

# QDL42

Octubre de 2016 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local









# QDL42

Octubre de 2016 · Cuadernos de Derecho Local

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



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)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

## **Consejo Científico**

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

## **Consejo de Redacción**

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*  
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*  
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*  
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado 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*

# QDL42

## **Estudios, ponencias, crónicas o notas sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**

12

El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble  
MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO

40

La revisión de oficio en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)  
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

69

El concepto de interesado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas  
FEDERICO SUÁREZ CANCELO

92

**Otros estudios, ponencias, crónicas o notas**  
Intervención y disciplina urbanística en la Ley 2/2016, del Suelo de Galicia  
ALEJANDRO RAMÓN ANTELO MARTÍNEZ

125

La modificación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en particular, el nuevo recurso de casación (Un decálogo de cuestiones para comprender el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo)  
DIMITRY BERBEROFF AYUDA

147

Transparencia y gobierno abierto  
MIGUEL ÁNGEL BLANES CLIMENT

# Sumario

La libre concurrencia o igualdad de trato: su aplicación en la adjudicación de los contratos públicos JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO	169
Els acords polítics dels ens locals i el dret d'expressió EDUARD PARICIO RALLO	199
Las competencias de las diputaciones provinciales JAIME RODRÍGUEZ-ARANA	229
Las ofertas de empleo público y la precariedad de la función pública: la Directiva 1999/70/CE, frente a las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado ANTONIO SERRANO PASCUAL	263
El recurso de amparo: admisión, objeto y efectos FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS	296
<b>Jurisprudencia</b>	
La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de régimen local (reflexiones sobre el Gobierno local y la crisis económica) JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT	318
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de régimen local JUAN ANTONIO XIOL RÍOS	373



QDL42

**Estudios,  
ponencias,  
crónicas o  
notas sobre  
la Ley 39/2015,  
de 1 de octubre,  
del Procedimiento  
Administrativo  
Común de las  
Administraciones  
Públicas**

# El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO  
*Catedrática de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Jaén*

## 1. Introducción

## 2. Iniciación

- 2.1. Las formas de iniciación del procedimiento, con especial referencia a la denuncia
- 2.2. Información y actuaciones previas
- 2.3. Medidas provisionales
- 2.4. La deficiente regulación de la subsanación de las solicitudes
  - 2.4.1. Defectos subsanables y defectos no subsanables
  - 2.4.2. El deber de la Administración de requerir al interesado y de otorgar un plazo de subsanación. Consecuencias de su incumplimiento

## 3. Actos de instrucción

- 3.1. La práctica de la prueba
- 3.2. Los informes

## 4. La terminación del procedimiento

## Resumen

Este trabajo analiza las claves más significativas de la reforma del procedimiento administrativo común que opera la LPAC, aportando un

---

*Artículo recibido el 30/05/2016; aceptado el 12/10/2016.*

criterio de interpretación y valoración de los aspectos procedimentales y sustantivos más relevantes.

Palabras clave: *procedimiento; denuncia; medidas provisionales; subsanación; prueba; informes; desistimiento; renuncia; caducidad.*

### **The new legal framework of the administrative procedure: the paradigm of a weak reform**

#### **Abstract**

*This article analyzes the key points of the reform of the administrative procedure undertaken by Law 39/2015, of 1 October, on administrative procedure of public administrations. The article pursues to provide interpretative criteria for the reform and explores its most significant procedural and substantive aspects.*

*Keywords:* procedure; complaints; precautionary measures; reparation; evidences; reports; waiver; resignation; expiration.

## **1**

### **Introducción**

Las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), alumbran un nuevo modelo normativo regulador en uno y en otro sector que ha supuesto en algunos casos un avance significativo y plausible, pero en otros ha representado una oportunidad perdida, al no incorporar mejoras que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reclamando desde la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC), e incluso un retroceso en el sistema de garantías y derechos de los interesados en el procedimiento. Podría decirse en este sentido que la reforma merece por ello ser censurada tanto por lo que dice como por lo que omite. Y, cuando menos, cuestionable en su decisión de distinguir conceptual y ontológicamente entre procedimiento administrativo y régimen jurídico, lo que le ha conducido a separarlos con criterios poco nítidos en dos normas diferenciadas, posiblemente en la bienintencionada creencia de dar así mejor cumplimiento al mandato constitucional del art. 148.1.18. No es, desde luego, momento ni lugar para abordar todas y cada una de las cuestiones que suscita tan jugoso

debate ni el análisis completo de ambas leyes, pues tal empresa desbordaría con creces el objeto de este trabajo. No obstante, sí es preciso dejar puntualizadas dos cuestiones: una, que nos encontramos ante un nuevo marco normativo del procedimiento común, pero no ante un “nuevo” procedimiento, como pudiera pensarse. Parece que se revela como cuestión pacífica en la doctrina que el legislador se ha limitado a introducir algún matiz o algún detalle de escasa trascendencia, y en otras ocasiones ha trasladado al texto en su entera literalidad algunos preceptos de su predecesora LRJPAC. Es más, para ser exactos hay que aclarar que ni lo regulado en la LRJPAC y ahora en la LPAC es verdaderamente un “procedimiento”, si por tal se entiende una sucesión de trámites, y mucho menos un “procedimiento común”, si por él quiere entenderse un denominador común de aplicación transversal a cualquier actuación formalizada de la Administración<sup>1</sup>. Como bien se sabe, la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, la STC 227/1988, de 29 de noviembre) ha dejado dicho que la finalidad institucional de la reserva competencial del art. 149.1.18 CE no consiste en que el Estado regule un único procedimiento, lo que, por otro lado, es absolutamente imposible, sino un marco normativo para los procedimientos que son susceptibles de ser dictados, según el reparto constitucional de materias entre el Estado y las comunidades autónomas, por uno y por otras, consistiendo la competencia del Estado sobre el llamado “procedimiento administrativo común” en establecer un “núcleo de garantías mínimas que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas”<sup>2</sup>. Por tanto, no es una sucesión de actos concatenados entre sí, sino un conjunto de principios y garantías mínimas de aplicación a todos los procedimientos administrativos.

La segunda cuestión se refiere al objeto mismo de este estudio, que va a quedar centrado en la valoración de los aspectos que entiendo más destacables afectantes a las distintas fases del procedimiento, dejando al margen para mejor ocasión otros aspectos, tales como los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, que, según la doctrina constitucional, forman

1. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo local*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2005, págs. 101 y ss.

2. En definitiva, como bien afirma GONZÁLEZ NAVARRO, F., *ibidem*, págs. 113 y 114, “el Estado dicta los principios, las orientaciones, las reglas indeclinables, todo aquello, en fin que es necesario para que cuando las Administraciones Públicas tengan que actuar y, en consecuencia, ajustar esa actuación a un cauce formal, no aparezcan unos ciudadanos discriminados respecto de otros, y esto porque, de lo contrario, se estaría atentando al principio de igualdad de trato ante aquellas. ¿Y las comunidades autónomas? Pueden legislar también en materia de procedimiento administrativo, en relación con sectores o parcelas concretas de su actividad y también, si así lo aconseja el principio de economía normativa, para varios de esos sectores conjuntamente, e incluso con carácter general para cualquier supuesto imaginable de su actuación. Pero, eso sí, ajustándose siempre a la ley básica estatal en materia de procedimiento administrativo”.

parte también de esa idea de procedimiento administrativo común, y que por ello la LPAC ha dejado su regulación incorporada en su texto.

## 2

### Iniciación

#### 2.1

#### Las formas de iniciación del procedimiento, con especial referencia a la denuncia

Los arts. 54 y 58 LPAC vuelven a reproducir las mismas modalidades de iniciación del procedimiento que establecía el art. 69 LRJPAC y, por tanto, admiten las tres conocidas posibilidades de la iniciación de oficio: que la iniciativa de iniciación haya partido del mismo órgano que tiene atribuida la competencia, o de su superior –que lo hará mediante orden– o de otros órganos –mediante petición razonada–, o por denuncia. No deja de resultar llamativo el interés del legislador en especificar, de forma extremadamente pormenorizada, en qué consisten todas y cada una de estas formas de iniciación, con un contenido notablemente obvio y sin virtualidad para aportar nada que no estuviera ya implícito en sus propios términos, sin necesidad de tanta exhaustividad. Basta con dar lectura a los arts. 59 a 61 para comprobar su entera inutilidad. Nuevamente, el legislador se afana en una tarea baldía que no requería de tanta atención. Nuevamente, la laguna no está donde el legislador la ha querido colmar. Hubiera sido preferible que tan denodado esfuerzo lo hubiera empleado en avanzar en la naturaleza de la denuncia, y en otorgar mayor consideración a la figura del denunciante, a quien no solo no se reconoce derecho a la intervención en el procedimiento, sino ni tan siquiera a que se le notifique la decisión de iniciarlo o no, salvo que una norma establezca otra cosa (art. 64.1 LPAC) o que la denuncia haya invocado un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuyo caso solo se reconoce la obligación de motivar y notificar la decisión en caso de no iniciarlo (art. 62.3 LPAC). A mi juicio, no es de fácil comprensión esta pertinaz resistencia del legislador a desoír tantas y tan autorizadas voces que han venido reclamando otorgar un papel más activo a la denuncia y al denunciante. Bien es cierto que, como afirma con acierto GONZÁLEZ NAVARRO<sup>3</sup>, la denuncia carece de potencialidad suficiente para iniciar el procedimiento. Su función procesal es –y debe

3. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*, Eunsa, Pamplona, 1997, pág. 668.

seguir siendo— más modesta: provocar el acuerdo que lo inicia. Pero de ahí a no incorporar ningún derecho de intervención del denunciante en el diseño del procedimiento administrativo común media un abismo.

La concepción de que parte el art. 62.1 no ofrece novedad alguna, pues recoge casi de forma literal la definición propuesta por GONZÁLEZ PÉREZ<sup>4</sup>, quien entiende la denuncia como “un acto del particular por el que se ponen en conocimiento del órgano administrativo hechos que determinarán la incoación de un procedimiento administrativo”. Al margen del juicio crítico que puede merecer tal marco regulatorio, de él pueden extraerse las siguientes características:

En primer lugar, que la denuncia es un acto del particular que resulta encuadrable dentro de los supuestos de colaboración de los administrados con la función administrativa. Y quien participa, como LLISSET BORRELL<sup>5</sup>, actúa como ciudadano, preocupado por el interés general, y no como interesado personal y directo, careciendo, en principio, de interés personal para depurar las responsabilidades. Por ello, no puede tener interés en que determinadas conductas encuentren castigo, ya que la protección y el amparo de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos que pudieran haber resultado lesionados por la actuación constitutiva del hecho denunciado tienen otras vías abiertas en nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser la exigencia de la responsabilidad civil de la Administración o del funcionario con la correlativa indemnización, para lo cual sí estaría legitimado el perjudicado. De estas premisas parte la LPAC, y de ahí que, correlativamente, el denunciante no sea más que un tercero simple, que carece de la cualidad de parte legítima y para el que, en consecuencia, resulta inviable procesalmente su pretensión de impugnar el archivo del expediente y los acuerdos que traen causa de tal decisión. En síntesis: a diferencia de lo que ocurre con la instancia, que pone efectivamente en marcha el procedimiento, la denuncia, como los demás actos de excitación del actuar administrativo, no inicia el procedimiento; y al no otorgar la condición de interesado a quien la formula, sino la de mero testigo cualificado, el denunciante no tiene *derecho al procedimiento*, por lo que mal puede impugnar la decisión de archivar las actuaciones ni recurrir el acto terminal, sea este sancionador o absolutorio (STS de 23 de junio de 1987 y STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 1997, RJ 1987\6524 y RJ 1997\584, respectivamente).

4. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1989, págs. 523 y 524.

5. LLISSET BORRELL, F., *Manual de Derecho local*, Abella, Madrid, 1984, págs. 321 y 322.

En definitiva, ni la denuncia obliga a la Administración a incoar el procedimiento, sino que lo hace posible siempre por decisión del órgano administrativo correspondiente, previa valoración de su legalidad y oportunidad, ni convierte al autor de la misma en interesado. La actividad del denunciante cesa en el justo instante de formalización de la denuncia. Y, por supuesto, el denunciante no tiene derecho a que el denunciado sea castigado por la comisión de la conducta objeto de la denuncia.

Cuestión distinta es la que contempla el art. 62.4 LPAC, en el que se regula un tipo especial de denunciante: aquel que no se limita a colaborar de forma desinteresada con la Administración y que tampoco es un sujeto observador ajeno a los hechos que comunica, sino que habiendo participado, junto con otros, en la comisión de una infracción, decide ponerlo en conocimiento de la Administración, y por ello obtiene de ella la exoneración o, en su caso, reducción de la sanción (pecuniaria o no) que le correspondería, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: que sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción; que la Administración no dispusiera en ese momento de elementos suficientes para ordenar la iniciación del procedimiento; que se repare el perjuicio causado; que el denunciante haya cesado en la participación de la infracción, y que no haya destruido elementos de prueba. Como puede apreciarse, la LPAC generaliza la clemencia del denunciante delator como incentivo para la ruptura de prácticas infractoras colusorias. Una técnica que puede resultar favorecedora a la eficacia administrativa, pero que no está exenta de algunos riesgos. Dejando al margen su escasa adherencia a criterios de justicia y de igualdad –lo que no es una cuestión menor–, coincido con RIVERO ORTEGA<sup>6</sup> en que son múltiples los usos torticeros que pudiera encubrir esta vía de inmunidad, y aun reconociendo su posible contribución como desincentivo a las prácticas colusorias contrarias al interés público, debe advertirse el considerable margen de apreciación a instancia de la Administración para reducir o eliminar por completo la sanción a un eventual infractor.

Y, por último, dos cuestiones que no dejan de resultar llamativas desde un punto de vista de técnica jurídica: una, que no se vincule la clemencia al denunciante delator solo a los procedimientos de naturaleza sancionadora, pues de haberlo querido hacer así esta figura estaría prevista en el art. 63 –regulador de las especialidades en el inicio de los procedimientos de na-

---

6. RIVERO ORTEGA, R., “La estructura del procedimiento administrativo: principales novedades en la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, en GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J. (dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: Reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, Granada, 2016.

turalidad sancionadora—; y dos, que para mayor confusión, introduce una expresión un tanto inespecífica pero que parece circunscribir su ámbito de aplicación a “la comisión de una infracción *de esta naturaleza*” (sic), sin explicitar cuál. Pudiera parecer que pretende referirse a ámbitos relativos a “perjuicios en el patrimonio de las Administraciones Públicas”, por ser ese el referente inmediatamente anterior (véase el apartado 62.3 LPAC), pero si esto es así, tampoco es de fácil entendimiento que la Ley haya decidido generalizar la cláusula de clemencia, al preverla para el procedimiento administrativo común —y no solo para el sancionador—, para luego, sin una razón aparente, constreñir su ámbito de aplicación a las situaciones afectantes al patrimonio público.

## 2.2

### Información y actuaciones previas

El art. 55 LPAC articula la posibilidad de que el órgano competente acuerde abrir un periodo de información y actuaciones previas, con carácter discrecional y facultativo (el precepto utiliza el término “podrá”), en función de si las circunstancias del caso así lo requieren o si se tiene o no la convicción previa de iniciar o no el procedimiento. En palabras de MONTROYA MARTÍN<sup>7</sup>, estas actuaciones constituyen una actuación administrativa preliminar y de carácter contingente, que trata de comprobar si *prima facie* puede considerarse que hay una base seria para acordar el inicio de un procedimiento propiamente dicho. Unas actuaciones que hasta ahora quedaban circunscritas al procedimiento sancionador<sup>8</sup> y que la LPAC ha decidido generalizar, al incluirlas como actuación propia del procedimiento administrativo común. No obstante, consciente el legislador de que su ámbito natural es el procedimiento sancionador, tras extender su ámbito de aplicación en los términos en que lo hace el apartado 1.º, dedica el 2.º al resto de procedimientos y

7. MONTROYA MARTÍN, E., “Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, T. I, 2008, págs. 197 y 198.

8. Así, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS), las define en su art. 12.1 como aquellas realizadas por los órganos con atribuciones para “la investigación, averiguación e inspección, dirigidas a determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación, señalándose, en especial, las que tengan por objeto determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros”.

determina su finalidad, que no es otra que fijar los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento, las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros. La STSJ de Madrid de 17 de abril de 2008 (JUR 2008\304111) les atribuye la finalidad de “evitar la incoación de expedientes sancionadores por el simple rumor o la vaga sospecha de la comisión de un hecho sancionable”. En otros términos: se trata de reforzar la seriedad de la incoación del expediente en trance de iniciarse, debiendo no proseguirse con la pretensión de perseguir la infracción en caso de que se concluya la inexistencia de elementos suficientes para fundamentarlo.

