad Autónoma el poder de suspender licencias manifiestamente ilegales libradas por ayuntamientos, está con ello tratando de proteger un indudable interés general ante “el hecho, de común experiencia, de que quienes se ven amenazados en el disfrute de una licencia ilegal aceleran las obras y redoblan el ritmo de sus trabajos, intentando convertir las infracciones en hechos consumados”. Sin embargo, debe entenderse que tal previsión autonómica es inconstitucional porque las normas de la LBRL “deben servir como punto de referencia para enjuiciar la constitucionalidad de

la Ley” sin que corresponda “pronunciarnos sobre si la suspensión administrativa que establece el precepto cuestionado protege los intereses públicos a los que sirve la ordenación urbanística con un grado mayor de efectividad que el régimen establecido por la L.B.R.L” (STC 46/1992, de 2 de abril, FFJJ 2 y 3).

En cuanto a los controles por sustitución, el legislador autonómico puede regularlos respetando los “elementos relevantes” del régimen establecido en el art. 60 LBRL en cuanto reflejo de “las exigencias del canon de constitucionalidad” de modo tal que no cabe “un mayor o más intenso control por parte de la Administración autonómica y una correlativa merma de la autonomía local”. Así lo afirmó la STC 159/2001, de 5 de julio, al enjuiciar un precepto autonómico que autorizaba a un gerente de la Comunidad Autónoma de Cataluña o a una comisión especial de la comisión de urbanismo a ejercer las necesarias atribuciones de la Corporación municipal ante el incumplimiento grave de las obligaciones derivadas de la ley o del planeamiento urbanístico o actuaciones con notoria negligencia en general. Consideró que correspondía contrastar cada uno de los extremos de la norma autonómica sectorial impugnada con el art. 60 LBRL. Concluyó que “el precepto cuestionado resulta más limitativo de la capacidad decisoria de los entes locales, toda vez que no exige expresamente que el incumplimiento afecte a competencias de otras Administraciones, que omite el requerimiento previo y que prevé un supuesto de hecho (la negligencia) distinto y adicional”. Por tal razón, la “norma altera así el sistema establecido en el canon de constitucionalidad aplicable” (FJ 7).

Este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que la señalada inconstitucionalidad mediata no se produce en dos circunstancias: cuando la regulación autonómica controvertida prevé un control sin contradecir verdaderamente los arts. 60, 61, 65 y 66 LBRL o cuando no establece propiamente un control administrativo de la actividad local. La STC 11/1999, de 11 de febrero, ha desarrollado el primer criterio al enjuiciar la previsión que habilitaba a una Consejería autonómica para, previo requerimiento al alcalde de la Corporación, ordenar la paralización de actos de edificación y uso del suelo realizados sin licencia o incursos en nulidad de pleno derecho, así como para ejercer las competencias municipales sobre tal actuación. La Sentencia consideró que la paralización y ejecución sustitutoria de actos locales incursos en nulidad de pleno derecho contradecía los arts. 65 y 66 LBRL; conforme a estos preceptos la apreciación de la ilegalidad de aquellos actos locales solo puede corresponder a los tribunales (FJ 4). Sin embargo, declaró la no

inconstitucionalidad de la previsión de “sustitución cuando los actos de edificación y uso del suelo se realicen sin licencia”; se ajusta al art. 60 LBRL. Según se afirma, la sustitución indicada resulta constitucionalmente viable, pues “no se está en presencia de un juicio o control de legalidad, sino de un acto de mera comprobación” (FJ 5). El art. 60 LBRL permite al Estado o la Comunidad Autónoma sustituir al ente local a partir, no de “un elemento de valoración jurídica”, sino de “datos susceptibles de mera comprobación”, en particular, el incumplimiento de obligaciones impuestas a los entes locales con cobertura económica garantizada. Consecuentemente, la norma básica daba cobertura en este caso a la señalada previsión autonómica de un control administrativo de sustitución.

En cuanto al segundo criterio, este Tribunal ha declarado la no inconstitucionalidad de la previsión que autoriza a un Gobierno autonómico para, decidida la iniciación de la formación de un plan especial de naturaleza ambiental, decretar la suspensión cautelar de los actos de uso del suelo y de la edificación, aun cuando estuvieran amparados por licencia o autorización. La suspensión cautelar prevista no debe sujetarse al régimen básico de controles de la actividad local por no tratarse de una verdadera técnica de control administrativo de la legalidad de los acuerdos locales. Su fundamento “no es la defensa de la legalidad”, sino evitar el riesgo de que las obras y aprovechamiento que se lleven a cabo durante el tiempo empleado en tramitar y aprobar definitivamente la disposición protectora “generen o consoliden situaciones que, aunque conformes con la ordenación aún vigente, sean contradictorias con las disposiciones y las limitaciones que se vayan a aprobar para proteger el espacio natural” (STC 148/1991, FFJJ 5 y 6; en el mismo sentido, STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 7). Del mismo modo, la STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 12, ha declarado la no inconstitucionalidad de la atribución a la Administración autonómica, en lugar de a los ayuntamientos, de la competencia de aprobación definitiva del planeamiento derivado (planes parciales y planes especiales de desarrollo del plan general de ordenación urbana). La Sentencia parte de que tal aprobación no constituye estrictamente un control administrativo, por lo que debe examinarse solo a la luz de la garantía constitucional de la autonomía local.

7. Descrita la doctrina constitucional sobre las competencias de los entes locales y el control autonómico de su ejercicio, corresponde proyectarla sobre las impugnaciones realizadas por los diputados recurrentes. A tal efecto no seguiremos el orden con el que las formula la demanda, sino el que aconseja la claridad expositiva.

a) Se impugnan conjuntamente los apartados 11 y 13 del art. 28 de la Ley andaluza 13/2005, que modifican los arts. 188.1 y 195.1, respectivamente, de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía.

El art. 188 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, sobre “competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de protección de la ordenación urbanística”, establece en su apartado primero:

“En las actuaciones llevadas a cabo sin licencia u orden de ejecución, la Consejería con competencias en materia de urbanismo, transcurridos diez días desde la formulación del requerimiento al alcalde para que adopte el pertinente acuerdo municipal sin que se haya procedido a la efectiva suspensión de dichas actuaciones, podrá adoptar las medidas cautelares de suspensión previstas en el artículo 181.1 cuando los actos o los usos correspondientes:

- a) Supongan una actividad de ejecución realizada sin el instrumento de planeamiento preciso para su legitimación.*
- b) Tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.*
- c) Comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones previstas en el artículo 185.2.B) de esta Ley”.*

El art. 195 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, sobre “competencia para iniciar, instruir y resolver” los procedimientos sancionadores por las infracciones urbanísticas reguladas en la Ley, dispone en su apartado primero:

“La competencia para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores corresponde:

- a) Al alcalde del correspondiente municipio o al concejal en quien delegue.*
- b) A la Consejería competente en materia de urbanismo cuando el acto o uso origen del expediente sea de los contemplados en los párrafos a), b) o c) del artículo 188.1 de esta Ley, previo requerimiento al alcalde para que en el plazo máximo de quince días inicie el correspondiente procedimiento sancionador, sin que dicho requerimiento hubiera sido atendido, o, directamente, cuando la citada Consejería hubiese adoptado la medida cautelar de suspensión de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de esta Ley.*

El transcurso del citado plazo de quince días, sin ser atendido, dará lugar, además, a cuantas responsabilidades civiles, administrativas y penales se deriven legalmente.

Asimismo, le corresponderá la competencia cuando los actos constitutivos de la infracción se realicen al amparo de licencia o, en su

caso, en virtud de orden de ejecución, que hayan sido anuladas a instancia de la Administración autonómica”.

La impugnación no alcanza al art. 195.1 a), que atribuye al alcalde la competencia para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores. Tampoco al último párrafo del art. 195.1 b), que configura como competencia propia de la Administración autonómica la iniciación y resolución de determinados procedimientos sancionadores. La demanda discute solo el art. 188.1 y los dos primeros párrafos del art. 195.1 b) por permitir que la Administración autonómica ejerza competencias municipales en sustitución del Ayuntamiento sin ajustarse al art. 60 LBRL. Considera que conforme a este artículo el tiempo del que debe disponer el ente local para responder al requerimiento formulado por la Comunidad Autónoma nunca puede ser inferior a un mes. Al establecer plazos de diez y quince días, respectivamente, los preceptos impugnados estarían “dificultando enormemente, y casi impidiendo, las posibilidades de intervención del municipio, y facilitando que se llegue a la subrogación de la Comunidad Autónoma en la legítima posición municipal”.

Los preceptos controvertidos, en la medida en que regulan un control por sustitución, deben, en efecto, contrastarse con el art. 60 LBRL. Este artículo asegura al ente local un plazo mensual a partir del requerimiento para ejercer autónomamente sus competencias. El indicado plazo constituye un “elemento relevante” por reflejar una exigencia de autonomía local que el legislador autonómico no está autorizado a rebajar (STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 7); la regulación autonómica que lo redujera estaría con ello rebajando el margen de que disponen los entes locales para ejercer sus competencias con limitación consecuente del estándar de autonomía local que ha querido garantizar el legislador básico estatal. En el presente caso, los preceptos impugnados, al establecer plazos menores, alteran el nivel de autonomía local que asegura el art. 60 LBRL y, con ello, invaden la competencia estatal en materia de bases del régimen local (art. 149.1.18 CE).

No cabe duda de que a través de estos breves plazos el legislador andaluz ha pretendido impulsar una intervención administrativa pronta y eficaz que evite los hechos consumados, lo que es relevante en el terreno de la legalidad urbanística, tal como ha razonado la letrada de la Junta de Andalucía. Sin embargo, este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de aclarar que no le corresponde pronunciarse sobre si regulaciones de este tipo protegen los intereses públicos con más efectividad que el régimen de controles de la Ley reguladora de las bases de régimen local (STC 46/1992, de 2 de abril, FFJJ 2 y 3). Le corresponde solo contras-

tar tales regulaciones con los elementos relevantes de la Ley reguladora de las bases de régimen local declarando la inconstitucionalidad de las primeras si hay efectiva contradicción con los segundos, como ocurre en el presente caso.