Partiendo de esta base, es de toda lógica considerar ya no solo que estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento, sino que tampoco tienen virtualidad para iniciarlo, lo que ha determinado que exista cierto debate acerca de si son extensibles las garantías propias del procedimiento sancionador. La STC 142/2009 y la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de septiembre de 2005 (RJCA 2005\928), entienden que lo son, especialmente el derecho a no declarar contra sí mismo, ya que estas actuaciones pueden ser valoradas por el órgano decisor y servir de fundamento en el procedimiento administrativo propiamente dicho. El Voto Particular del Magistrado Rodríguez-Zapata, en la citada STC, resulta, sin embargo, discrepante, al considerar que los derechos de defensa y de no autoinculpación rigen en el procedimiento penal y sancionador, y, por ende, no son de aplicación a las actuaciones previas, puesto que estas no forman parte del mismo.

Lo que sí está claro es que la decisión de llevarlas a cabo no requiere que sea viabilizada documentalmente –al menos el precepto no lo exige–, ni tampoco está prevista la audiencia al interesado; y además, carecen de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción, ya que tal efecto solo lo produce el acuerdo iniciador del procedimiento<sup>9</sup>. Y por igual razón, a la caducidad tampoco parecen afectarle, pese a lo cual la superación del plazo normativamente establecido –que no siempre lo está– para ultimarlas puede no estar desprovista de importantes consecuencias en orden a la caducidad del procedimiento con efectos acumulativos, en tanto que pueden determinar el archivo de las actuaciones previas y, con ello, la finalización del procedimiento. Es lo que la doctrina denomina “caducidad intermedia” o,

9. Contrariamente se expresan las SSTS de 30 de octubre de 1993 y 26 de noviembre de 1996 (RJ 1993\8018 y RJ 1996\8700), que han considerado que si dichas actuaciones se realizan con conocimiento del interesado, y si se reflejan documentalmente en el expediente, ha de entenderse que interrumpen el plazo de prescripción.

si se quiere, una especie de caducidad-perención interprocedimental, cuyo fundamento no es otro que servir de medida incentivadora para que la Administración actúe diligentemente y evite retrasos y demoras injustificadas. En este sentido, la Jurisprudencia se ha mostrado especialmente severa. Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2005 (RJCA 2006\33) afirma:

“Según doctrina de esta Sala, una tardanza tan prolongada e injustificada en la iniciación del expediente atenta contra los principios más elementales que informan el procedimiento sancionador e *invalida, en consecuencia, las sanciones que, en estas circunstancias hayan podido ser impuestas*. [...] Es inaceptable que esa primera fase de investigación y comprobación de lo ocurrido tarde tanto tiempo en comenzarse y haya una demora tan anormal en la investigación de datos tan esenciales, que podían haberse conocido casi de inmediato o en un plazo notablemente inferior al de autos, por lo que, *ante esa indudable dejación y manifiesto descuido en su normal tramitación, procede considerar que el procedimiento ha caducado ya en esa fase preliminar con carácter definitivo e insubsanable, sin posibilidad de recobrar virtualidad con esa actividad posterior, ya tan injustificadamente tardía y extemporánea, incompatible con el mínimo de seguridad jurídica exigible en una materia de esta clase*” (la cursiva es mía).

En igual sentido se expresa la STS de 6 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10598):

“deben aplicarse con todo su rigor las consecuencias previstas por la norma *para el caso de superarse el plazo máximo de duración o paralización de las actuaciones previas*, de la misma manera que se aplicarían esas consecuencias en caso de producirse esa paralización en la fase de instrucción del procedimiento sancionador general. [...] Todos los razonamientos anteriores obligan a entender que *la paralización de las actuaciones de comprobación por más de tres meses da lugar a la caducidad del expediente*, con todas las consecuencias propias de este instituto [...]:

a) La Administración *debe declarar la caducidad* de las actuaciones previas.

b) Y debe proceder también a *acordar el archivo* de las mismas.

*Lo que no debe admitirse es que, a pesar de la superación de aquel plazo, la Administración actúe como si nada hubiera ocurrido y prosiga con la tramitación de las mismas actuaciones de comprobación, sin solución de continuidad. Porque ello supone desconocer los efectos propios de la caducidad*” (la cursiva es mía).

En parecido sentido se expresan las SSTSJ del País Vasco de 28 de julio de 2008 y de Madrid de 17 de septiembre de 2004, que afirman que, al encontrarse caducadas las actuaciones probatorias que sirvieron de base al procedimiento sancionador, ha de entenderse decaído el derecho de la Administración a perseguir la infracción. Sin embargo, como puede comprobarse, la LPAC ha decidido omitir referencia alguna a un plazo máximo para su realización, y, en consecuencia, nada sucede a efectos de invalidez por su eventual superación.

## 2.3

### Medidas provisionales

Con carácter general y de forma bastante indeterminada, la LPAC establece la posibilidad de que el órgano competente para resolver el procedimiento adopte las medidas provisionales que estime oportunas “para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” (art. 56.1) y “para la protección provisional de los intereses implicados” (art. 56.2). Las razones que justifican el precepto no son otras que, por una parte, el hecho insoslayable de la duración, a veces larga, de los procedimientos administrativos, sobre todo si estos llevan aparejados complejos trámites, y, por otra, la necesidad de garantizar que esta tardanza no ponga en peligro los intereses públicos en juego. Ello hace a veces necesaria la adopción de medidas que eviten que la declaración de derechos que se realice en el procedimiento devenga inútil o baldía, por consecuencia de la previsible conducta del interesado de burlar el contenido obligacional de la resolución administrativa, o que, prescindiendo de esta conducta maliciosa, el simple paso del tiempo dificulte o imposibilite el cumplimiento de la resolución que se dicte. Tal es la finalidad de las medidas provisionales –y de la tutela cautelar en general–: evitar ese perjuicio a los derechos que se constituyan o declaren con ocasión del transcurso del tiempo, e intentar que no resulte carente de contenidos la declaración de la resolución final. Es decir, asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el procedimiento administrativo y preservar los derechos en juego. Por ello, el primer fundamento que justifica la adopción de la medida es el temor fundado de un daño jurídico, es decir, de ineffectividad del derecho, o, cuando menos, la sospecha razonable de que sin su adopción la resolución que pueda dictarse devenga inútil o muy mermada en sus efectos. Es el llamado *periculum in mora*, cuya concurrencia ha de analizarse respecto de la medida interesada, teniendo en cuenta todas las circunstancias de

cada caso concreto y, sobre todo, en contemplación de los intereses públicos concretos puestos en juego. Intereses generales que se resisten, una vez más, a ser definidos apriorísticamente con criterios de general aplicación que resulten válidos en cualquier caso. En definitiva, ponderación, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados son los criterios de mayor utilidad de que se sirve la LPAC para regular su presupuesto de hecho, y también el juzgador para sopesar la procedencia o no de la medida. El legislador parece ser consciente de la dificultad o imposibilidad de fijar en qué casos y bajo qué condiciones resulta prioritario el interés del particular, y cuándo lo son los intereses públicos, siempre presentes en toda actuación administrativa. La casuística es variadísima y ni siquiera dogmáticamente cabe hacer mayores precisiones. Lo que sí está claro es que la cuestión puede calificarse de cualquier forma menos de sencilla. Y precisamente la labor de ponderación que ha de llevar a cabo el juzgador es la cuestión de fondo de mayor envergadura a la hora de determinar si procede o no la medida, y cuál es la más adecuada. Quizá sea esta la razón por la que, como novedad, el art. 56.3 realiza una enumeración ejemplificativa de medidas provisionales susceptibles de ser acordadas por la Administración, y que en ningún caso es exclusiva ni excluyente. No en vano el listado termina con la clásica cláusula que admite “aquellas otras que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o *que se estimen necesarias* para asegurar la efectividad de la resolución”. Más cuestionables, sin embargo, resultan la omisión del plazo de duración, la obligación de la Administración de notificar al interesado el acuerdo de adopción de la medida, su modificación o alzamiento, así como su posible recurribilidad.

## 2.4

### La deficiente regulación de la subsanación de las solicitudes

El art. 68 LPAC reproduce casi literalmente la regulación que su predecesora LRJPAC contenía en su art. 71, dejando así marginada la oportunidad que este momento representaba para introducir determinadas mejoras que venían apuntándose por reiterada jurisprudencia y que, sin duda, hubieran contribuido a la recta interpretación del precepto, tanto más cuando la cuestión no es baladí ni se encuentra desprovista de importantes efectos prácticos.

## 2.4.1

### Defectos subsanables y defectos no subsanables

Uno de los errores más comunes es considerar que todos los defectos de que adolece una solicitud son susceptibles de ser subsanados. Sin embargo, siguiendo la literalidad del precepto, son dos los supuestos en que la Administración actuante viene obligada a articular un requerimiento de subsanación al interesado:

1.º– Cuando la solicitud de iniciación “no reúne los requisitos” que se señalan en el art. 66 LPAC de forma pormenorizada. A *sensu contrario*, no lo serán los defectos sustantivos, tal y como vamos a analizar con mayor detenimiento a continuación.

2.º– Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan “los documentos preceptivos”. En principio, una interpretación a *sensu contrario* del precepto nos lleva a considerar que no habrá de subsanarse, por no constituir defecto alguno, la falta de presentación de documentos que no tengan este carácter de preceptivos, debiendo tenerse en cuenta –y aquí se encuentra una de las causas de confusión más frecuentes– que no debe identificarse el término “preceptivos” con aquellos documentos en los cuales la parte o partes interesadas funden su derecho, esto es, los que sean constitutivos de la pretensión deducida<sup>10</sup>.

Pues bien, la concurrencia de alguno de estos dos supuestos expuestos habilita y obliga a la Administración actuante para, imperativamente para ella, facilitar al administrado el trámite de subsanación, el cual, en consecuencia, se configura conforme a la jurisprudencia como una obligación de la Administración y, consecuentemente, un derecho inderogable de todo particular en relación con cualquier procedimiento administrativo.

Ahora bien, la posibilidad de subsanación, hay que insistir una vez más, no procede sino en los supuestos de que estos escritos o documentos adolezcan de defectos subsanables. Y no todos los son:

- a) En primer lugar, la ausencia de capacidad podrá ser o no subsanable, según los casos. Ahora bien, el defecto de acreditación lo es siempre.
- b) Cuando lo que falta es el acto de apoderamiento, es decir, la representación otorgada de forma fidedigna en los casos en que esta se requiere, el acto efectuado por el representante en nombre del representado no deja por ese motivo de serlo. Lo que falta en ese caso no

10. En este sentido, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de enero de 2000 (RJCA 2000\15).

es el carácter del acto, sino la posibilidad jurídica de que el acto valga directa y exclusivamente como acto de aquel. Simplemente que, al ser presupuesto de validez de las actuaciones realizadas en nombre del representado, se requerirá la subsanación del defecto. No obstante, no resultaría subsanable si lo que falta es la capacidad de obrar del propio representado, puesto que esta es un presupuesto que condiciona la intervención misma del interesado en el procedimiento, y, por ende, la validez misma de todas las actuaciones realizadas en él, incluido el acto de apoderamiento a favor del representante.

- c) Mayor problema es el determinar cuándo nos encontramos en presencia de un defecto formal o de un defecto sustantivo a los efectos de considerarlo o no subsanable, tanto más cuando es la normativa específica reguladora de la actividad la que establece imperativamente “un plazo máximo” para la presentación de determinados documentos justificativos. Cuando estas prescripciones normativas son manifestación de la potestad de autorregulación de la Administración, considera la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de septiembre de 2008 (RJCA 2009\153), que a los órganos inferiores les está vedada la posibilidad de conceder mayor plazo por vía de subsanación para aportación de documentos justificativos, más allá del marco temporal previsto en las órdenes de convocatoria o en las resoluciones que concedieron las ayudas públicas, pues está vinculada por ellas. El *quid* de la cuestión se encuentra en la naturaleza que se concede al “plazo”. La sentencia consideraba que este formaba parte del carácter de carga, lo que determina su carácter esencial, y siendo así es un elemento que, junto con los demás, contribuye necesariamente a definir el contenido formal de las cargas que pesan sobre el beneficiario de la subvención, y así lo demuestran tanto el carácter imperativo de las normas legales que sancionan su existencia como las importantes consecuencias que derivan de su incumplimiento. Paralelamente, el citado elemento formal y su observancia contribuyen indudablemente a un cumplimiento jurídicamente correcto de la justificación, del cual, a su vez, pende el ejercicio en tiempo adecuado y de la forma más acertada posible de la potestad administrativa de control, y, en su caso, el de la acción de reintegro<sup>11</sup>.

11. No comparte igual criterio el magistrado que suscribió el Voto Particular, quien dejó afirmado que la revocación de las subvenciones ha de quedar reservada a los supuestos de incumplimientos esenciales de condiciones, ya que se trata de un supuesto de invalidez sobrevinida en cuanto que los elementos esenciales que presidieron el otorgamiento de la subvención han dejado de cumplirse por causas imputables al obligado. La mera trasgresión del plazo de presentación de documentos no puede entenderse que pueda acarrear la consecuen-

- d) No resultan subsanables los defectos documentales de que adolece una solicitud con la presentación de dicha documentación en el ulterior recurso, sobre todo si la Administración cursó en debida forma requerimiento previo para que el particular adjuntara los documentos acreditativos de estar en posesión de los determinados requisitos (SAN de 10 de mayo de 2006, JUR 2006\158557). En consecuencia, el plazo que se concede para subsanar es único, preclusivo y no fungible.

### 2.4.2

#### **El deber de la Administración de requerir al interesado y de otorgar un plazo de subsanación. Consecuencias de su incumplimiento**

Configurado como antecedente el *deber* de la Administración de efectuar el requerimiento de subsanación –“se requerirá”, dice el precepto–, pese a que no lo especifica el art. 68 LPAC, las consecuencias de su incumplimiento no pueden ser otras que *la imposibilidad de inadmitir la solicitud* –que, de producirse, sería un acto de trámite cualificado, recurrible autónomamente por impedir la continuación del procedimiento (STS de 11 de julio de 2002, RJ 2002\7083)–, así como *la imposibilidad de desestimarla en cuanto al fondo* (STS de 11 de abril de 1997, RJ 1997\2859). Es más, a este requerimiento habrá de añadirse la advertencia de que, de no proceder en este sentido, se le tendrá por desistido de su petición. No obstante, en puridad debe entenderse que no se trata propiamente de un desistimiento, sino de la caducidad del procedimiento. En cualquier caso, y con entera independencia de la terminología que se adopte, de incumplirse este nuevo deber de conceder un plazo para la subsanación, así como la referida advertencia de desistimiento y correspondiente archivo, la consecuencia, a su vez, no puede ser otra que la anulación de los actos que así lo acuerdan<sup>12</sup>, sin que constituya óbice ni impedimento para ello la circunstancia de que sea posible una reiteración de la misma solicitud, dado que, como bien afirma la STSJ de Madrid de 4 de mayo de

---

cia revocatoria acordada por la Administración, pues “no se cuestiona la efectividad de la realización de las inversiones para que se otorgó la subvención”, que constituiría el aspecto sustantivo, cuya concurrencia al caso es lo que haría aplicable la solución de la revocación de la subvención y la obligatoriedad de devolución de las cantidades obtenidas.

12. En este sentido se expresan la STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004\4239), la STSJ País Vasco de 4 de febrero de 1999 (RJCA 1999\844), la STSJ Castilla y León de 23 de mayo de 2003 (RJCA 2003\1022), y la STSJ Navarra de 7 de febrero de 2004 (JUR 2004\34011).

2006 (JUR 2006\230785), lo que determina la declaración de nulidad es la ausencia misma del trámite de subsanación, que concluiría y conduciría (como ahora señala *in fine* el art. 68.1) a una “declaración de desistimiento”, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el art. 21 LPAC.

Obvio es decir que una vez hecho uso del trámite de subsanación y, por tanto, enmendado el defecto de que adolecía la solicitud o la documentación preceptiva, surge en la Administración un nuevo deber: el de tomar en consideración tal actuación del particular, no solo ya por congruencia con la propia actuación administrativa y porque, de no hacerlo así, la Administración iría en contra de sus propios actos –al ofrecer inicialmente la posibilidad de subsanación para, posteriormente, resolver ignorando los documentos presentados dentro del plazo por ella habilitado, y sin dejar siquiera que este haya transcurrido (STSJ del País Vasco de 13 de enero de 1997, RJCA 1997\256)–, sino también porque van de suyo los efectos retroactivos de dicha subsanación, por lo que, a todos los efectos y con todas las consecuencias, ha de entenderse producida con la misma fecha en que fue formulada la propia solicitud que se subsana. De no hacerlo así, la consecuencia no puede ser otra que la anulación de la resolución administrativa que se dicta con fecha anterior a la propia subsanación, o de aquella que, dictada con fecha posterior, no la toma en consideración (SAN de 21 de octubre de 1999, RJCA 1999\3545).