Conviene, en fin, realizar otra precisión, que será relevante al afrontar la impugnación siguiente. Conforme al art. 60 LBRL, el incumplimiento que autoriza a la Administración autonómica a ejercer tareas encomendadas a los entes locales debe afectar “al ejercicio de competencias” “de la Comunidad Autónoma”. El art. 188.1 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía no se ajusta enteramente a esta exigencia al vincular el ejercicio sustitutivo de las competencias locales a otros criterios [letras a), b) y c)], que atienden al nivel de gravedad de la infracción urbanística. No puede afirmarse que el criterio de la gravedad se ajuste al de la afectación competencial, que es el que impone la legislación básica.

A este respecto, corresponde insistir en que las comunidades autónomas pueden aplicar directamente el régimen de controles que ha establecido agotadoramente la legislación básica estatal y, si regulan el ejercicio autonómico por sustitución de competencias locales, pueden solo concretar el previsto en esa legislación básica, pero ajustándose fielmente a sus “elementos relevantes”. Ciertamente, no puede excluirse en abstracto que las competencias autonómicas puedan llegar a resultar afectadas en supuestos tipificados por la Ley controvertida ni, en consecuencia, que la Administración de la Junta de Andalucía pueda llegar a estar habilitada para tutelar intereses supramunicipales ejerciendo el control regulado en el art. 60 LBRL. Ahora bien, el legislador andaluz se ha separado de un elemento relevante de esta determinación básica al delimitar los presupuestos habilitantes de la intervención autonómica sustitutiva a partir de un criterio diferente al de la afectación competencial, por más que en casos concretos pudiera llegar a aceptarse el ejercicio autonómico de la potestad de control ex art. 60 LBRL. De modo que también por esta razón el art. 188.1 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía incurre en inconstitucionalidad; declaración que también ha de extenderse al art. 195.1 b) de la misma Ley en la medida en que dicho precepto, en conexión con el anterior, atribuye a la Consejería competente en materia de urbanismo la iniciación y resolución de los expedientes sancionadores cuando el acto o uso del expediente sea alguno de los contemplados en los tres párrafos del art. 188.1, que hemos declarado inconstitucional.

Consecuentemente, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 188.1 y 195.1 b), párrafos primero y segundo, de la Ley de

ordenación urbanística de Andalucía en la redacción dada por los apartados 11 y 13, respectivamente, del art. 28 de la Ley andaluza 13/2005.

b) Se impugna el art. 28.9 de la Ley andaluza 13/2005, que añade un nuevo apartado 5 al art. 183 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, que dispone:

“El Ayuntamiento o la Consejería con competencias en materia de urbanismo, en su caso, sin perjuicio de la correspondiente medida de suspensión acordada, dispondrá la inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, previa audiencia del interesado, en el plazo máximo de un mes”.

La demanda razona que el apartado transcrito instituye un nuevo control de legalidad contrario a la garantía constitucional de la autonomía local por permitir, sin necesidad de requerimiento previo, que la Comunidad Autónoma suplante a la entidad local en supuestos de mero interés local. El precepto se refiere a una concreta facultad de restablecimiento del orden jurídico perturbado (demolición de construcciones manifiestamente ilegales) que corresponde tanto a los ayuntamientos como a la Administración autonómica. Las facultades autonómicas de restauración de la legalidad urbanística están reguladas más ampliamente en el art. 188 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, relativo, precisamente, a las “competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de protección urbanística”. Tal precepto establece el procedimiento a seguir por aquella Consejería para reaccionar ante construcciones realizadas sin licencia u orden de ejecución en los supuestos descritos en las letras a), b) y c) del art. 188.1. Las intervenciones de la indicada Consejería consisten en la adopción, por un lado, de “medidas cautelares de suspensión” (art. 188.1 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía) y, por otro, de “medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada” (art. 188.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía). Las medidas cautelares son las que la Consejería puede establecer “transcurridos diez días desde la formulación del requerimiento al alcalde para que adopte el pertinente acuerdo municipal sin que se haya procedido a la efectiva suspensión de dichas actuaciones”. Se trata de la previsión que hemos declarado inconstitucional y nula en la letra A) de este fundamento jurídico. El art. 188.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía regula las otras medidas del modo siguiente:

“Cuando se lleve a cabo alguno de los actos o usos previstos en el apartado 1, la Consejería con competencias en materia de ur-

banismo, transcurrido sin efecto un mes desde la formulación de requerimiento al alcalde para la adopción del pertinente acuerdo municipal, podrá adoptar las medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada. Todo ello sin perjuicio de la competencia municipal para la legalización, mediante licencia, de los actos y usos, cuando proceda”.