### 3

#### Actos de instrucción

Los actos de instrucción se definen en el art. 75.1 LPAC como los actos necesarios o adecuados para la “determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”. Sin embargo, en puridad, los actos a los que se refiere el precepto son los *actos de trámite*, que resultan diferenciables de aquellas otras actuaciones previas a la iniciación de determinados procedimientos, tanto los regulados por su correspondiente normativa específica como los establecidos con carácter general en el art. 55 LPAC. Los que aquí nos interesan son estos últimos, los denominados propiamente “actos de instrucción”, de los que, además, suele afirmarse que se realizarán de oficio por el órgano encargado de tramitar el procedimiento. Sin embargo, esta afirmación no puede ser aceptada sin cautelas, pues inmediatamente aparece desmentida tanto en la LPAC como en su predecesora LRJPAC cuando se permite la continua interven-

ción del interesado a lo largo del procedimiento, no solo con la posibilidad de formular alegaciones y presentar documentación en cualquier momento, sino también con la participación al practicarse la prueba, con el trámite de audiencia al interesado, etc. Cuestión distinta es la reserva de exclusiva competencia de la Administración en cuanto a la declaración y selección de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos relevantes para decidir el procedimiento, pues estos sí son de averiguación obligada para la Administración.

### 3.1

#### La práctica de la prueba

La LPAC es escasamente novedosa por lo que se refiere a la regulación de la prueba, en donde vuelve a reproducirse casi en su literalidad lo que al respecto quedó establecido en los arts. 80 y 81 LRJPAC, si bien ahora el art. 77.1 LPAC, consciente de la excesiva brevedad con que regula esta materia, establece una remisión expresa a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para proceder conforme a los criterios de valoración en ella establecidos. El problema radica en que, como reitera el Tribunal Supremo y recuerda el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto, dicha Ley no contiene un sistema de valoración de la prueba legal o tasado, sino que establece las reglas que determinan la eficacia probatoria de determinados medios de prueba, bajo el criterio general de la valoración conjunta de la prueba, por lo que en poco o nada contribuye esta remisión a la LEC. Por lo demás, el precepto regula de forma expresa dos cuestiones que afectan en exclusiva a los procedimientos sancionadores: una, la vinculación de los hechos probados por resoluciones judiciales penales firmes, y dos, el valor probatorio de las actas de inspección.

En relación con la primera cuestión, el art. 77.4 LPAC vuelve a reproducir casi en su tenor literal el art. 137.2 LRJPAC, declarando, como no podía ser de otro modo, que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. Es lo que se ha venido denominando “la doctrina de la erradicación de las dos verdades”, es decir, que lo declarado por la sentencia firme constituye verdad jurídica, en tanto que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, ya sean jurisdiccionales o administrativos (SSTC 107/1989, de 8 de junio, y 77/1983, de 3 de octubre; STS de 23 de julio de 1998 –RJ 1998\6422–; SSTSJ de Cantabria de 3 de julio de 1997 y de 24 de febrero de 1999 –RJCA 1997\1479 y RJCA 1999\185–,

entre otras muchas). De ello deriva la prohibición absoluta de imposición de la sanción administrativa, si el juez penal ha declarado expresamente los hechos como no probados o la no intervención del sujeto en ellos. La finalidad es evidente: se trata de evitar contradicciones entre distintas resoluciones, las contenidas en la sentencia penal y en la resolución administrativa.

Ahora bien, con ser plausibles este principio y su fundamento, no dejan de plantear serios problemas. Así, como ha puesto de manifiesto QUINTERO OLIVARES<sup>13</sup>, siendo cierto que el relato fáctico de la sentencia judicial ha de ser respetado por los tribunales y por la Administración, es posible que determinados aspectos de ese hecho, *relevantes para el derecho sancionador administrativo*, carezcan de significación para el derecho penal, de tal forma que puede ocurrir que la ausencia de determinados componentes subjetivos de algunos delitos deje subsistente la infracción administrativa<sup>14</sup>, o bien que la Administración se encuentre en la necesidad de tener que analizar las sentencias penales para decidir si el fundamento de la absolución deja abierto o no el campo sancionador.

Por lo que se refiere al valor probatorio de los “documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad”, lo primero que debe advertirse es que con esta locución el art. 77.5 LPAC no quiere significar que los mismos pertenezcan a la categoría de documentos públicos propiamente dichos (en el sentido procesal del término), ni, obviamente, tampoco a la de documentos privados. Aunque no lo diga expresamente, ha de partirse de su consideración como categoría de documentos “oficiales”, que gozan de una llamada “presunción de verdad”, lo que determina que gocen de fuerza probatoria sobre los hechos, actos o estados de cosas que en ellos consten, salvo que tales extremos se desvirtúen mediante otros medios de prueba, incluida la indiciaria. La LRJPAC les atribuía en su art. 137.4 “valor probatorio”, y ahora el art. 77.5 LPAC afirma que “harán prueba”. Se trata, en mi opinión, de un mero cambio semántico que no supone en este caso una modificación sustantiva de relevantes consecuencias, como sí hubiera ocurrido si el legislador hubiera recuperado la expresión “hacer fe” del acto o del hecho consignado. En consecuencia,

13. QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, págs. 281 y ss.

14. Aun en estos casos, la posibilidad de sancionar el mismo hecho por parte de la Administración no está del todo clara, pues el elemento culpabilístico que en ocasiones se requiere para entender producida una infracción administrativa no concurre en aquellas absoluciones en que se excluye el dolo, la culpa, o bien se entiende que se ha producido por error excluyente de culpabilidad.

ya sea afirmando que tienen “valor probatorio” o que “hacen prueba”, la LPAC, como no podía ser de otro modo, incorpora a la letra de la Ley la doctrina ya consolidada de la jurisprudencia por cuya virtud no se establece a favor de estos documentos (y más señaladamente, de las actas y los atestados policiales) una presunción legal que dispense a la Administración de toda prueba respecto de los hechos sancionables, y mucho menos una presunción *iuris et de iure* de certeza, puesto que admiten prueba en contrario (STC 169/1998, de 21 de julio). Según el Tribunal Constitucional, se trata de medios de prueba de carácter documental que pueden valorarse en vía contencioso-administrativa junto con los demás elementos probatorios, pues son “un medio de prueba más”, cuya eficacia debe ponderarse a la luz del principio de libre valoración de la prueba, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los funcionarios consignen en las actas y diligencias. Por tanto, frente a ellos puede prevalecer otro medio debidamente valorado por los tribunales, incumbiendo al órgano sancionador la realización de pruebas dirigidas a determinar los hechos y las consiguientes responsabilidades, y ello pese a tener constancia de los medios en las correspondientes actas de inspección.

Por tanto, a todos estos documentos, aunque con matizaciones, les son de aplicación las reglas aplicables al proceso penal, y, salvo en los casos en que los particulares afectados muestren su conformidad con las aseveraciones contenidas en ellos, nunca deben constituir una prueba irrefutable o irrefutable de los hechos que pretenden acreditar. La presunción de la que gozan es *iuris tantum*, y el grado de credibilidad que pueden merecer no debe rebasar este límite, porque ni parten de unos hechos preconstituidos, ni quienes intervienen en ellos actúan como jueces imparciales, sino que es la Administración la que investiga y denuncia, por lo que debe respetar el sistema de garantías del procedimiento administrativo y, en lo aplicable a él, las propias del proceso penal, en el que, no debe olvidarse, las actas de inspección solo gozan del valor de mera denuncia.

Resulta en este sentido oportuna la cita de la STC 169/1998, de 21 de julio, en que se dejaba afirmado que la presunción de inocencia no excluye el valor probatorio que las actas de infracción pueden tener; actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano. Así se hizo constar en la ya citada STC 76/1990, de 26 de abril, y se repite en la STC 14/1997, de 28 de enero, que modularon el contenido del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE. Según esta jurisprudencia constitucional, las actas de inspección tienen un valor que va más allá de la denuncia, y gozan de valor probatorio. Sin

embargo, esto no quiere decir “que las actas gocen [...] de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia. En vía judicial, las actas [...] incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho, y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas”. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990\4984), afirmaba que la actividad desplegada para comprobar los hechos tiene necesariamente naturaleza administrativa, de la que participan los atestados policiales, a los que no se puede negar la calidad de ser una de las posibles pruebas a valorar libremente por el órgano que debe resolver, que puede apoyarse en ellos para formar su convicción de que proceda sancionar, siempre, naturalmente, que se haya ofrecido al interesado la posibilidad de contradecir su contenido.

Es más, la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2000 (JUR 2000\187840) ha dejado afirmado que “a lo consignado en las denuncias o en las actas administrativas no ha de otorgársele una fuerza de convicción privilegiada que las haga prevalecer a todo trance, aunque sí debe atribuírsele eficacia probatoria en el procedimiento administrativo sancionador en relación a la apreciación racional de los hechos y de la culpabilidad del expedientado, en la medida en que los datos objetivos reflejados en la denuncia o en el acta no hayan sido conocidos de referencia por los denunciados, ni fueren producto de su enjuiciamiento o deducción, sino percibidos real, objetiva y directamente por los agentes, que no han de ser considerados, en esos casos, como simples particulares, sino como funcionarios públicos actuando objetivamente en el cumplimiento de las funciones de su cargo. Estas circunstancias son las que dotan de un carácter de imparcialidad y de la condición de prueba directa al contenido de la denuncia –que no solo determina la incoación del procedimiento sino que también es, a la vez, medio de prueba, con lo que se logra la sumariedad que es lógica a esta clase de procedimientos sancionadores–, que puede ser muy relevante en la valoración de la prueba practicada, pero esto no quiere decir que en todos los casos la denuncia del agente constituya prueba plena”.

En consecuencia, ninguno de estos documentos goza de virtualidad para desplazar la carga de la prueba al imputado<sup>15</sup>, sino solo la carga de recurrir la resolución sancionadora. Es más, como determina la STSJ del País Vasco

15. *Vid.*, por todos, BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Madrid, 2003, págs. 185 a 216.

de 20 de mayo de 1999 (RJCA 1999\2248), el carácter de prueba documental dotada de la fuerza probatoria de este tipo de documentos se extiende solo a aquellos hechos consignados en el acta con el grado de pormenorización suficiente para garantizar el ejercicio del derecho de defensa. En el proceso en causa no había sucedido así, puesto que omitía “un dato trascendental cual es el consignar la fecha en que se cometió la infracción, sin que tal defecto pueda entenderse subsanado por la ratificación efectuada por persona distinta que el inspector denunciante; de tal suerte que, no habiéndose llegado a documentar en el expediente administrativo el acta de inspección observando los requisitos legales pertinentes, es claro que la misma carece del valor y fuerza probatoria dispuesta en el artículo 137.3 LRJPAC”.

En consecuencia, el valor probatorio de las actas de inspección viene determinado por su “presunción de veracidad” –que no de certeza–, por lo que la misma no alcanza a todo el contenido del acta, sino a determinados datos que la jurisprudencia se ha encargado de perfilar, y bajo los siguientes requisitos que pueden deducirse de abundante jurisprudencia:

- Que los hechos hayan sido objeto de comprobación en el mismo acto de la visita, cuando se levanta con ocasión de ella.
- Lo anterior exige, a su vez, que los hechos, por su realidad objetiva y visible, sean susceptibles de apreciación directa en dicho acto, o bien que resulten acreditados “in situ” documentalmente.
- Que los hechos han de ser comprobados personal y directamente por el inspector y no por apreciaciones realizadas por terceros, aunque tengan la consideración de funcionarios públicos.

Por tanto, las actas de inspección gozan de presunción de certeza siempre que el acto refleje la convicción personal del inspector y directa comprobación *in situ* de los hechos, y que se trate de verdaderos actos de inspección. Si no es así, tendrán el valor de mera denuncia.

### 3.2 Los informes

Tampoco ofrece en este punto novedades significativas la LPAC. Y nuevamente en este caso el legislador ha omitido alguna consideración que, a mi juicio, hubiera servido para terciar y resolver definitivamente la discrepancia que existe en la jurisprudencia en relación con las consecuencias invalidatorias de la falta de solicitud de los informes preceptivos. Como bien es sabido, la petición del informe cuando este es preceptivo según la normativa aplicable es de obligado cumplimiento. Estamos, por tanto, en presencia de un trámite

esencial. Aun así, si el mismo se ha solicitado pero el órgano consultivo no lo ha emitido en plazo, la resolución podrá dictarse sin él. Así puede deducirse del art. 80.3 LPAC en relación con el art. 22.1.d), que prevén que se suspenderá el procedimiento durante tres meses como máximo, pudiendo proseguirse en caso de no recibirse en ese plazo. Ahora bien, la omisión de la solicitud (no de la emisión) de estos informes preceptivos, ¿qué virtualidad invalidante tiene respecto de la resolución definitiva que se haya dictado prescindiendo de ellos? En este caso la respuesta no puede ser unívoca, porque no lo es la jurisprudencia dictada hasta el momento; una jurisprudencia pendular a más no poder, que va desde el máximo rigor hasta la flexibilidad más absoluta. En este sentido existen sentencias para todos los gustos: desde las que sancionan con la nulidad de pleno derecho al acto resolutorio dictado prescindiendo de aquellos, hasta las que, sin negar la existencia de ilegalidad, sin embargo afirman que esta solo es calificable de irregularidad no invalidante, pasando por las que determinan que se trata de un supuesto de anulabilidad.

Así, la STS de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003\397) calificaba el Informe del Secretario del Ayuntamiento como “documento importante”, por lo que no cabe adoptar un acuerdo prescindiendo de él, y la STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000\10360) llega a la misma conclusión, sancionando con la nulidad absoluta al acuerdo adoptado; y lo hace en aplicación de abundante jurisprudencia, entre la que cabe destacar la STS de 18 de mayo de 1987 (RJ 1987\5525), que calificaba el informe preceptivo como un trámite de naturaleza esencial, que incluso afecta al orden público, por lo que su omisión determina la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse la falta emitiendo el informe. Mucho más contundente aún se expresaba la STS de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989\2594), que justificaba la máxima sanción para el acto dictado prescindiendo del informe preceptivo con las siguientes consideraciones:

- Que la omisión del informe no es convalidable ni subsanable.
- Que tampoco cabe admitir un acto tácito de apreciación de la legalidad de los acuerdos adoptados por la intervención del Secretario a lo largo del expediente.
- Que es un presupuesto formal establecido por una norma postconstitucional, y que ha de ser valorado como requisito esencial.
- Que “esa infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa y acertada de la solución adoptada por la Administración, dado que la finalidad del informe es ilustrar al órgano decisor”, siendo esta “la importante función en orden a propiciar la legalidad”.

- En consecuencia, en tales casos invalidar el procedimiento administrativo a partir de dicha omisión no se opone a la racionalidad jurídica y a la realidad social en que se debe mover el Ordenamiento Jurídico.

Por su parte, la STS de 30 de marzo de 1990 (RJ 1990\1836) añade que esta omisión es una irregularidad formal que entraña una “auténtica disminución real, efectiva y trascendente de las garantías procedimentales, dando lugar con ello a la indefensión”, por lo que es necesaria la previa subsanación de dichos defectos formales para que, una vez subsanados, el acto administrativo procedente se pueda dictar con todas las garantías de acierto. Sin embargo, esta posibilidad de subsanación se niega en la STS de 31 de marzo de 1993 (RJ 1993\1608), cuando se trata de informes preceptivos, lo que no constituye óbice para negar que se trate de un vicio de nulidad radical sino de anulabilidad.

La STS de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8124), por el contrario, le niega categoría de vicio esencial del procedimiento, y considera que, aun tratándose de un informe preceptivo, su omisión constituye una vulneración del ordenamiento jurídico que no solo no ha producido indefensión, sino que “no es presumible que la opinión del Secretario hiciese variar el voto de los concejales” –afirmación esta que entiendo hartamente arriesgada–, por lo que considera que se trata de un mero vicio no invalidante<sup>16</sup>.

No encontramos esa misma flexibilidad de criterio en la mayoría de los tribunales superiores de justicia que han tenido ocasión de pronunciarse, en los correspondientes procesos en causa en que se había producido esta omisión. Destaca por su abierta disconformidad con la línea jurisprudencial que salva de la anulación al acto dictado prescindiendo de este requisito la STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2002 (RJCA 2002\369), ya que en este supuesto el acto –que en este caso era de desafectación– se habría dictado sin la debida justificación de la legalidad y oportunidad exigibles, y sin el pertinente conocimiento de si la tramitación del procedimiento fue o no insuficiente<sup>17</sup>. Esta misma consecuencia se extrae de la STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2001 (JUR 2001\306883), en este caso por considerar que dicha omisión “privó a la Corporación y al propio recurrente de un conocimiento más completo de la naturaleza y consecuencias del acto sometido a la aprobación del Pleno de la Corporación”.

Y quizá la que manifiesta mayor rigor en la exigencia de este trámite sea la STSJ de Andalucía, Granada, de 8 de junio de 1998 (RJCA 1998\2314), que

16. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 29 de septiembre de 2001 (JUR 2001\283152).

17. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\443; recurso 2061/1996).

llega a la conclusión de que el acto merece la anulación de pleno derecho, no solo por las razones apuntadas, sino por una razón que ha sido obviada en todas las anteriores resoluciones, como es la vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. La singularidad de esta Sentencia radica en que parece otorgar a este vicio un sentido funcional, que es el que la jurisprudencia otorga al concepto de “esencial” que se exige a las reglas de colegialidad, “lo que implica la necesidad de que la infracción haya tenido trascendencia bastante como para poder alterar el resultado final en que cristaliza la voluntad del órgano colegiado”.

#### 4

### La terminación del procedimiento

De entre todas las posibles formas de terminación del procedimiento, merecen especial atención, por las razones que se explicitarán, la terminación convencional, el desistimiento y la caducidad.

Por lo que se refiere a la terminación convencional, la LPAC ha desconsiderado las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial, que reclamaba al legislador mayor clarificación de esta figura y, más concretamente, que determinara si para que la Administración pueda celebrar los convenios a que en ella se hace referencia (alternativos a la resolución que pone fin al procedimiento o vinculante de su contenido) es necesaria una autorización expresa, o si, por el contrario, basta la autorización genérica que de la misma se desprende, esto es, el apoderamiento general que de ella resulta.

En cuanto al desistimiento, bien es sabido que el art. 90 LRJPAC hacía referencia solo a los interesados como únicos sujetos que podían solicitarlo respecto a las solicitudes por ellos presentadas. Pero la falta de previsión normativa para admitir a la Administración como sujeto activo del desistimiento, nunca constituyó óbice ni impedimento para que esta pudiera también utilizar dicha figura como modo de finalizar un procedimiento por ella iniciado. Así lo han afirmado las SSTs de 18 de octubre de 1986 (RJ 1986\5355) y de 11 de julio de 1990 (RJ 1990\6032), afirmando esta última que:

“La jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pero aunque ciertamente la LPA contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración cuando

llegue al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate”.

En similar sentido se expresaba la STS de 23 de junio de 1987 (RJ 1987\6524):

“Por lo que hace a la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento de oficio hay que admitir tal posibilidad, y así lo tiene ya declarado este Tribunal Supremo en sentencias de 6 de febrero de 1985 (RJ 1985\724) y 18 de octubre de 1986 (RJ 1986\5355), de la Sala 5.<sup>a</sup> con referencia al procedimiento expropiatorio. Ciertamente la Ley de Procedimiento Administrativo contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, pero ello no impide que pueda darse también válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración. De una parte, porque el desistimiento del particular previsto en los artículos 96 a 98 no puede tener lugar sin la decisión de la Administración, de manera que el desistimiento exige siempre un acto administrativo de aceptación, siquiera sea un ‘acto debido’ normalmente, pero que puede no serlo; tal ocurre cuando hay terceros interesados que se oponen. Y de otra parte, porque si la Administración puede a la vista de la información reservada acordar la no iniciación del procedimiento sancionador, tanto más podrá acordar el archivo de las actuaciones sin llegar al acto terminal de fondo, cuando –como aquí ha ocurrido– se haya obtenido el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada”.

Aunque también en este sentido es parca en palabras la LPAC y en su art. 93 se remite a “los supuestos y requisitos previstos en las leyes”, parecen obvias dos cuestiones: una, que los procedimientos en que tal desistimiento puede acontecer han de ser necesariamente los iniciados de oficio, pues resulta del todo imposible que sea respecto de los iniciados a solicitud de persona interesada; y dos, que los requisitos formales han de ser los mismos que se establecen, con mayor pormenorización, en el art. 94, para el desistimiento de los interesados.

Especialmente desafortunado es el art. 95 LPAC, regulador de la caducidad. Una regulación que ha dado lugar a una profusa jurisprudencia que colmató las lagunas con que tradicionalmente ha estado regulada esta figura y que ahora, nuevamente, el legislador ha decidido desoír. Y en este sentido, deja incólume desde su propia denominación, que no deja de ser equívoca por lo que luego se dirá, hasta la regulación desagregada de los supuestos en los que procede, que, según se trate de procedimientos iniciados de oficio o a instancia de interesado, se regulan en preceptos distintos y distantes (arts. 25.1.b y 95, respectivamente).

Como ya afirmé en otro lugar<sup>18</sup>, la regulación dista de ser satisfactoria por tres razones que saltan a la vista con solo leer sus preceptos reguladores: una, su delimitación conceptual, pues, dadas las grandes diferencias que las separan, sería conveniente distinguir las también nominalmente. De ahí que la doctrina haya mostrado su preferencia por denominar “perención” a la caducidad producida en los procedimientos iniciados de oficio –lo que acontece cuando su resolución tiene efectos sancionadores o, en general, restrictivos para los derechos individuales (art. 25.1 LPAC)–, y “caducidad” cuando se trata de la producida en procedimientos iniciados a instancia de interesado. Y, por último, “decadencia” para referirse a la que afecta a los derechos, aunque se venga a confundir con la perención –porque su ámbito se circunscribe también al cauce formal que se sigue para ejercitarlos y tampoco prejuzga el fondo objeto del debate–; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esta última produce su decadencia por no haberlos ejercitado en el lapso temporal previsto en la ley, lo que hace que, por esta razón, no puedan ejercerse<sup>19</sup>.

En segundo lugar, las consecuencias invalidatorias, si es que las tiene, de la resolución definitiva con que se pone fin a un procedimiento, si la misma se dicta una vez concluido el plazo máximo para resolverlo. Sí prevé *expressis verbis* el art. 95.3 LPAC la posibilidad de reiniciar un procedimiento sancionador caducado cuando aún no se ha agotado el plazo de prescripción, determinando incluso los “actos y trámites” que pueden ser reutilizados en el mismo provenientes del anterior caducado, así como aquellos que habrán de realizarse de nuevo, siendo el criterio distintivo que se deduce la necesidad o no de intervención de los interesados en el trámite, así como su posible afección a su derecho de defensa.

Y en tercer lugar, resulta reprochable que la LPAC haya abandonado la metodología que venía empleando para otras cuestiones del procedimiento sancionador, de tal forma que directamente ha dejado huérfana de regulación la caducidad entre sus especialidades.

El legislador, como digo, incurre, desde mi parecer, en dos errores de indudable trascendencia práctica: por un lado, relaciona de modo inadecuado

18. GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J., *Principios de la potestad sancionadora. Teoría y Práctica*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 272 y ss.

19. Como afirma GONZÁLEZ NAVARRO, “el problema de la naturaleza jurídica de la llamada caducidad del procedimiento se resuelve en una perogrullada: la caducidad del procedimiento es... la caducidad del procedimiento. Ni caducidad de derechos, ni prescripción de acciones. Extinción del procedimiento y nada más”. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 45, 1964, pág. 201.

la caducidad-perención del art. 25.1.b con la caducidad del procedimiento del art. 95, dando continuidad así a la equivocidad que padecían los arts. 44 y 92 LRJPAC, y poniendo de manifiesto el error de base del que parte; y, como consecuencia de lo anterior, parece dejar incomunicada la prescripción de las infracciones y sanciones con la caducidad del procedimiento, con la exclusiva finalidad de dejar incólume la posibilidad de perseguir la infracción o la sanción pese a haber transcurrido el tiempo máximo de duración del procedimiento<sup>20</sup>, algo que ha acabado por admitir en el párrafo 3.º del art. 95.

Efectivamente, el art. 95.3 LPAC establece que la caducidad de un expediente sancionador no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración. El art. 25.1.b LPAC ha obviado pronunciarse en semejantes términos, pero se remite al art. 95. Y es ahí donde surge el primer problema, en tanto que no se ha molestado en expresar si lo hace globalmente a todo el precepto –incluida, por tanto, la declaración que acaba de expresarse– o solo a parte de él –con posibilidades de excluirla–. Pero, si bien se mira, lo que establece el art. 95.3 es que la caducidad no presupone la prescripción<sup>21</sup>, pero, en realidad, tampoco la niega, con lo que da la impresión de que al precepto le falta algo. Y si resulta que, como dice la mencionada STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2000, los plazos de caducidad no son disponibles para la Administración, y han de configurarse en la doble vertiente de constituir un mandato dirigido a las autoridades administrativas (para responder de forma eficaz) y un derecho del administrado (a la no continuación del procedimiento), ¿cómo puede, a renglón seguido, sostenerse, como hace la sentencia, que puede reabrirse otro nuevo y distinto procedimiento con el mismo objeto?<sup>22</sup> ¿No se le estaría quitando con una mano lo que se le concedió con la otra?

Pero no es esta la única objeción que cabe formular frente a una solución semejante. Argumentos de peso han ofrecido la doctrina<sup>23</sup> y alguna que

20. Con independencia de lo que con mayor abundamiento se dirá, la jurisprudencia se ha encargado de delimitar ambas instituciones. Puede consultarse en este sentido la STS de 9 de marzo de 1988 (RJ 1988\1825): “el transcurso de tiempo entre un trámite y otro de un procedimiento administrativo, esto es, el hecho de su paralización durante cierto tiempo, lo que podría originar no es la prescripción de la infracción, mejor dicho, del derecho de la Administración a perseguirla, sino la caducidad del expediente [...]”.

21. No la presupone en ningún sentido: ni para interrumpirla, ni para dar lugar a ella, ni tampoco para iniciar un procedimiento que tenga por objeto reparar los daños que se hayan causado. Así lo determina la SAN de 22 de noviembre de 2002 (RJCA 2003\20).

22. Y así lo sostienen también la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 1998 (RJCA 1998\2821) y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de abril de 2002 (RJCA 2002\943).

23. CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1999; y LÓPEZ PELLICER, J. A., “La caducidad del procedimiento sancionador: ¿puede reabrirse y tramitarse otro si la infracción no ha prescrito?”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 42, 1999, págs. 1171 a 1199.

otra resolución judicial. De todas ellas destacan las SSTSJ de Murcia de 9 de noviembre de 1999 (RJCA 1999\3862), de 28 de marzo de 2001 (RJCA 2001\352) y de 24 de octubre de 2002 (RJCA 2002\49). En apretada síntesis, pueden concretarse sus fundamentos en los siguientes:

- 1) El ejercicio concreto de la potestad sancionadora ha de efectuarse bajo las exigencias que el propio ordenamiento establece, y entre las que se halla precisamente el requisito de tiempo, es decir, que la actuación administrativa se lleve a cabo dentro del plazo legalmente fijado, con entera independencia de que aún reste o no plazo de prescripción.
- 2) La paralización del procedimiento y que esta sea imputable a la Administración son presupuestos de hecho para que proceda la declaración de caducidad, “por lo que no parece justo ni adecuado que las consecuencias de la pasividad administrativa se atribuyan al imputado en lugar de a la propia Administración responsable de la inactividad”. En estas circunstancias, la poderosa razón de seguridad jurídica de evitar la situación de incertidumbre en el ciudadano es la que impide justamente que esta situación se prolongue más allá de los plazos y términos legalmente establecidos, amén de la legítima confianza que el ciudadano tiene en que las normas vigentes sean debidamente observadas y cumplidas por la Administración. Ítem más, a la Administración, cuando ejercita esa potestad punitiva, se le exige “una actuación especialmente diligente y eficaz, que ponga fin a la situación de incertidumbre en el tiempo estricta y legalmente prefijado”.
- 3) En otro orden de cosas, una de las diferencias más notables que distingue la prescripción y la caducidad-perención nos ofrece otra razón de no menor importancia que las anteriores: “En el régimen administrativo sancionador la prescripción se refiere no a un derecho o situación jurídica individualizada del presunto infractor, sino a la existencia de responsabilidad administrativa en que este haya podido incurrir, mientras que en la caducidad-perención del procedimiento sancionador lo que se extingue es la posibilidad de ejercicio e imposición en el caso concreto de una sanción administrativa, por causa –la paralización de aquel– que sea imputable a la propia Administración. Se trata, pues, de supuestos y situaciones distintas, que no cabe forzar para asimilarlas hasta el punto de hacer extensivo el precepto del artículo 92.3 de la Ley 30/1992 –sobre caducidad de los procedimientos iniciados ‘a solicitud del interesado’– a la caducidad del procedimiento

sancionador, en una interpretación analógica no favorable para el interesado, que además y por si no fuera bastante, sería contraria a la lógica de la propia institución de este tipo de caducidad y a la normativa que la establece como efecto-sanción para la Administración, por inactividad a ella achacable. No parece razonable, en efecto, entender que, a pesar de la caducidad producida y declarada del procedimiento sancionador, la Administración pueda repetirlo, como si aquella caducidad no existiera legalmente, esto es, como si fuera una especie de técnica indiferente en el terreno jurídico, sin función alguna que cumplir, ni trascendencia o efecto jurídico, de la que pudiera prescindirse por ello, o ignorarse, a pesar de venir como viene establecido por el ordenamiento, con unas determinadas consecuencias, y haber sido declarada además específicamente por la propia Administración en este caso. Si existe en ambos planos, el normativo y el concreto, la caducidad del procedimiento sancionador, algún sentido tiene que tener: el que impone para la Administración la exigencia –constitucional– de actuar de manera eficaz (art. 103.1 de la Constitución) y, por ende, asimismo, temporánea, exigencia cuyo incumplimiento, por inactividad de la Administración, la Ley por ello sanciona; y para el administrado –aquí presunto infractor– el derecho correlativo, y vinculado al citado principio de seguridad jurídica, a que la Administración actúe enjuiciando y resolviendo el asunto estrictamente dentro de plazo, para que la situación de afflictividad e incertidumbre generada con la incoación del procedimiento sancionador, e imputación de posible responsabilidad al presunto infractor, no se prolongue más allá del tiempo legalmente establecido y que condiciona el ejercicio concreto de la potestad sancionadora”.

Sin embargo, la STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003\4602) no se mostró precisamente proclive a otorgar favorable acogida a estos argumentos, y, con cita de las SSTs de 5 de diciembre de 2001 y de 17 de abril de 2002, sentó la siguiente doctrina legal: “La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, art. 44.2 LRJPAC, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el art. 92.3 de la misma Ley”.

# La revisión de oficio en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Alicante*

1. Significación teórica y tensiones en la práctica
2. Revisión de oficio de actos nulos y declarativos de derechos de un particular a instancia de la Administración o de un tercero
3. Revisión de actos de gravamen a favor del afectado directo o destinatario del acto. Régimen de inadmisión
4. Compatibilidad de la revisión de oficio con casos en que inicialmente se revela un puro interés jurídico objetivo, en especial cuando finalmente se revele un interés subjetivo en la defensa del acto que se pretende sustituir
5. ¿Revisión de oficio en controversias entre Administraciones, o bien necesidad de accionar por la vía de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)?
6. Trámites del procedimiento de revisión de oficio
7. La acción de nulidad del particular
8. Procedencia “en cualquier momento”
9. El artículo 106.2 de la LPAC. Revisión de oficio de disposiciones administrativas
10. El artículo 106.3 de la LPAC. Inadmisión a trámite
11. El artículo 106.4 de la LPAC. Indemnizaciones que proceda reconocer
12. El artículo 106.5 de la LPAC: la caducidad y las desestimaciones presuntas de acciones de nulidad

---

*Artículo recibido el 07/09/2016; aceptado el 10/10/2016.*

13. La suspensión del artículo 108 de la LPAC
14. El límite de la revisión del artículo 110 de la LPAC
15. Artículo 111 de la LPAC

## Resumen

La nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, propicia una ocasión no solo para exponer las novedades del articulado legal, sino también para presentar un estudio actualizado con los extremos de análisis que viene planteando esta institución central del derecho administrativo.

Palabras clave: revisión de oficio; nulidad; reformas legales.

***The ex officio review of administrative acts in the Law 39/2015, of 1 October, on the administrative procedure of public administrations***

## Abstract

*In the context of the recent Law 39/2015, of 1 October, on administrative procedure of public administrations, the article explores the new legal framework and analyzes the key aspects of the ex officio review of administrative acts which is a central institution of administrative law.*

Keywords: *ex officio* review of administrative acts; nullity; legal reforms.

## 1

### Significación teórica y tensiones en la práctica

Según el artículo 106.1 de la LPAC, “las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

Estamos ante uno de los capítulos de mayor significación del derecho administrativo, por supuesto práctica, ya que este articulado se aplica

frecuentemente; pero también “teórica”, ya que la revisión de oficio nos expresa el contrapeso a la firmeza de los actos tras los breves plazos fatales de impugnación que arbitra la legislación administrativa.

Se explica así que el legislador se vea en la necesidad de abrir una vía para tutelar los intereses jurídicos de todos aquellos que puedan precisar una defensa en derecho, y que de lo contrario verían frustrados sus derechos por el transcurso de tal plazo de impugnación, que a veces ni siquiera les incumbe.