Conforme a este precepto, la Consejería puede acordar “las medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada” “transcurrido sin efecto un mes desde la formulación de requerimiento al alcalde para la adopción del pertinente acuerdo municipal”. Como destaca la letrada del Parlamento de Andalucía, fluye con naturalidad la interpretación de que una de estas medidas es la descrita en la disposición impugnada: la “inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística” que “en su caso” corresponde a la Consejería conforme al precepto recurrido (art. 183.5 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía) constituye así una de las medidas que este órgano autonómico puede acordar ajustándose al procedimiento regulado en el art. 188.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía.

Consecuentemente, el art. 183.5, leído en conexión con el art. 188.3, establece un control administrativo de la actividad local que permite a la Consejería acordar por sí la demolición en los supuestos de las letras a), b) y c) del art. 188.1 si en el plazo de un mes el alcalde no atiende el requerimiento previo “para la adopción del pertinente acuerdo municipal” (art. 188.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía). Corresponde, pues, contrastar este control administrativo con el art. 60 LBRL y verificar si el primero se ajusta a los elementos relevantes que regula el segundo.

En la letra a) del este fundamento jurídico hemos declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 188.1 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía razonando que no asegura que la adopción por parte de la Administración autonómica de medidas cautelares de suspensión en sustitución del Ayuntamiento se produzca ante la afectación de las competencias autonómicas, que es lo que exige el art. 60 LBRL; el criterio de la gravedad que traslucen sus letras a), b) y c) no se corresponde con el de la afectación de las competencias autonómicas que recoge el art. 60 LBRL. Ello es relevante ahora porque la previsión que estamos examinando (art. 183.5 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía), leída en conexión con el art. 188.3 de la misma Ley, se apoya en el art. 188.1 para delimitar los supuestos en que la Administración autonómica

puede ordenar por sí la demolición previo requerimiento infructuoso al alcalde. De modo que la Ley de ordenación urbanística de Andalucía se ha separado del criterio de la afectación de las competencias autonómicas que impone el art. 60 LBRL también cuando regula la adopción por sustitución de las “medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada” (art. 188.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía), en general, y la “demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística” (art. 183.5 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía), en particular.

Consecuentemente, corresponde declarar que el inciso “o la Consejería con competencias en materia de urbanismo, en su caso” del art. 183.5 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, en la redacción dada por el art. 28.9 de la Ley andaluza 13/2005, es inconstitucional y nulo. Tal declaración debe extenderse por conexión o consecuencia [art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] al art. 188.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía; esta es la norma que regula las condiciones en que la Consejería puede acordar la demolición prevista en el art. 183.5 de la citada Ley y, por tanto, la que determina su inconstitucionalidad al permitir las medidas sustitutivas de reparación de la realidad física alterada sin ajustarse al art. 60 LBRL.

Declarada la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 3 del art. 188 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, corresponde examinar si procede hacer extensible esta declaración a los apartados restantes. El apartado 2 dispone: “La Administración que haya adoptado la medida cautelar prevista en el apartado anterior lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la otra Administración, que deberá abstenerse de ejercer dicha competencia”. El apartado 4 establece: “El transcurso de los plazos citados en los apartados 1 y 3, sin que sea atendido el correspondiente requerimiento, dará lugar, además, a cuantas responsabilidades civiles, administrativas y penales se deriven legalmente”. Ambas previsiones complementan la regulación establecida en los apartados 1 y 3, que hemos declarado inconstitucionales y nulos, por lo que a ellas debe extenderse también esta declaración.

c) Se impugna el art. 28.1 de la Ley andaluza 13/2005, que añade un apartado 4 al art. 31 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, que dispone:

“En los casos de grave incumplimiento por los municipios en el ejercicio de competencias urbanísticas que impliquen una manifiesta afectación a la ordenación del territorio y urbanismo competen-

cia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Consejo de Gobierno, con audiencia al municipio afectado, dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía y previo informe favorable del Parlamento de Andalucía, podrá atribuir a la Consejería competente en estas materias el ejercicio de la potestad de planeamiento que corresponde a los municipios conforme al apartado 1 de este artículo.

El Acuerdo del Consejo de Gobierno delimitará el ejercicio de dicha potestad necesario para restablecer y garantizar las competencias afectadas, las condiciones para llevarlo a cabo, con la intervención del municipio en los procedimientos que se tramiten en la forma que se prevea en el mismo Acuerdo, y el plazo de atribución, que en ningún caso será superior a cinco años desde su adopción. Dicho Acuerdo se pronunciará sobre la suspensión de la facultad de los municipios de firmar convenios de planeamiento a los que se refiere el artículo 30 de la presente Ley, atribuyendo la misma a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo”.