Y esto afecta a numerosas situaciones y no solo a actos favorables a terceros, sino también a propios actos de gravamen, como iremos viendo. Lo característico va a ser, junto a la apertura de opciones de defensa, los límites de tales opciones, pensando en los afectados por la revisión de oficio, en especial las propias previsiones de indemnizaciones en caso de que se produzca la anulación que persigue la revisión, sin perjuicio de otras garantías, las inherentes a las propias exigencias de fondo o procedimentales de la revisión de oficio.

El título V de la LPAC sigue hablando de la revisión de los “actos”, si bien después incluye la de las “disposiciones”. Y el capítulo (V) habla de revisión de oficio, pero después incluye la lesividad, siendo por tanto tales títulos matizables, o al menos entendibles en el sentido que quiere darles el legislador.

Es claro que se procura que prevalezca la legalidad. Si un acto es nulo hay que erradicarlo del mundo del derecho. El hecho de que puedan producirse indemnizaciones, como consecuencia de la revisión, no lleva a discutir ese otro planteamiento, que prima, de la legalidad administrativa. Ni los actos propios ni la confianza legítima, o el razonamiento del coste que puede implicar revisar un acto, permiten en principio excepcionar el juicio único de legalidad que se impone hacer, a la hora de revisar un acto. Esta afirmación, aunque parezca un logro, más bien no deja de ser inquietante<sup>1</sup>. A veces, en la pura práctica, se aprecian casos que hacen dudar de si merece la pena el sobresalto económico que implica el cumplimiento de la legalidad,

1. Puede citarse la STS 7147/2011, de 11 de noviembre de 2011, recurso 799/2009: “Y en la sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 2002 (RC 7242/1997), se afirma: ‘Además, la doctrina invocada de los *actos propios* sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de esta. [...]’”.

en casos concretos, pero esta es una reflexión más filosófica que jurídica, no por ello carente de valor.

La ratio de este articulado está en que la Administración no puede desentenderse de sus actos, dictando otros posteriores en sustitución de los primeros, sino siguiendo las pautas establecidas en los artículos 102 y ss. Esta elemental doctrina puede explicarse a la luz de la STS de 10 de noviembre de 2006<sup>2</sup>. La Administración podrá pretender “relativizar” el hecho de que existe un acto administrativo previo, que quiere sustituirse por otro<sup>3</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo insiste en que la adjudicación fue un acto válido que no puede ser sustituido por otro si no es acudiendo a la revisión de oficio: “así las cosas es claro que el Acuerdo recurrido no pudo dictarse prescindiendo del anterior mediante un acto de contrario imperio [...]”<sup>4</sup>.

Así y todo, en la praxis observamos situaciones en que la Administración **elude la revisión de oficio**, no tanto sustituyendo un acto por otro, o mediante la rectificación de errores, lo cual es más elemental. Se trata más bien de casos más sutiles en que puede estar optándose por sancionar, o por decretar un restablecimiento de la legalidad urbanística, en supuestos en que es debatible si en realidad no se elude interesadamente la revisión de oficio. En estos casos se obvia, por la Administración, el hecho del error propio en el momento de otorgar la licencia, y, en cambio, se opta por la interpretación de que el titular de la licencia ha incumplido esta. Toda una

2. En este mismo sentido, STS de 1 de junio de 2004 (RJ 7099). Igualmente, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de diciembre de 2001 (RJCA 2002\171), poniendo de manifiesto que un “reparo” no es vía para impedir el pago de una subvención después de que se hubiera declarado el derecho del particular al cobro, incidiendo en la necesidad de revisión de oficio o lesividad (en el contexto de la acción del artículo 29.2 de la LJCA 29/1998). Igualmente anula el acto, por exigirse lesividad que se omite, la STS de 12 de noviembre de 1985 (RJ 364).

3. “Esa pretendida propuesta de resolución, después degradada a la condición de borrador, no puede desnaturalizar **lo que era ya un acuerdo dictado por el órgano competente para ello y que resolvía un concurso previamente convocado**. Y no podía hacerlo porque la denominada propuesta reconocía que buscaba obtener del Pleno la conformidad ‘al Acuerdo del órgano de contratación del Consejo General del Poder Judicial por el que se resuelve el concurso para la adopción del tipo de bases de datos de legislación y jurisprudencia a suministrar por el propio Consejo a los miembros de la Carrera Judicial, en los términos de la resolución adjunta’, es decir, que el propio encabezamiento de lo que se denominaba propuesta expresaba la convicción cierta de que existía ya un acuerdo del órgano de contratación que exponía al Pleno para que lo ratificase, a lo que aquel se negó puesto que carecía de competencia para ello [...]”.

4. En este mismo sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 2016 (recurso 169/2014) desautoriza a la Administración por no seguir ninguno de los procedimientos previstos en la legislación de procedimiento administrativo (de revisión de oficio o lesividad), anulando una resolución que de facto revocaba una previa decisión (el otorgamiento de una tarjeta de residencia en régimen comunitario).

tentación para la Administración Pública, ya que esta elude así el régimen de responsabilidades patrimoniales que conlleva la revisión de oficio o la lesividad. Una “tentación” que se ve animada por la realidad más elemental de derecho, que es poder forzar la “interpretación posible” (lo que, por cierto, a la Administración no le resulta difícil, y menos a sus informantes), optando por una figura jurídica (restauración de la legalidad) en vez de otra (revisión o lesividad), y liberándose así del régimen indemnizatorio de estas últimas. La situación es similar a cuando se fuerzan las resoluciones contractuales por culpa del contratista: casos en que lo apropiado es un “desistimiento” del contrato de la Administración y, sin embargo, esta opta por el incumplimiento del contratista. En sede contencioso-administrativa, la interpretación que haga la Administración tendrá además un peso especial; así que, al final, los límites del control judicial son más que relativos; hecho este que nuevamente anima a la “tentación” comentada. Situaciones no del todo infrecuentes, en casos que admiten dos posibles interpretaciones (que es lo suyo), al tiempo que preocupantes, porque expresan en el fondo los límites del derecho mismo. Al final de todo este recorrido jurídico, el factor humano se revela más importante que la ley misma, afirmación que rompe postulados<sup>5</sup>.

Otra situación característica en la praxis, en el contexto de la revisión de oficio, es la relativa a nuevos gobernantes que quieren contrariar los actos o decisiones del gobernante que precedió en el cargo. Esta vía no es fácil, pese a que algunos políticos pretendan ignorarlo. La tentación ahora es invocar motivos de legalidad para sustituir los actos administrativos del anterior alcalde por otros nuevos, procediendo en principio la revisión de oficio (lesividad, según se considere nulo o anulable el acto elegido). Esta situación puede chocar con el rescate (u otras figuras), pero incluso admitiendo que la franja de “lo interpretable” (sobre la legalidad aplicable) pueda ser a veces generosa para la Administración, el derecho administrativo, se quiera o no, tutela a contratistas que prestan servicios públicos, tutela a titulares de licencias... El freno, por una vía u otra, en estos casos, va ser la posible indemnización compensatoria, que muchas veces no es baladí.

En un plano más sencillo, es claro que procede la revisión de oficio evitando la “tentación” de la vía de la rectificación de errores (STS de 25 de febrero de 1987, RJ 3369). En este contexto interesa también la STS de 20 de octubre de 2014 (rec. casación 3409/2013) cuando llega a decir que, si en el marco de un proceso selectivo se otorga una determinada

---

5. Otros ejemplos pueden consultarse en mi libro *Juicio a un abogado incrédulo*, editorial Civitas, Madrid, 2016.

puntuación a unos determinados méritos, un posible cambio de valoración de méritos ha de realizarse por el cauce de la revisión de oficio y no por el previsto en la rectificación de errores (del antiguo artículo 105.1 de la LRJAP-PAC).

**Las opciones**, como puede comprobarse, de sustituir un acto por otro, al margen de la revisión de oficio, la lesividad o incluso la revocación, son reducidas. Se trataría de casos como los siguientes:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2006<sup>6</sup> por la que se admite que el incumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de subvenciones habilita a la Administración a dejarlas sin efecto, sin necesidad de instruir procedimiento de revisión de oficio, de lesividad o de revocación: “en cuanto al otro motivo de impugnación, hemos de señalar que no está aplicando la Administración demandada el artículo 105 de la Ley 30/1992 para revocar la subvención, sino las propias normas de su concesión como ya hemos argumentado, no encontrándonos ante la revisión de actos firmes por la Administración por ser contrarios al ordenamiento jurídico (asimismo sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2007)”.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006: un procedimiento administrativo de deslinde es claro que sustituye otro deslinde anterior, sin necesidad de revisión de oficio o lesividad. Aquel se justifica ante la modificación de una situación física o jurídica anteriormente determinada.

Otro quid de este articulado está en que la Administración **debe** reaccionar, siguiendo los cauces debidos, contra el acto si no es conforme a derecho. Tal como argumenta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2005, “la acción de revisión de oficio cumple los requisitos del artículo 102 de la Ley 30/1992 y la existencia de un acto nulo de pleno derecho exige la reacción enérgica de las Administraciones Públicas, que están obligadas a eliminarlo del mundo jurídico [...]”.

No obstante, este “deber” de iniciar la revisión de oficio es matizable, considerando las opciones de inadmisión que existen frente a las acciones de nulidad (en el marco de la revisión de oficio) o de desestimaciones presuntas. No hay una afirmación en derecho que no tenga excepción.

Por tanto, la revisión de oficio por la Administración de sus disposiciones y actos nulos se regula en el artículo 106 de la LPAC, y lo primero es

---

6. Cita que tomo de T. COBO OLVERA, *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*, cuarta edición, Madrid, 2013, p. 1137.

tener presente el artículo regulador de la nulidad de pleno derecho<sup>7</sup> de los actos administrativos y sus supuestos para seguir avanzando<sup>8</sup>.

Por el hecho de invocar nulidad es claro que no se rompe la regla general, en principio, de impugnación en el plazo de un mes de reposición o de dos meses de contencioso-administrativo previsto con carácter general para recurrir actos administrativos. Y, sin embargo, el hecho de la “nulidad” permite afirmar que el plazo finalmente va a quedar abierto o indeterminado, salvo el límite que expresa el artículo 110 de la LPAC.

Importante es que la nulidad de pleno derecho, en el marco de la acción de nulidad ejercitada por el particular, no puede llevar al equívoco de entender que se puede ejercitar en cualquier momento directamente ante el órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, ya que es preciso solicitar primero la revisión de oficio de tal acto nulo de pleno derecho en vía administrativa, y luego, tras su desestimación expresa o presunta, podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 20 de diciembre de 2013, recurso 894/2011).

## 2

### Revisión de oficio de actos nulos y declarativos de derechos de un particular a instancia de la Administración o de un tercero

Aunque el artículo 106 no distingue más allá de la causa de nulidad, lo normal es que la potestad de revisión de oficio y desde luego la de lesividad se refieran a actos *favorables*, cuya anulación interese a un tercero o a la Administra-

7. La STS de 12 de julio de 2012 (RJ 8483) dictamina expresamente, en este contexto, las dos claves principales del régimen procesal de la revisión de oficio: en principio, mediante el régimen de la revisión de oficio se consigue, “según dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 26 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 1019) (RC 5360/2006), que la finalidad que está llamada a cumplir el artículo 102 de la Ley 30/1992 es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio esencial de tan relevante trascendencia. Ahora bien, no pueden enmascarse como nulidades plenas, lo que constituyen meros vicios de anulabilidad”.

8. C. FIGUERAS BOSCH, “El dictamen del órgano consultivo como acto administrativo no revisable en sede jurisdiccional. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2014”, *Revista Española de Función Consultiva*, enero-junio de 2014, número 21, página 97; R. BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid, 1977; y F. CORDÓN MORENO, *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Madrid, 2013.

ción misma (por ejemplo, una licencia o el nombramiento de un funcionario); y la de revocación, a los actos de gravamen.

Incluso a veces se llega al equívoco de identificar revisión de oficio con actos favorables: “la regulación de la revisión de los actos en vía administrativa en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contempla en su Capítulo I la revisión de oficio, distinguiendo entre la revisión de disposiciones y actos nulos (art. 102), la declaración de lesividad de los actos anulables (art. 103), y la revocación de actos y rectificación de errores (artículo 105); y así mientras los primeros se refieren a actos favorables para los interesados el artículo 105 establece la posibilidad de revocar en cualquier momento los actos desfavorables o de gravamen, así como rectificar los errores materiales, de hecho o aritméticos” (STSJ de Castilla-La Mancha núm. 649/2003, de 7 de noviembre de 2003)<sup>9</sup>.

La STS de 29 de septiembre de 2003 sostiene que “el sistema de la revisión de oficio tiene como presupuesto básico la distinción entre actos declarativos de derechos y aquellos otros que no son incluibles en esta específica categoría”.

La STS de 29 de septiembre de 2003 desestima el recurso que pretendía la revisión de oficio, argumentando que ello no es posible porque el acto no es favorable sino de gravamen, partiendo de que en este tipo de actos no procede la revisión.

En definitiva, la revisión de oficio de los actos administrativos se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica que postula la conservación de los actos ya dictados y su *irrevocabilidad administrativa cuando son declarativos de derechos* (STS de 29 de septiembre de 2003).

---

9. Por tanto, en la revisión de actos de gravamen se advierte confusión: en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 108/09, de 18 de febrero de 2009, se llega a argumentar que no procede la revisión del acto administrativo por ser de gravamen, es decir, una sanción, pese a que se obliga a la Administración a instar la potestad de revocación del artículo 105, considerando que el particular ha ejercitado un derecho de denuncia.

Similar es el caso del Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 5/13, de 9 de enero de 2013, de 27 de mayo de 2009, etc. En la *Compilación de criterios doctrinales* del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se afirma: “Solo los *actos administrativos declarativos de derechos* que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en tiempo y forma, podrán ser objeto de revisión de oficio en aplicación del artículo 102.1 de la LRJ-PAC. Para el resto de actos que no contengan una declaración de derechos, la Administración puede revisar sin someterse al procedimiento del artículo 102 LRJ-PAC (dictámenes 108/09, de 18 de febrero, 742/11, de 21 de diciembre, 107/12, de 22 de febrero, 5/13, de 9 de enero, y 117/14, de 26 de marzo)”.

Es cierto que si un acto administrativo no es favorable, es de gravamen, no se produce la indicada tensión entre ambos principios en la forma como se produce cuando se trata de actos declarativos de derechos, y la revocación de tales actos por la Administración, primero libre, se sujeta luego a que no sea contraria al ordenamiento jurídico.

### 3

#### Revisión de actos de gravamen a favor del afectado directo o destinatario del acto. Régimen de inadmisión

Pese a lo que acabamos de decir, *se admite la revisión de oficio de actos nulos de gravamen*. Se observan casos en los que el propio interesado que es destinatario de un acto administrativo de gravamen insta la acción de nulidad del artículo 106 de la LPAC (antes 102 de la LRJAP-PAC), a fin de solicitar que se revise de oficio dicho acto por incurrir en alguna causa de nulidad de pleno derecho.

La STS (Sala Quinta, de lo Militar) de 20 de mayo de 2009 (recurso contencioso disciplinario militar ordinario número 204/108/2007) no considera improcedente esta vía, cuando obliga a la Administración a tramitar la petición de revisión de oficio instada por el interesado (invocando como motivos de nulidad la vulneración de derechos fundamentales y haberse prescindido del procedimiento establecido), en concreto respecto de un acto por el que se acordaba el pase a la situación de suspensión de empleo por un periodo de cuatro meses.

El Tribunal Supremo se apoyó en que se requiere una motivación al menos mínima para rechazar tal petición, y una tramitación que requiere dictamen del órgano consultivo. Es decir, se da por hecha la admisión de la petición, condicionando su éxito a que se ponga en evidencia una vulneración de un derecho fundamental o ausencia de procedimiento, salvo que se motive suficientemente la improcedencia de la solicitud presentada (puede verse también en este contexto la STS de 27 de febrero de 2004 en el recurso de casación núm. 201/118/03; igualmente, se admite finalmente la pretensión de nulidad del acto de gravamen –una sanción– por la STSJ de Canarias, sede de Tenerife, núm. 1414/1998, de 23 diciembre; como razona la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de marzo de 1999, “los actos nulos de pleno derecho, ya fueren declarativos de derecho, ya de gravamen, también podrán ser revisados, a tenor de lo que previene el artículo 102”<sup>10</sup>).

10. Asimismo (STSJ de Extremadura de 20 de febrero de 2007), “por lo que se refiere a la revisión de los actos administrativos, el artículo 102 no se ciñe, como tampoco

El debate sería si existe *nulidad* o no. Al haberse pasado el plazo de recurso contra el acto en cuestión, los motivos ordinarios de anulabilidad ya no podrían invocarse.