Según la demanda, el precepto contradice el art. 60 LBRL, que no permite una sustitución general en materia de planteamiento urbanístico. A su vez, el art. 60 LBRL condicionaría la potestad de sustitución al incumplimiento de obligaciones legalmente impuestas, mientras que el precepto autonómico partiría de “una subjetiva apreciación sobre el ejercicio de las competencias urbanísticas para comprobar y considerar si se está afectando negativamente a los valores que debe proteger la ordenación del territorio y el urbanismo tal y como lo entiende la Comunidad Autónoma”. Se subraya también que, a diferencia del art. 60 LBRL, el precepto impugnado no contempla plazo alguno de requerimiento al municipio y se califica de deslegalización no aceptable la parte del precepto que remite al acuerdo del Consejo de Gobierno en lo relativo a las condiciones de ejercicio de la potestad señalada. Se trata, según el recurso, de “mecanismos de control y tutela que no están previstos en el bloque de la constitucionalidad”.

El legislador andaluz ha ponderado los intereses locales al autorizar la sustitución solo en presencia de exigentes presupuestos de carácter tanto sustantivo (gravedad del incumplimiento y manifiesta afectación de la ordenación del territorio y urbanismo de la Comunidad de Andalucía) como formal (informe favorable del Parlamento andaluz, dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, acuerdo del Consejo de Gobierno), entre ellos, la “audiencia al municipio afectado”. La cuestión es si los ha ponderado suficientemente o, más precisamente, si para proteger

intereses supramunicipales ha articulado una intervención autonómica excesiva o manifiestamente desproporcionada.

El precepto no exige el previo requerimiento al municipio incumplidor, sin que pueda entenderse implícito en la “audiencia al municipio afectado”, como pretende la letrada del Parlamento andaluz. Tal audiencia permitirá al municipio alegar sobre la legalidad, conveniencia y términos de la sustitución, pero el modo en que está regulada no asegura que sirva para poner en manos del Ayuntamiento la evitación de la intervención mediante el cumplimiento autónomo de las obligaciones asociadas a sus competencias urbanísticas. Hay que notar que el requerimiento es un presupuesto necesario de todo control administrativo por sustitución que arraiga directamente en la garantía constitucional de la autonomía local. No es constitucionalmente aceptable que la Administración autonómica ocupe ámbitos competenciales que el legislador ha atribuido ordinariamente al municipio para la tutela de los intereses de su comunidad territorial, si antes no le da la oportunidad de cumplir sus obligaciones en un plazo razonable y, por tanto, de corregir por sí las disfunciones verificadas. Dicho de otro modo: la ley debe definir suficientemente los presupuestos materiales y procedimentales del control y, en particular, las garantías que permitan al ente local evitar la subrogación mediante el cumplimiento autónomo de sus competencias.

A su vez, el precepto asocia el defectuoso ejercicio de cualesquiera “competencias urbanísticas” municipales con la posibilidad de que la Comunidad Autónoma ejecute una muy específica y relevante competencia urbanística municipal, el planeamiento urbanístico. De modo que la literalidad de la norma da a entender que la competencia local ejercitable por sustitución puede ser distinta de la que desplegó el municipio con incumplimiento grave. A su vez, la previsión impugnada entrega a la Comunidad Autónoma todo el planeamiento urbanístico, esto es, una competencia de interés local preferente y en cuyo ejercicio ordinario por parte de los ayuntamientos ya están presentes los intereses supralocales a través de otras técnicas, singularmente trámites de informe preceptivo de la Comunidad o de aprobación autonómica definitiva (art. 33 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía). Lo hace, ciertamente, ante las circunstancias especiales antedichas en el marco de un procedimiento rodeado de cautelas y con previsión de una participación local, pero por un tiempo que puede llegar a los cinco años. Ello implica que, conforme a la disposición recurrida, la afectación de los intereses supramunicipales puede llegar a justificar el ejercicio sistemático y durante largo tiempo de una potestad fuertemente discrecional que encierra infinidad

de decisiones que atañen al municipio exclusiva o prevalentemente. No puede perderse de vista que la potestad relativa a “la configuración del asentamiento urbano municipal” como “marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos” es una “tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio” sobre la que “se proyectan” de “forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal”. Por eso “la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio” y “la intervención de otras Administraciones se justifica solo en la medida en que concurran intereses de carácter supramunicipal” (STC 51/2004, FJ 12).

Consecuentemente, el legislador andaluz ha previsto un control autonómico con tintes sancionadores que no ha ponderado suficientemente los intereses locales implicados en lo que hace tanto a la definición de los incumplimientos habilitantes y del procedimiento para acordar la sustitución como a la intensidad y alcance de las competencias ejercitables por parte de la Comunidad Autónoma. Téngase en cuenta que, conforme a la doctrina constitucional, la gestión gravemente dañosa de los intereses de la propia entidad local no es suficiente para que el legislador pueda autorizar a la Administración General del Estado la sustitución de la corporación en el ejercicio de sus competencias; sí, en cambio, la afectación grave de los intereses generales, si la sustitución “tiene una eficacia limitada temporalmente, de acuerdo con un criterio razonable” [STC 4/1981, FJ 10 d)].