Sobre la revisión de oficio en casos de actos nulos de gravamen pueden verse asimismo los dictámenes del Consejo de Estado núms. 263, de 18 de marzo de 1998; 4134, de 10 de diciembre de 1998; 4909/98, de 11 de febrero de 1999; 21/1999, de 18 de febrero de 1999; 69/2000, de 23 de marzo de 2000; 1949/2000, de 22 de junio de 2000; 4441/98, de 28 de enero de 1999, y 6049/97, de 26 de febrero de 1998.

En el Dictamen del Consejo de Estado núm. 263, de 18 de marzo de 1998, se afirma que “este Consejo de Estado entiende que la naturaleza de acto de gravamen de la resolución cuya revisión se solicita no es obstáculo para entender aplicables las garantías previstas en el artículo 102 de dicha Ley 30/1992, ni para calificar como acción de nulidad la ejercida por la interesada. Esta conclusión es acorde con la doctrina que se desprende de los dictámenes números 5356/1997 y 5618/1997 de este Cuerpo Consultivo. No obstante, no ha sido acreditada en el expediente sometido a consulta la existencia de vicio de nulidad alguno en que pudiera haber incurrido la resolución sancionadora. Por lo que respecta a la alegación de indefensión, es preciso recordar que el disco-diagrama cuya consulta solicitaba el interesado obraba en el expediente sancionador, por lo que este podía libremente solicitar y obtener copias del mismo, con la finalidad de desvirtuar la lectura que del disco-diagrama había realizado el Inspector”.

En el Dictamen núm. 4134, de 10 de diciembre de 1998, no solo se admite esta vía de la revisión de oficio, sino que además se concluye que el acto es nulo por prescindir de procedimiento: “*A juicio del Consejo de Estado, ello es lo que ha acontecido en el presente caso. A este respecto, no cabe ignorar que el procedimiento seguido por la Administración, del que se da cuenta en los antecedentes primero a cuarto de este Dictamen, iba dirigido a determinar si la sociedad [...], era o no responsable de una infracción contemplada*

---

lo hacía la Ley 30/1992 en su redacción originaria, a los actos declarativos de derechos o favorables. Ello debería conllevar la aplicación del artículo 102 de la Ley 30/1992, a todos los actos que incurran en alguna causa de nulidad, sean o no declarativos de derechos, de modo que, para la revisión de los actos nulos de gravamen o no favorables, operaran las garantías establecidas, en atención a las exigencias del orden jurídico, y los interesados no se vieran desprovistos de la denominada acción de nulidad, en relación con los actos onerosos o desfavorables (Dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1998). No obstante, el artículo 105 de la Ley 30/1992 tras la reforma sigue manteniendo la posibilidad de revocación de actos de gravamen o desfavorables en cualquier momento por parte de la Administración, por lo que en principio esta no se someterá al complejo procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 cuando tiene abierta otra posibilidad más sencilla en el artículo 105 de la Ley”.

en la anteriormente vigente Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. Sin embargo, finalmente, se dictó una resolución en la que, sin hacer pronunciamiento sobre la responsabilidad de dicha entidad, *se sancionaba a un sujeto distinto de dicha entidad, con el que, en rigor, no se había seguido ninguna actuación*. Frente a lo expuesto, que pone de manifiesto una *omisión del procedimiento* que puede calificarse de total, no cabe argumentar que el citado era socio de la entidad, ya que ello no ha de llevar, a los efectos de la tramitación de un procedimiento por infracción, a identificar a la entidad con el socio. Tampoco el hecho de que [...] haya presentado dos escritos de alegaciones puede llevar a otra conclusión, habida cuenta de que actuaba como representante de la sociedad, en interés de esta y no en el suyo propio, en un expediente en el cual no se dirigía ninguna actuación contra él. En consecuencia, procede *declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución del secretario general de Comunicaciones de 31 de julio de 1996, por la que se acordó imponer a [...] una multa de 250 000 pesetas*<sup>11</sup>.

Por su parte, del Dictamen 21/1999, de 18 de febrero de 1999, interesa mostrar la línea de la accionabilidad más allá del plazo de recurso administrativo o contencioso. En suma, cabe admitir que si existe nulidad del acto pueda invocarse la vía del artículo 106 de la LPAC, no por cierto la del artículo 109 de la LPAC (antes 105 de la LRJAP-PAC). Este mismo Dictamen ejemplifica la necesidad de distinguir entre nulidad y anulabilidad, pese a que a mayor abundamiento pueda observarse que tampoco concurre anulabilidad en caso de que la invocación de la nulidad no sea procedente. Asimismo, ejemplifica este Dictamen el problema de fondo relativo a que al recurrente se le haya podido haber pasado el plazo de recurso, y esté intentando reabrir la causa por la revisión de oficio o el recurso extraordinario de revisión.

Del Dictamen 69/2000, de 23 de marzo, interesa observar cómo (al igual que la citada STS de 20 de mayo de 2009), motivando la Administración, puede rechazar la acción de revisión de oficio por no concurrir nuli-

11. En el Dictamen 4909/1998, de 11 de febrero de 1999, se afirma que, “teniendo en cuenta que el artículo 102 de la Ley 30/1992 no se refiere expresamente (a diferencia del artículo 103 de la misma Ley) tan solo a los actos declarativos de derechos, y considerando la relevancia de los excepcionales vicios de nulidad de pleno derecho que sirven de fundamento a la acción de nulidad, que no se sanan mediante el transcurso del tiempo ni son subsanables, así como la dificultad que en ocasiones presenta la determinación del sentido final de un acto, este Consejo de Estado entiende que la naturaleza de acto de gravamen de la resolución cuya revisión se solicita no es obstáculo para entender aplicables las garantías previstas en el artículo 102 de dicha Ley 30/1992, ni para calificar como acción de nulidad la ejercida por el interesado. Esta conclusión es acorde con la doctrina que se desprende de los dictámenes números 5356/1997 y 5618/1997 de este Cuerpo Consultivo”.

dad: “No obstante, la solicitud de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho podía haberse inadmitido motivadamente, sin necesidad de previa consulta al Consejo de Estado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, por carecer manifiestamente de fundamento. Este Consejo de Estado ha venido indicando en diversos dictámenes (véase, por todos, el número 1494/1997) que los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o en cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de una interpretación estricta. Los vicios alegados por el interesado no pueden fundar la revisión de oficio solicitada. La resolución sancionadora fue dictada de acuerdo con el procedimiento establecido, sin que concurriera la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992”.

Lo normal es que, junto a la admisión de esta vía, se concluya que no se manifiesta motivo de *nulidad* (Dictamen 6049/1997, de 26 de febrero de 1998). El Dictamen 1949/2000, de 22 de junio, recuerda que la “mera omisión de un trámite, aunque fuera preceptivo, no constituye por sí sola un vicio de nulidad de pleno derecho”. El Dictamen 4441/1998, de 28 de enero de 1999, recuerda que el vicio ha de ser de nulidad, ya que “el legislador ha impuesto a los administrados la carga de oponerse, en la vía administrativa y en la judicial, a los actos administrativos que les perjudiquen y sean contrarios al ordenamiento. Esta carga guarda estrecha relación con el principio de seguridad jurídica y con la firmeza de los actos administrativos, que en principio solo cede en los supuestos excepcionales previstos para el recurso extraordinario de revisión (Dictamen 5930/1997)”.

Por su parte, la STS de 26 de septiembre de 2005 **reconoce que la omisión de audiencia previa conlleva la nulidad, pero exige que la indefensión persista** o siga siendo efectiva en el momento de pedir la revisión de oficio, declarando por tanto improcedente la solicitud de revisión de oficio del particular pese a la omisión de la audiencia debida, no siendo posible dejar transcurrir el plazo del recurso y pretender litigar quince años después cuando ya no es efectiva la indefensión.

Por tanto, incidiendo de nuevo sobre el plazo abierto para el ejercicio de la acción de nulidad, acabamos de apreciar, en conclusión, que instar la revisión de oficio del acto nulo de gravamen puede ser el mecanismo de defensa del particular, que pretende mantener viva su causa contra un acto no recurrido en tiempo y forma. Desde luego, la pretensión se ceñirá a la nulidad, además de que la no existencia de motivo de nulidad o la propia regla de irrecurribilidad de los actos por extemporaneidad podrá terminar, en el caso concreto, cerrando las opciones de defensa.

## 4

**Compatibilidad de la revisión de oficio con casos  
en que inicialmente se revela un puro interés jurídico objetivo,  
en especial cuando finalmente se revele un interés subjetivo  
en la defensa del acto que se pretende sustituir**

Lo suyo es que cuando se practique una revisión de oficio conste un sujeto identificado o identificable *ab initio*, en todo caso con carácter concreto, que se ve afectado por la revisión de oficio de un “acto favorable”. O bien, como acabamos de ver, que proceda la revisión de oficio contra un acto de gravamen, pero, igualmente, con un sujeto identificable desde el primer momento, que insta aquella en su favor. Lo mismo puede decirse de la lesividad, en el sentido de que esta se instará contra un sujeto concreto perfectamente identificado, contra el que se dirige dicha lesividad.

Sin embargo, profundizando en las posibles incidencias, podemos preguntarnos acerca de la procedencia de la revisión de oficio del artículo 106.1 de la LPAC en el contexto de actos que no tienen, *ab initio*, destinatarios inmediatos o directos. Por ejemplo, bases o pliegos, o actos de naturaleza presupuestaria.

Podemos primero observar *si es incompatible con* la revisión de oficio el hecho de que prime un puro interés objetivo en la necesaria sustitución de un acto por ser ilegal. Segundo, podemos también estudiar el procedimiento adecuado cuando en estos casos finalmente aparece un sujeto en escena que defiende (incluso con especial interés) la legalidad del acto que se quiere sustituir por la Administración<sup>12</sup>.

De ciertos dictámenes de Consejos Consultivos se deduce que la Administración repercute contra actos que, en principio, no tienen un sujeto identificado. Así, en los casos de revisiones de oficio contra **bases de concursos o pliegos**. Obsérvese que no se identifican sujetos concretos en estos casos, ya que los destinatarios en principio son la generalidad de los potenciales concursantes o ciudadanos. También puede citarse el

12. Es decir, la posición jurídica subjetiva puede identificarse no *ab initio* o de manera clara al comienzo, sino en el desarrollo del proceso de discusión del acto que la Administración pasa a considerar lesivo o ilegal. En el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 116/14, de 26 de marzo de 2014, a la hora de tramitarse el procedimiento de revisión de oficio contra un acto de supresión de dos concejalías delegadas, se considera **interesado** a los concejales de la corporación, afirmando que nos encontramos ante un verdadero acto administrativo que reúne los requisitos para que pueda procederse a la revisión de oficio, no siendo tal acto una simple propuesta. Consta, por tanto, que en el procedimiento de revisión se dio audiencia a los concejales de la corporación, presentando estos alegaciones. En este caso se estimó que había nulidad por incompetencia manifiesta.

ejemplo de una liquidación presupuestaria que interesa revocar o anular a un ayuntamiento.

Por otro lado, finalmente podrán terminar identificándose sujetos concretos afectados por la revisión de oficio, o que simplemente se posicionan en la defensa del acto que pretende ser revisado o declarado lesivo o sustituido por la Administración. Y ello se entiende porque, cuando se insta tal revisión de oficio, ha pasado el tiempo suficiente como para que tales bases hayan dado lugar a la convocatoria de las pruebas, a la celebración de estas y hasta al propio nombramiento de los particulares en cuestión, o selección de los contratistas. De tal modo que, finalmente, estos aparecen como afectados en el procedimiento de revisión de oficio, se les otorga audiencia y formulan las pertinentes alegaciones. O, más sencillamente, existe un titular que desde el comienzo invoca un interés en mantener el acto que se quiere revisar, por considerarlo legal.

En el Dictamen 342/2012, de 6 de junio de 2012, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, es objeto la revisión de oficio de la **convocatoria de 9 plazas** de auxiliar administrativo, hecha por decreto, para proveer plazas mediante concurso-oposición, cuyas bases fueron publicadas en el Boletín correspondiente. Por tanto, estamos ante un ejemplo en que, a priori, se observa que el acto objeto de revisión en cuanto tal tiene carácter general, sin interesado concreto; cierto que, no obstante, cuando se insta la revisión de ese acto que se considera viciado, ya se ha consumado la selección de personal, existiendo por tanto interesados perfectamente identificables en el procedimiento, a los que de hecho se les otorga audiencia y formular alegaciones.

Algo similar ocurre con el Dictamen 489/09, de 14 de octubre de 2009, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, cuyo objeto era la revisión de oficio de las bases de convocatoria para cubrir 4 plazas de sargento de la Policía Local de un ayuntamiento: *de forma interesante se llega a argumentar (en la página 14 de este Dictamen) que el objeto de la revisión lo constituye la aprobación de unas bases de convocatoria de proceso selectivo que en sí mismo no es un acto declarativo de derechos*. Cuestión distinta es que el objeto de la revisión fuera un acto de nombramiento de una determinada persona como sargento<sup>13</sup>.

13. De forma similar puede citarse el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 383/12, de 27 de junio de 2012, sobre revisión de oficio de un proceso de selección, pero contando con que ello afectaba finalmente a una plaza de Técnico de Administración General (puede citarse también el Dictamen 464/13, de 16 de octubre de 2013, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, donde la revisión de oficio se hace por decreto de alcaldía, contra la aprobación de **las bases generales** y específicas para la selección del personal funcionario y personal laboral correspondiente a la Oferta de Empleo Público del año 2010).

En definitiva, no es improcedente a priori la revisión de oficio, o la lesividad, en casos de este tipo, a fin de sustituir un acto que tenga un vicio de nulidad o anulabilidad. No obstante, en casos así puede pensarse también en la revocación. Ahora bien, cuando conste la existencia de una posición jurídica que defiende la legalidad del acto que se pretende sustituir, parece clara entonces la vía de la revisión de oficio (si tal acto es nulo), o bien la de lesividad (si tal acto es anulable), mejor que la revocación, a fin de ser consecuentes con el hecho de que hay un sujeto que está defendiendo la legalidad del acto, discutida por la Administración. Estos procedimientos parecen más respetuosos que la simple revocación, con las garantías del sujeto “afectado” o que se posiciona en favor del acto inicial.

## 5

### **¿Revisión de oficio en controversias entre Administraciones, o bien necesidad de accionar por la vía de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)?**

Dudas nos plantea la procedencia de una acción de nulidad instada por una Administración contra otra, en casos en que a aquella se le haya pasado el plazo de recurso de la LBRL y la LJCA. Es decir, el punto de discusión es si procede por la Administración la acción para la revisión de oficio, considerando que, tras la notificación de un acto, la vía ordinaria de defensa en estos casos es la que se contempla en el artículo 65 de la LBRL y en los artículos 44 y 46.6 de la LJCA 29/1998, de 13 de julio:

En efecto, la Administración que esté en desacuerdo con el acto notificado tiene a su disposición la impugnación en el plazo de dos meses en la jurisdicción contencioso-administrativa, o bien la vía del “requerimiento” del artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local y posterior impugnación, siguiendo igualmente los artículos citados de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (“litigios entre Administraciones”). Este es el régimen de defensa y no la revisión de oficio, que no prevé ningún cauce concreto para instar revisiones de oficio por parte de una Administración contra otra.

En mi opinión, la acción de nulidad del artículo 106 de la LPAC (en caso de proceder, es decir, contra actos, no contra normas) debe reservarse a aquellos casos en que no se pudo recurrir cuando se dictó el acto en cuestión. En casos generales de revisión de oficio, la jurisdicción contencioso-administrativa viene insistiendo en que la revisión de oficio no puede ser-

vir para eludir el régimen general de plazos. Por tanto, en estos supuestos de impugnaciones de actos por otra Administración, no fácilmente va a poder alegar la interesada que no tuvo tal conocimiento, y que no pudo recurrir en su momento por la vía de la Ley de Bases del Régimen Local y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En esta línea se situaría la STS de 16 de febrero de 2011 (RJ 1511): la acción por tercero de la revisión de oficio o de la lesividad “no es aplicable a las disposiciones de carácter general, cual es un estudio de detalle, aprobado definitivamente el 17 de mayo de 1999 por el Pleno del Ayuntamiento ahora recurrente, *de lo que se dio puntual cuenta a la Administración autonómica demandante en la instancia, quien ni usó el procedimiento previsto en el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local ni lo impugnó en plazo ante la Jurisdicción, sino que, transcurridos varios años, acudió ante el propio Ayuntamiento interesándole que tramitase un procedimiento de declaración de lesividad de actos anulables, contemplado en el mentado artículo 103 de la Ley 30/1992, lo que, a todas luces, es improcedente*, porque el estudio de detalle es una disposición de carácter general *que puede ser impugnada directamente en sede judicial dentro del plazo establecido en el artículo 46 de la Ley de esta Jurisdicción o, de forma indirecta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la misma Ley*”. En este sentido, STS de 25 de marzo de 1992, RJ 3391<sup>14</sup>.

Sin embargo, tenemos la impresión de que en la praxis contencioso-administrativa pesa el hecho de que el recurrente del acto municipal sea una Administración autonómica o estatal.

En la STS de 17 de abril de 2013 (RJ 2013\3569) y la idéntica de 11 de abril de 2013 (RJ 3351), citando ambas la STS de 11 de octubre de 2012 (RJ 10205), se opta por entender que el recurso de la Administración autonómica está dentro de plazo, ya que no se sigue la vía del artículo 65 de la LBRL, sino la del “102 de la LRJPA-PAC 30/1992”, posible por tanto, pese a haber transcurrido seis años desde que se adoptó el estudio de detalle. No obstante, esta STS finalmente inadmitió el recurso de la Administración autonómica, porque hubo un requerimiento anterior que originó un acto firme y consenti-

14. Este mismo criterio se ha venido sosteniendo en otras sentencias; así, SSTSJ de Andalucía, sede de Granada, de 25 de marzo de 2013, JUR 203240, citando varias sentencias del Tribunal Supremo y apoyándose en la necesidad de no poder dejar abierto el plazo de recurso conforme al propio artículo 106 de la LRJAP-PAC; de 25 de abril de 2012, JUR 334481; de 18 de abril de 2011, JUR 334573, declarando la extemporaneidad para ejercitar la vía del 102, ya que procede el régimen de plazos de la LBRL y la LJCA; o de 30 de diciembre de 2010, JUR 105788. También la STSJ de Canarias, Sala de Tenerife, de 5 de junio de 2000, FJ 2.º, JUR 253293, parte de que la vía procedente en estos casos es la prevista en la LBRL.

do, por no haberse recurrido en su momento: “el motivo de casación debe ser estimado, pues, tratándose aquí de la desestimación presunta de una solicitud de revisión formulada al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto sería, según resulta de lo dispuesto en los artículos 46.1, inciso segundo, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, y 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el de seis meses a contar desde el transcurso de tres meses desde que se presentó la solicitud de revisión de oficio. La solicitud de revisión se formuló el 28 de noviembre de 2003 y el recurso contencioso-administrativo se presentó el 1 de septiembre de 2004, de manera que el recurso fue presentado en plazo”.

## 6

### Trámites del procedimiento de revisión de oficio

En los dictámenes de los Consejos Consultivos se informa de los trámites del **procedimiento de revisión de oficio**.

En el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 323/14, de 23 de julio de 2014, se informa del procedimiento para revisión de oficio de *disposiciones de carácter general*: acuerdo de inicio del procedimiento dictado por el órgano competente, actuaciones instructoras, es decir, informes, y trámite de audiencia dando vista a los posibles interesados para que aleguen.

**En general**, han de constar los informes correspondientes, seguidamente el acuerdo de inicio dictado por el órgano competente, y después la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo, la audiencia y alegaciones de los interesados, y la propuesta de resolución.

La **propuesta de resolución** a veces se omite, pese a su importancia en cuanto acto que culmina la instrucción del procedimiento de forma necesaria para que, una vez realizado el trámite de audiencia, la Administración se pronuncie sobre las alegaciones presentadas por los interesados, con expresión de las razones que se abogan para su estimación o desestimación, y de los fundamentos jurídicos en los que la Administración sustenta su planteamiento a favor de la nulidad radical. Se trata de un trámite esencial, pese a que su omisión no necesariamente se considere como vicio de carácter invalidante, cuando se deduce de otros actos procedimentales, con claridad, cuáles son el acto cuya revisión se pretende y las causas de invalidez.

Especial atención debe en este contexto otorgarse a la posible caducidad.

Como todo procedimiento administrativo, el inicio del procedimiento de revisión de oficio debe adoptarse por el órgano competente para acordar la declaración de nulidad, con audiencia a los interesados y el dictamen de Consejo Consultivo, que habrá de ser recabado una vez instruido el procedimiento y dictada la propuesta de resolución.

## 7

### La acción de nulidad del particular

Cuando el acto sea nulo, **el particular dispone de una acción de nulidad** del mayor interés en la práctica y que, en cierto modo, reequilibra el sistema de garantías y el hecho de la brevedad del plazo de recurso de los actos nulos de pleno derecho (de ordinario, dos meses en vía judicial).

Asimismo, puede citarse la STS de 22 de julio de 2008 (recurso 6779/2005). Es ilustrativa de las opciones que abre esta acción de nulidad a los posibles interesados. Dicha sentencia considera procedente la acción de nulidad (en el marco de la revisión de oficio), por existir nulidad de pleno derecho, en un caso en que se entiende vulnerado el principio de igualdad en el acceso a la función pública (artículo 23.2 CE), declarando en favor de los recurrentes el derecho a ser incluidos en la relación definitiva de aprobados. En este caso la Administración modifica los criterios de valoración de las pruebas como consecuencia de un recurso de algunos participantes, sin haberlo hecho para todos ellos. El interés añadido del caso estaría en que los recurrentes en casación no recurrieron en su día la lista de aprobados, como sí hicieron otros opositores, y doce años después pretenden la revisión de oficio.

La legitimación se rige por los criterios generales en la materia (STS de 31 de mayo de 2012, RJ 7161). Además, la acción de revisión de oficio puede inadmitirse en casos de litispendencia (puede verse Consejo Jurídico de la Comunidad Valenciana, Memoria 2013, p. 133).

Si no se invoca causa de nulidad o no existe, esta acción está conducida al fracaso. En este sentido, podemos estudiar la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 15 de noviembre de 2006, ya que es un ejemplo de todo aquello que el estudioso tiene que evitar si quiere interponer una acción de este tipo.

Primeramente, esta sentencia de 15 de noviembre de 2006 informa de que el interesado apoyó su acción, como no podía ser menos, en una causa de nulidad:

*Avanzando más se observa que residenció la pretensión de nulidad del acto de desafectación emanado del Ministerio de Defensa en el supuesto*

*f) del art. 62 de la citada LRAJAPC, es decir, “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.*

*Y tal pedimento no fue acompañado de una **justificación** de cuál era el requisito esencial que se reputaba vulnerado ni de la acreditación de cómo la mencionada causa de nulidad afectaba a una resolución administrativa que acordaba la desafectación del bien, declarando su alienación y puesta a disposición de la Gerencia de la Infraestructura y Equipamiento de la Defensa<sup>15</sup>.*

Téngase también en cuenta que la previa interposición por el interesado de un recurso administrativo no debe conllevar, de por sí y de forma automática, la posterior inadmisión o desestimación de la acción de nulidad en relación con el mismo acto administrativo, pues se concede al interesado la posibilidad de accionar de nuevo contra el acto administrativo mediante la llamada acción de nulidad, lo que es coherente con la STC 24/2003 cuando recuerda que las resoluciones administrativas no producen un efecto equivalente al de la cosa juzgada, y por ello la existencia de una resolución administrativa por la que se desestima una petición no priva, por sí misma, al interesado del derecho a reiterar esa petición en un momento posterior, si al interesado todavía se le concede acción para ello.

Un límite se produce cuando la acción de nulidad se plantea sobre la base de los mismos motivos que el accionante invocó ya en el recurso administrativo previo, en cuyo caso sí procede inadmitir la acción de nulidad al amparo del apartado 3 de este mismo artículo, impidiendo que se reabran las causas indefinidamente (SSTS de 4 de mayo de 2007, 1 de abril de 2002 y 13 de septiembre de 2007).

## 8

### Procedencia “en cualquier momento”

En este sentido, hemos de incidir en el presupuesto legal de que la revisión de oficio procede “en cualquier momento”.

En definitiva, el capítulo de la revisión de los actos abre cauces de realización de derechos y posiciones jurídicas, en el sentido de abrir una vía para poder contradecir un acto nulo cuando interesa atacar su contenido tiempo

15. Igualmente, STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 1/2007, de 3 de enero de 2007.

después de su declaración o emisión. De ahí la importancia también de atender a las garantías del afectado por la revisión del acto declarativo de derechos (y en especial la indemnización pertinente).

Este problema o tensión entre, por un lado, la impugnación en debido plazo (deviniendo el acto firme tras el plazo de recurso, por motivos de seguridad jurídica), y, por otro lado, la necesidad de atenuar la rigidez de esta regla en aras de las garantías de los interesados en la nulidad del acto nulo, es una de las características más esenciales de todo el derecho administrativo. Y es un hecho que en la propia práctica administrativa abre un debate constante.

Y es que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (coherente con la idea misma de nulidad, con la tutela efectiva de derechos o intereses, y con la propia necesidad de abrir la defensa en el momento en que se observa el vicio de nulidad –no siempre en el plazo de dos meses tras el acto–) presenta riesgos de estabilidad o seguridad jurídica (STS de 30 de mayo de 1994), pues es sabido que, en principio, el hecho de que el vicio sea de nulidad no impide que tenga que respetarse el plazo de recurso.

En todo caso, podrá producirse la inadmisión de la acción de nulidad por la vía de la revisión de oficio del artículo 106 de la LPAC 39/2015, si el órgano jurisdiccional considera que se está eludiendo el plazo de recurso que tuvo a disposición el sujeto para defenderse en su momento de impugnación (STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2010, JUR 2011\42527)<sup>16</sup>.

## 9

### **El artículo 106.2 de la LPAC. Revisión de oficio de disposiciones administrativas**

Según el artículo 106.2 de la LPAC: “Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2”.

Solo podrá iniciarse por la propia Administración la revisión de oficio de las disposiciones administrativas, lo que supone que no se podrá instar de la

16. Para la STS de 12 de julio de 2012 (RJ 8483), “cabe observar que dicho procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho se configura como un remedio extraordinario y, como tal, subsidiario de los instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos, de modo que no resulta viable cuando se utilizan los cauces procedimentales y el acto hubiera sido recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa y se hubiera terminado el proceso por resolución firme”.

Administración el inicio de un procedimiento de estas características ante la nulidad absoluta de una disposición general dictada por aquella (sentencias del TS de 22 de noviembre de 2006, rec. núm. 4084/03, y del TSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2007; STS de 28 de noviembre de 2001).

El término “podrán” que emplea el artículo regulador “no supone una potestad discrecional para aceptar o rechazar la solicitud del particular, sino que significa que la Administración no está vinculada en este caso por el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, es decir, que cuenta con potestades de anulación y revocación propias” (STSJ de Cantabria de 20 de enero de 2005).

Tal como afirma la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 1085/2000, de 18 de septiembre de 2000, el hecho de que la Administración “pueda”, declarar de oficio la nulidad no puede hacer pensar que estemos ante una facultad.

En estos casos (en que la revisión es instada por la Administración autora de la norma) sí procede la revisión de oficio (STS de 5 de noviembre de 2010, RJ 7931; STS de 7 de febrero de 2012, RJ 5327; STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2007, RJCA 2008\79).

Quien pretenda la anulación de una norma tiene que impugnarla en el plazo debido de los dos meses después de su publicación; o bien también se puede pretender la anulación de una norma por la vía del recurso contencioso-administrativo indirecto, es decir, recurriendo un acto de aplicación de la norma para conseguir la anulación de la norma misma (STS de 13 de julio de 2000, RJ 9054).

Este planteamiento jurídico conlleva la necesidad de dilucidar si estamos ante un acto o ante una norma (SAN de 3 de mayo de 2007, JUR 13668). Porque es claro que no cabe contra las normas una acción de nulidad de tercero.

Así, los estudios de detalle son normas, no actos, de modo que su recurribilidad pasa ora por su impugnación indirecta, ora por su revisión de oficio por la Administración que los dictó (STS de 5 de octubre de 2001, RJ 7960), pero no está pues entonces claro que proceda la acción de nulidad de tercero (STS de 16 de febrero de 2011, RJ 1511; STSJ de Canarias, sede de Las Palmas, de 10 de marzo de 2008, JUR 164813; STS de 17 abril de 2013, RJ 2013\3569; STS de 11 de abril de 2013, RJ 3351).

## 10

### El artículo 106.3 de la LPAC. Inadmisión a trámite

Según el artículo 106 de la LPAC: “3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solici-

tudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales”.

En principio, existe una necesidad de explicar el motivo de nulidad y su incardinación en derecho; puede en este sentido citarse el FJ 5.º de la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2013, JUR 102922.

Los interesados podrán formular solicitudes para lograr esta revisión. Pero el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. Lo acabamos de apreciar con toda claridad en la cita que hemos hechos *supra* a los dictámenes del Consejo de Estado en el marco de la revisión de oficio de un acto de gravamen.

En este sentido, la decisión de inadmitir la solicitud de revisión tiene que motivarse (STSJ de la Región de Murcia núm. 99/2005, de 24 de febrero de 2005). La STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 1291/2000, de 13 de octubre de 2000, declara la obligación de la Administración de dictar un pronunciamiento expreso, al ser una auténtica acción de nulidad a favor del administrado.

Cuando el órgano jurisdiccional verifique que la inadmisión no es de recibo, la línea correcta es entrar en el fondo del asunto, sin limitarse el órgano jurisdiccional a la declaración de improcedencia de la inadmisión. Es lo “correcto” en aras de la tutela judicial efectiva y para evitar mayores dilaciones (STS de 8 de abril de 2008, RJ 2034, FJ 10, con extensa argumentación al respecto). Lo “incorrecto” es alegar entonces el principio revisor y fallar que no se puede hacer justicia si no hay acto que revisar, devolviendo las actuaciones a la vía administrativa.

También la SAN de 2 de julio de 2009 (JUR 329598) entra en el fondo declarando que no existe nulidad, en un caso en que la Administración había inadmitido la acción de nulidad del artículo 102. Igualmente, la STS de Andalucía (Granada) de 25 de abril de 2011, RJCA 629, se enfrenta con un supuesto de inadmisión de la acción de revisión de oficio, y entra a analizar si existe nulidad de pleno derecho que lleve a invalidar la inadmisión de la Administración, pese a que finalmente no concurre tal nulidad.

Tampoco le vale a la Administración alegar simples vicios formales (STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 208/2003, de 24 de febrero de 2003), pese a que la solicitud ha de tener debido fundamento (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 1 de junio de 2002).

No obstante, la falta de fundamentación de la solicitud de revisión del recurrente será motivo de desestimación del recurso (STS de 25 de enero de 2005; STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2002).

## 11

### **El artículo 106.4 de la LPAC. Indemnizaciones que proceda reconocer**

Según el artículo 106 de la LPAC: “4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”.

Por tanto, la revisión de actos anulables conlleva las pertinentes exigencias procedimentales y de responsabilidad por los daños y perjuicios causados al particular afectado (STS de 17 de octubre de 1988, afirmando la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la revisión de oficio de un plan parcial ante la vulneración del Plan General; STS de 19 de abril de 1979; STS de 11 de mayo de 1979; STS de 3 de abril de 1990).

## 12

### **El artículo 106.5 de la LPAC: la caducidad y las desestimaciones presuntas de acciones de nulidad**

Según el artículo 106.5 de la LPAC: “Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo”.

La LPAC corrige el plazo, que pasa de tres meses (LRJAP-PAC) a seis meses.

Así pues, se permite que la Administración Pública pueda, en cualquier momento, *sin que a dicha potestad le afecte la prescripción, ni tampoco la consolidación de derechos o derechos adquiridos*, revisar los actos admi-

nistrativos dictados, siempre que concurren las causas de nulidad de pleno derecho.

Cuando se aúnen en una misma norma jurídica los dos elementos a tomar en consideración, como son plazo en concreto y consecuencia jurídica de no haber dictado la resolución expresa dentro del tiempo legalmente prefijado, es cuando se producirá la caducidad, siempre que la mencionada norma jurídica anude o conlleve la producción de la misma a la falta de observancia temporal en el procedimiento.

Por tanto, el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio tiene límites formales, entre los que debemos destacar el plazo de caducidad que se encuentra en el presente artículo. En muchos casos la caducidad es un simple juicio que corrobora esta consecuencia por el transcurso del plazo (STSJ de Andalucía de 9 de mayo de 2011, JUR 341471; STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de octubre de 2008, JUR 2009\80261; STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2010, JUR 296955; STSJ del País Vasco de 17 de enero de 2012, RJCA 818; STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2006, JUR 2007\141284).

En consecuencia, el legislador ha determinado de forma clara y bien expresiva que el plazo del procedimiento de revisión de oficio solamente es de tales meses, pasados los cuales se produce inexorablemente la caducidad. Ello es así por cuanto el procedimiento ha comenzado por iniciativa de la Administración Pública, es decir, “*de oficio*, no a instancias del interesado. Si no se dicta resolución definitiva en dicho plazo es evidente que la caducidad se habrá producido. Entender lo contrario significaría que la limitación temporal para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, carecería de sentido si la Administración Pública pudiera superar *ad libitum* el plazo legalmente establecido”. Podemos así ejemplificar las dos variantes que contempla este precepto (STSJ de Cataluña núm. 176/2006, de 10 de febrero de 2006).