Cumple, por tanto, apreciar que el art. 31.4 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía es contrario a la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). No se ajusta tampoco, como no podía ser de otro modo, al art. 60 LBRL por lo que invade también la competencia estatal en materia de bases de régimen local (art. 149.1.18 CE): la previsión impugnada, al igual que la enjuiciada en la STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 7, limita más que la señalada previsión básica la capacidad decisoria de los entes locales.

Corresponde, pues, declarar que el art. 31.4 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, en la redacción dada por el art. 28.1 de la Ley 13/2005, del Parlamento de Andalucía, es inconstitucional y nulo.

d) Los diputados recurrentes impugnan el art. 23.4 de la Ley andaluza 13/2005, que añade una nueva letra c) al art. 18.3 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía:

“En las áreas o sectores que contengan reservas de terrenos para viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pú-

blica, el Plan General de Ordenación Urbanística o, en su defecto, el instrumento de planeamiento que contenga la ordenación detallada especificará los plazos para el inicio y terminación de estas viviendas, plazos que deberán contar con informe favorable de la Consejería competente en materia de vivienda, que lo ha de emitir en un mes, transcurrido el cual se entenderá aprobado el plazo que contenga el instrumento de planeamiento”.

La impugnación se contrae a la exigencia del informe favorable de la Consejería competente en materia de vivienda en relación con la fijación de los plazos para la iniciación y terminación de viviendas de protección oficial dentro del plan general o el instrumento que contenga la ordenación detallada. Ello debilitaría excesivamente la autonomía local en un ámbito de clara vocación localista, convirtiendo en accesoria la intervención municipal sin que el Ayuntamiento sea reconocible como instancia autónoma e individualizada de toma de decisiones. El legislador autonómico habría desconocido normas estatales básicas, como los arts. 25.2 d) y 62 LBRL, que conciben el urbanismo como competencia propia municipal y aseguran la participación local en ámbitos en que resulta difícil o inconveniente la asignación diferenciada de facultades. Corresponde apreciar en primer término que el informe vinculante previsto en el precepto impugnado no es una técnica de control sometida al régimen establecido en los arts. 60, 61, 65 y 66 LBRL. Se está ante un mecanismo destinado a lograr la “acomodación o integración entre dos competencias concurrentes” [SSTC 103/1989, de 8 de junio, FJ 7 a); 40/1998, de 19 de febrero, FJ 38], en este caso, la tutela de los intereses supralocales en materia de vivienda y urbanismo, que corresponde a la Comunidad Autónoma (art. 56 EAAnd), y la gestión de los intereses estrictamente municipales, que corresponde, en principio, a los ayuntamientos [arts. 137 y 140 CE; art. 25.2 d) LBRL; art. 92.2 b) EAAnd]. Por tanto, la previsión impugnada debe examinarse a la luz de la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) de modo tal que deberá comprobarse si la intensidad de la intervención autonómica resulta desproporcionada a la luz de la intensidad de los intereses locales y supralocales implicados (STC 51/2004, FJ 12). Así lo hemos declarado recientemente en la STC 57/2015, FJ 16 b), en relación con un informe vinculante de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cantabria en el procedimiento de autorización de construcciones en suelo no urbanizable. Concluimos que la previsión indicada no es inconstitucional en la medida en que atiende a aspectos que trascienden “la esfera de lo

municipal” y “deja incólumes las potestades municipales” para el otorgamiento o denegación de la licencia o autorización “en función de criterios estrictamente urbanísticos” [en el mismo sentido, STC 92/2015, FJ 7 b)].

No puede dudarse de que concurren fuertes intereses supramunicipales en materia de vivienda. Justamente para atenderlos el art. 56.1 a) EAAnd atribuye competencias a la Comunidad Autónoma de Andalucía en ese ámbito de modo que pueda definir “y llevar a cabo una política de vivienda propia” [SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 4; 59/1995, de 17 de mayo, FJ 3; 139/2013, de 8 de julio, FJ 3; 141/2014, FJ 8 b)]. Las políticas de vivienda tratan de facilitar el acceso a una vivienda digna a personas necesitadas, que es un objetivo constitucional primordial (arts. 9.2 y 47 CE) que guarda relación con la protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE) así como con la construcción como factor de desarrollo económico y generador de empleo (art. 40.1 CE). Tan es así, que la doctrina constitucional ha entendido amparadas en el art. 149.1.13 CE (“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”) determinadas intervenciones estatales en este ámbito (SSTC 152/1988, FJ 4; 112/2013, de 9 de mayo, FJ 3, y 139/2013, FJ 3). En relación con el planeamiento, al examinar una previsión autonómica que obliga a destinar a uso residencial de vivienda sujeta a algún régimen de protección especial un determinado porcentaje de suelo urbanizable, la STC 57/2015, FJ 17 b) ha declarado específicamente que “es evidente la imbricación de los intereses municipales –concretados en la potestad de planeamiento urbanístico del territorio– y supramunicipales –aquí, los relativos a la política de vivienda–, que justifica y aun exige la instrumentación de técnicas que aseguren la satisfacción de las necesidades de vivienda de los sectores sociales más desfavorecidos”.

La determinación de los plazos de inicio y terminación de las viviendas protegidas, en especial, afecta a intereses que exceden del ámbito estrictamente local; de su cumplimiento depende en parte la realización práctica de las políticas propias que adopta la Comunidad Autónoma. A su vez, la previsión impugnada incide limitadamente sobre las competencias urbanísticas municipales; afecta a un aspecto muy concreto con el fin de proteger intereses supramunicipales. No hay, por tanto, vulneración de la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE).

Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 18.3 c) de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía en la redacción dada por el art. 23.4 de la Ley andaluza 13/2005.

e) Se impugna el art. 24.11 de la Ley andaluza 13/2005, en la parte que modifica el art. 74.2 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, que establece:

“En las delimitaciones de reserva de terrenos para el Patrimonio Autónomo de Suelo sobre suelo urbanizable sectorizado, o en suelo no urbanizable cuando se haya establecido con la finalidad expresada en el párrafo segundo del apartado anterior, la Consejería competente en materia de urbanismo, podrá establecerse como Administración actuante para la formulación, tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento, así como para la ejecución de los mismos”.

Según los diputados recurrentes, esta previsión autoriza una sustitución o subrogación orgánica general incompatible con la autonomía local y con las únicas fórmulas admisibles de intervención de esta especie, que serían solo las previstas en la Ley reguladora de las bases de régimen local. Desconocería que la ordenación urbanística del territorio municipal corresponde fundamentalmente al municipio y que solo la concurrencia de intereses de carácter supramunicipal puede justificar la intervención de otras Administraciones Públicas.

El precepto impugnado en modo alguno puede contrastarse con el control administrativo previsto en el art. 60 LBRL, como pretenden los diputados recurrentes. La protección del interés supralocal se ha realizado en este caso, no mediante la atribución de las indicadas potestades urbanísticas al ente local con previsión de un control autónomo, sino elevando esa competencia al nivel autónomo con reducción correlativa de la intensidad de la intervención municipal. Nuestro canon de enjuiciamiento ha de ser entonces de nuevo la garantía constitucional de la autonomía local, exclusivamente.

Tratándose de un ámbito que atañe claramente intereses municipales, contrasta la amplitud de la intervención autonómica prevista con la indefinición relativa de las finalidades de interés supralocal que pueden justificarla. Ahora bien, hay que notar que, conforme a la Ley controvertida, son más las finalidades que facultan a la Comunidad Autónoma para constituir el patrimonio autónomo del suelo, que incluye la creación de reservas de suelo para cualesquiera “actuaciones públicas” (art. 69.1), que las que la habilitan para formular, tramitar, aprobar y ejecutar los indicados instrumentos del planeamiento, que se refieren

solo a la reserva de terrenos establecida con el “expreso” objetivo de “contribuir a la protección o preservación de las características del suelo no urbanizable o de cumplir determinadas funciones estratégicas de ordenación o vertebración territorial” (art. 74.1). De modo que los intereses generales que justifican la constitución y gestión del patrimonio autonómico del suelo no autorizan por sí a la Comunidad Autónoma a erigirse en Administración actuante. Tal como señala la letrada de la Junta de Andalucía, puede interpretarse que la Administración autonómica solo podrá ejercer aquellas competencias urbanísticas para preservar intereses supramunicipales y, en particular, para garantizar que el patrimonio autonómico del suelo intervenga en el mercado del suelo y la vivienda y preserve las características del suelo no urbanizable, señaladamente las medioambientales.

Ahora bien, tratándose de un ámbito de inequívoco interés local, resulta inexcusable la apertura de canales de participación municipal y que esta tenga una intensidad tendencialmente correlativa al grado de afectación de aquel interés local, tanto en la formulación, tramitación y aprobación de los instrumentos de planteamiento como en su ejecución. A este respecto, hay que destacar, tal como pone de relieve la letrada del Parlamento de Andalucía, que la Administración autonómica está sometida al Plan General y, con ello, a las directrices y elementos que ha fijado previamente el municipio. Además, la Ley ha tomado en consideración los intereses locales al asegurar la participación municipal mediante la “audiencia a los municipios afectados” (art. 32.1 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía) en la elaboración de los instrumentos de planeamiento. Consecuentemente, la Ley de ordenación urbanística de Andalucía ha previsto mecanismos reveladores de una ponderación de intereses locales. La cuestión es si tal ponderación es suficiente o, más precisamente, si para proteger los indicados intereses supralocales ha articulado una intervención excesiva o manifiestamente desproporcionada.

A este respecto, cabe resolver en consonancia con la STC 51/2004, FJ 10 que “es evidente que la relevancia de esa participación dependerá en la práctica” de que la Comunidad Autónoma, al realizar “el juicio de ponderación en que esencialmente consiste la decisión sobre el planeamiento”, atribuya “a los intereses hechos valer” por las entidades locales, el peso y la importancia que “han de corresponder a dichos intereses”. El “control judicial de esa efectividad y relevancia de la intervención de las entidades locales no puede realizarse, como es lógico, en este juicio abstracto de constitucionalidad de la norma cuestionada”, pero sí “por la

vía de la concreta impugnación ante los órganos judiciales competentes de la decisión sobre el planeamiento urbanístico que se adopte”.

Consecuentemente, el precepto impugnado no es contrario a la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE), sin perjuicio de que la jurisdicción contencioso-administrativa podrá controlar las eventuales extralimitaciones en que incurra la Administración autonómica al ejercer las competencias urbanísticas atribuidas y, en particular, la concurrencia de intereses supralocales legitimantes, la efectiva apertura de canales de participación local durante todas las fases del planeamiento así como la asignación a la intervención local del peso correspondiente a los intereses municipales afectados. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo.

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: noviembre 2013



**QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €**

**QDL
Anual (3 números)
38 €**

**Anuario del
Gobierno Local
55 €**

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414
Fax: 913 103 499
Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

*Nombre: Profesión:
*Entidad: *CIF/NIF:
*Dirección: *Población: *Provincia: *C.P.:
Mail: *Teléfono: Fax:

Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: Sucursal: Localidad:

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

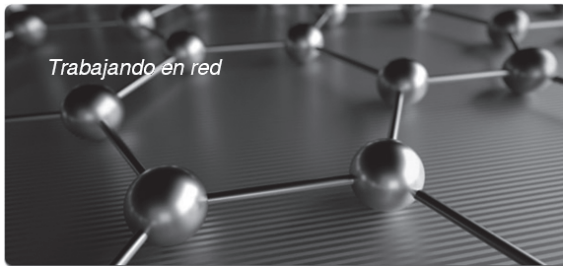
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Inicio La Fundación ▾ Boletín Actividades ▾ Fundación Digital ▾ Publicaciones ▾ Actualidad



Revista
La Revista Democracia y Gobierno Local, publicación divulgativa al servicio de los Gobiernos locales.

[ver más](#)



Fundación Digital
Consulte aquí todas las publicaciones de nuestra Fundación en formato electrónico.

[ver más](#)



Actividades
Consulte aquí todas las actividades de la Fundación (cursos, jornadas, debates-coloquio, desayunos...)

[ver más](#)

Actualidad



La reforma de las competencias de la Administración Local a debate
viernes, 28 de septiembre de 2012

En la Diputación de Málaga por expertos del Ministerio de Hacienda [ver más](#)



La Xarxa de Goverss Locals amplia el plazo para que los ayuntamientos digan cuáles son sus necesidades
viernes, 28 de septiembre de 2012

Prórroga para presentar solicitudes [ver más](#)



El Príncipe destaca en Cádiz el papel "fundamental" de los ayuntamientos
jueves, 27 de septiembre de 2012

"actores de primer orden" en la democracia [ver más](#)

[ver todas](#)

Suscríbete a nuestro RSS

La Fundación en Twitter

d Gobierno Local fundlocal

fundlocal La reforma de las competencias de la administración local, a debate en la... malaga.es/buscar/home.as... #reformagobiernolocal about 1 hour ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Los diputados provinciales renuncian a su paga extra de Navidad. elnortecastilla.es elnortecastilla.es/20120925/local... via @nortecastilla 2 days ago · reply · retweet · favorite

fundlocal Fundación Democracia y Gobierno Local gobiernolocal.org/actualidad/loc... 3 days ago · reply · retweet · favorite

Join the conversation

Últimas Publicaciones



El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1812)



Revista Democracia y Gobierno Local 16/17



Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico



Cuadernos de Derecho Local nº 29



El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales



La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias

Suscríbete a nuestro Boletín digital

QDL40SUMARIO

Estudios

- 12 El porvenir, a la luz de los condicionantes de la actual coyuntura, del escalón supramunicipal de la Administración local · LUCIANO PAREJO ALFONSO
- 37 Gobernar en minoría ayuntamientos fragmentados · CARMEN ALONSO HIGUERA
- 68 Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones · JULI PONCE SOLÉ
- 109 Comentarís a la Llei de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica (LSA). Una nova retallada a l'autonomia local · SERGI MONTESERIN HEREDIA
- ## Ponencias, crónicas y notas
- 138 Reflexiones sobre la responsabilidad profesional de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional · FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO
- 172 Las modificaciones de la Ley General Tributaria · PILAR GALINDO MORELL
- 201 La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración: jurisprudencia y doctrina · JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ
- 218 El control interno de la Ley de Haciendas Locales. Desarrollo de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local · ÁNGEL M. ÁLVAREZ CAPÓN
- 248 Las Administraciones Públicas ante el nuevo régimen de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro · PABLO PUYAL SANZ
- ## Jurisprudencia
- 282 Crónica de jurisprudencia (de 11 de junio de 2015 a 10 de febrero de 2016) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