Ahora bien, no es a mi juicio de recibo invocar la caducidad, por la revisión de oficio, cuando el caso se refiere a la nulidad de un acto de gravamen, ya que ello chocaría con la lógica de la revisión de oficio. Se cierra así el posible fraude de ley de entender que puede instarse la revisión del acto de gravamen de modo que, caducando el procedimiento, el interesado se libera del acto que le perjudica.

Cambemos de escenario y veamos qué ocurre cuando la revisión de oficio se insta por acción de tercero.

Según la STSJ de Extremadura núm. 133/2007, de 20 de febrero de 2007: “en lo tocante a la **caducidad** de lo actuado y en especial a los folios 145 y siguientes se deduce que la iniciación lo fue a instancia de parte interesada,

por ello si bien es cierto que podría haberse provocado la caducidad, no lo es menos que en este procedimiento concreto, el artículo 102.5 de la LRJAP-PAC introducido por Ley 4/1999, establece que: Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de ‘tres meses’ desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo. **Efectivamente no se produce la caducidad, sino el silencio** que faculta a los interesados a recurrir o a esperar una resolución expresa como ocurre en este supuesto con la de 9 de febrero de 2005, precisamente la que es ahora objeto de recurso. Entendemos por tanto que no existe la caducidad alegada”.

En principio, tal como corroboran infinidad de supuestos, conforme a las sentencias existentes, está dentro de lo posible, en el giro propio de actuación de la Administración o del orden contencioso-administrativo, no contestar una petición de revisión de oficio para nulidad de un acto, procediendo en tales casos entender desestimada la petición de nulidad, y acudiendo acto seguido el interesado a la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de hacer valer sus intereses. El propio artículo 106.5 expresa esta situación, esto es, la no contestación, con la consecuencia del silencio administrativo, *a fin de que el interesado pueda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa* y de instar las medidas que le interesen. Es decir, los efectos de la nulidad se hacen valer en tal jurisdicción.

Es cierto que, en derecho administrativo, no contestar (pese a la ficción del silencio) es siempre un hecho anómalo jurídico-administrativamente. La actuación del juzgador administrativo es fácil de provocar y con ello la interrupción de los efectos del acto o norma en cuestión; pero mientras esto no se haga, el acto o norma está vigente y despliega sus efectos propios.

Se puede producir la inadmisión fundada o bien la desestimación presunta o expresa. Las contestaciones de la Administración pueden ser expresas o presuntas. Existen supuestos de desestimaciones presuntas de acciones de terceros de revisiones de oficio. La jurisdicción contencioso-administrativa, siempre que accione el interesado, proclamará la obligación de incoar el procedimiento de revisión de oficio o entrará incluso en el fondo del asunto, es decir, de la concurrencia o no de nulidad, en función del caso concreto. Lo atestiguan numerosos ejemplos.

Así, en la STS de 16 de febrero de 2011 (RJ 1511), “la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña (recurrir) contra *la desestimación por silencio administrativo* de la solicitud formulada por el director general de Urbanismo, mediante resolución de 10 de octubre de 2001, de revisión de oficio del acuerdo del Ayuntamiento de P., de 17 de mayo de 1999, de aprobación definitiva del Estudio de Detalle ‘C.’”.

En estos casos de impugnaciones de desestimaciones presuntas o tácitas de solicitudes de revisión de oficio, la jurisdicción contencioso-administrativa sigue el criterio, materialmente, a cuyo tenor, si una Administración no contesta, la regla general es obligar judicialmente a una contestación, aunque en algunos casos tal jurisdicción contencioso-administrativa ha accedido a entrar a conocer el fondo del asunto, en vez de ordenar la retracción para que se conteste por la Administración.

Lo corroboran sentencias, todas ellas relativas a casos de impugnaciones de desestimaciones presuntas *del artículo 102.5 de la LRJAP-PAC 30/1992*, tales como la STSJ de Andalucía (sede de Málaga) de 3 de marzo de 2012 (JUR 350275): “lo procedente no es que la jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que, en su caso, ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida [sentencias de 24 de octubre de 2000, de 7 de mayo de 1992 (de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ), de 22 de octubre de 1990, de 18 de abril de 1988 y de 21 de febrero de 1983, entre otras]”. Igualmente, STSJ de Castilla y León, Burgos, de 13 de julio de 2012 (JUR 331421).

No obstante, el recurso contra la desestimación presunta puede llevar a que el órgano jurisdiccional examine si concurre o no causa de nulidad (STS de Extremadura de 25 de noviembre de 1999, RJCA 5027, declarando la nulidad procedente).

## 13

### La suspensión del artículo 108 de la LPAC

Según el artículo 108 de la LPAC (“suspensión”), “iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando esta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”.

Se trata de defender bienes jurídicos y evitar males mayores, siguiendo la lógica de las medidas cautelares o provisionales, etc.

Por tanto, un problema que se plantea es el de **los efectos de la resolución revisada, lesiva o revocada**. En caso de revisión de oficio viene entendiéndose (ya con la LRJAP-PAC) que procede tal suspensión.

En cambio, en caso de lesividad la LRJAP-PAC no decía nada. Ante esto, en materia cautelar lo lógico era pensar que la Administración propusiera la suspensión al órgano jurisdiccional. Pero no era descartable que el caso concreto requiriese dejar sin efecto el acto que se declarara lesivo, pudiendo el afectado

plantear la cautelar de forma inmediata. Los intereses del caso y la motivación primarían, antes que posturas apriorísticas en sentido de negar en absoluto esta posibilidad a efectos de negar todo efecto a la lesividad<sup>17</sup>.

Pues bien, la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de octubre de 2015 aclara en su artículo 108 que la suspensión procede en los casos de revisión de oficio y también de lesividad, despejando las dudas que se venían planteando en aplicación de la Ley 30/1992.

## 14

### El límite de la revisión del artículo 110 de la LPAC

Según el artículo 110 (“Límites de la revisión”), “las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Es claro que el supuesto se refiere a varias posibilidades de limitar las facultades de revisión. Pero nos preocupa, como ha podido apreciarse, relacionar este precepto con el complejo problema del carácter abierto del plazo de la acción de nulidad.

*Podrá*, así, interpretarse que existe un fraude en la utilización indebida de este procedimiento de revisión en casos en que el interesado dejó transcurrir el plazo de recurso, tal como informa la SAN de 13 de abril de 2005: “la acción de nulidad planteada por el recurrente es un claro fraude de ley, pues se está utilizando, en defecto de no haberlo hecho en el plazo legal que se le dio, como un medio de impugnación que carece de cualquier base legal, considerando que el interesado pudo impugnar ante los tribunales de Justicia esa resolución que puso final al procedimiento, sin que lo hiciera en el plazo legalmente previsto para ello, por lo que no es de recibo que ahora se intente, a través de un supuesto legal no previsto para ello, combatir lo que ya se había consentido”.

Sin embargo, frente a este criterio de la Audiencia Nacional (recogido también en SAN de 30 de abril de 2010, por estimar que habían pasado ocho

17. En contra de la suspensión, por la Administración, del acto declarado lesivo en los procedimientos de lesividad, M. SERRANO CONDE, *El recurso contencioso-administrativo de lesividad: especial referencia a las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa*, [www.serranoalberca-conde.com](http://www.serranoalberca-conde.com), p. 30, citando la STS de 26 de junio de 1984; posición seguida por M. A. CORRAL GARCÍA, en VV. AA., *Procedimiento administrativo local*, Madrid, 2010, p. 765, quien sin embargo afirma que en caso de revocación sí cabe la suspensión del 104 de la LRJAP-PAC por el hecho de encuadrarse el precepto dentro de los arts. 102 y ss., lo que resulta algo contradictorio; se afirma en todo caso esta posibilidad por M. J. GALLARDO CASTILLO, *RJAP-PAC*, Madrid, 2010, p. 535.

años y supondría abrir plazos fenecidos), la STS de 25 de junio de 2012, recurso 211/2008, afirma (apoyándose en la STS de 13 de julio de 2009, rec. casación 3709/2006) la procedencia de la revisión de oficio, partiendo de que la regla general es la inexistencia de plazo según el artículo 106 de la LPAC, máxime tratándose de la posible vulneración de derechos fundamentales como causa de nulidad –argumenta el Tribunal Supremo–.

Interesante es asimismo la STS de 12 de julio de 2012 (RJ 2012\8483): “a estos efectos, resulta oportuno recordar que, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 6048) (RC 7913/2000) y de 24 de febrero de 2009 (RJ 2009, 2090) (RC 6264/2006), la facultad de revisión de oficio está sujeta a límites enunciados en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que no podrá ser ejercitada cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, de modo que, en el supuesto enjuiciado, no apreciamos que sea inadecuada la valoración que realiza la Sala de instancia de la conducta de la recurrente que instó la acción de revisión de oficio en el año 2005, contra una resolución administrativa que había adquirido firmeza el 29 de octubre de 2002, tras haber planteado la anterior concesionaria, en sede contencioso-administrativa, un recurso contra el Acuerdo del Concello de la Xunta de Galicia de 26 de octubre de 2000”<sup>18</sup>.

## 15

### Artículo 111 de la LPAC

El artículo 111 de la LPAC regula la competencia para la revisión de oficio de las disposiciones y de actos nulos y anulables en la Administración General del Estado.

18. Otro ejemplo es la SAN de 2 de julio de 2009 (JUR 329598), citando el “artículo 106” en un caso en que habían transcurrido cincuenta años desde que se adoptó el acto en cuestión. O la STS de 31 de mayo de 2012 (RJ 7161), aplicando este precepto en un caso en que habían transcurrido 16 años desde la emisión del acto.

El factor tiempo puede llegar a suponer un límite frente a la revisión de oficio (dictámenes del Consejo de Estado 262/2011, 433/2006, 248/2005, 199/2008 y otros, citados en M. PÉREZ ALCALÁ, “Seguridad jurídica en la revisión de oficio de las licencias urbanísticas”, *Revista digital CEMCI*, enero a marzo de 2014).

Esta regulación es original en el contexto de la LPAC, si bien ya se contemplaban estas reglas de competencia en la derogada LOFAGE (disposición adicional decimosexta) para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables.

Para la revisión de oficio de los actos de las comunidades autónomas habrá que estar a lo establecido en las leyes de gobierno y administración de la comunidad respectiva<sup>19</sup>.

En el caso de la Administración local, la legislación local se limita a reconocer genéricamente la potestad revisora de las entidades locales (*ex* artículo 4.1.g de la Ley 2/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local). Sin embargo, se ha considerado que la competencia para la revisión de oficio de los acuerdos de las entidades locales corresponde al Pleno, tanto por analogía con lo dispuesto para los actos de carácter tributario, como por coherencia con lo indicado en la LBRL para la declaración de lesividad (dictámenes 180/09, de 15 de abril, 25/12, de 18 de enero, 28/12, de 18 de enero, y 383/12, de 27 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid). Por tanto, en la Administración local la competencia corresponde al Pleno (STS de 3 de junio de 1985; artículo 110 de la LBRL). En los municipios de gran población, la facultad de revisión de oficio corresponde:

- Al alcalde, la de sus propios actos (artículo 124.4.m LBRL).
- Al Pleno (artículo 123.1.l LBRL), las facultades de revisión de oficio de sus propios actos y disposiciones de carácter general.
- A la Junta de Gobierno Local (artículo 127.1.k LBRL), las facultades de revisión de oficio de sus propios actos.

En el caso de una Universidad, el Dictamen 202/10, de 7 de julio, del Consejo Consultivo de Madrid, considera órgano competente para acordar la revisión de oficio al rector de la Universidad. En el caso de una Administración corporativa, la revisión de los actos administrativos corresponde al órgano que determinen los correspondientes estatutos generales (dictámenes 2/08, de 8 de octubre, y 86/08, de 12 de noviembre, del citado órgano)<sup>20</sup>.

19. En la Administración autonómica corresponderá la declaración de nulidad al consejero competente o, en su caso, al Consejo de Gobierno, según permiten afirmar las normas reguladoras.

20. Puede verse A. DEL PINO CARAZO/R. GUERRERO ANKERSMIT, “Revisión de oficio”, *Revista del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, noviembre de 2012.

# El concepto de interesado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

FEDERICO SUÁREZ CANCELO

*Secretario del Ayuntamiento de Oroso (A Coruña)*

1. **Introducción**
2. **El concepto de interesado y la relación jurídico-administrativa**
  - 2.1. El interesado en la Constitución Española
  - 2.2. El interesado en el marco de la relación jurídico-administrativa
    - 2.2.1. Caracteres
    - 2.2.2. Elementos
  - 2.3. Clases de interesado
3. **La regulación de la figura del interesado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**
  - 3.1. La capacidad de obrar ante la Administración
  - 3.2. El interesado
  - 3.3. La representación del interesado
  - 3.4. La identificación y firma del interesado
  - 3.5. La “administración amable”
4. **Conclusiones**

## Resumen

El presente trabajo pretende ser un acercamiento al interesado como figura nuclear de todo procedimiento administrativo, y en especial a

*Artículo recibido el 27/06/2016; aceptado el 02/10/2016.*

las principales novedades que en relación con dicha figura contiene la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Se procede de esta forma a analizar cómo dos de los elementos esenciales de la nueva legislación, como son la participación ciudadana y la apuesta decidida por la administración electrónica, van a incidir en la nueva regulación del interesado en el procedimiento administrativo.

Palabras clave: *interesado; administración electrónica; participación ciudadana; identificación electrónica; firma electrónica; administración amable.*

### **The concept of stakeholder in the Law 39/2015, of 1 October, on the administrative procedure of public administrations**

#### **Abstract**

*The article is a preliminary approach to the concept of stakeholder as a key institution of the administrative procedure, and, particularly, it analyzes the new measures introduced by Law 39/2015, of 1 October, on administrative procedure of public administrations. The article studies how two essential elements of the new legislation –citizen’s participation and electronic administration– impact on the regulation of the institution of the stakeholder in administrative proceedings.*

*Keywords: stakeholder; electronic administration; citizen’s participation; electronic identity; electronic signature; friendly administration.*

## **1**

### **Introducción**

El pasado 2 de octubre de 2016 entró en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, implica la derogación efectiva, entre otras normas, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los motivos esgrimidos por el legislador para abordar dicho cambio normativo, residen en la consideración de que el marco normativo en el que se ha venido desarrollando la actuación pública, en los últi-

mos años, ha propiciado la aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedimientos administrativos demasiado complejos que, en ocasiones, han generado problemas de inseguridad jurídica, entendiéndose que para superar tales deficiencias es necesaria una reforma integral y estructural del marco normativo que regula las relaciones de las Administraciones Públicas.

Dentro de estas relaciones de las Administraciones Públicas, se ha entendido que resultaba procedente diferenciar las relaciones *ad extra* y *ad intra*. Las primeras serían las relaciones de las Administraciones con los administrados, tanto personas físicas como jurídicas, e incluso entes sin personalidad jurídica, mientras que las segundas serían las que se generan entre las diferentes Administraciones e instituciones que conforman el Estado y las derivadas del propio funcionamiento interno de cada Administración.

De esta manera se recupera la estructura tradicional y previa a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, optándose por separar la norma reguladora de los aspectos orgánicos del poder ejecutivo, que se correspondería con las relaciones *ad intra* (Ley 40/2015), de la norma encargada de disciplinar los procedimientos y por lo tanto de regular las relaciones *ad extra* de la Administración (Ley 39/2015).

Esta decisión adoptada por el legislador resulta criticable desde varios puntos de vista. En primer lugar porque la división entre relaciones *ad intra* y *ad extra* no siempre resulta clara y meridiana con límites perfectamente definidos, de tal forma que, en ocasiones, preceptos que regulen aspectos orgánicos de la Administración van a tener una especial trascendencia en las relaciones de la Administración con los ciudadanos, y a la inversa. Por otro lado, esta división supone que determinadas materias, como por ejemplo la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lejos de agruparse en una única norma o incluso en un único Título, aparezcan ahora reguladas en parte en la Ley 39/2015 y en parte en la Ley 40/2015, lo que generará incertidumbres e inseguridades jurídicas tanto para el encargado de aplicar el derecho como para el propio ciudadano. Y finalmente, la aprobación de estas normas supondrá no solo la derogación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sino también la derogación, entre otros, del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, incorporando las nuevas leyes la mayoría de las

disposiciones contenidas en tales reglamentos, lo que implica una elevación del rango normativo de tales preceptos difícilmente justificable.

El presente trabajo se centra en la figura del interesado, y cómo esta se regula en la nueva normativa. Como aspecto propio que es de las relaciones administrativas *ad extra*, su regulación vendrá contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Señala la exposición de motivos de esta norma que nace con la intención de asentarse como un pilar básico del derecho administrativo español, en referencia a las relaciones *ad extra*, pretendiendo regular los derechos y las garantías mínimas que corresponden a todos los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, tanto en la vertiente del ejercicio de la potestad de autotutela, como en la del ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa. En todo caso, al igual que acontecía con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la regulación de un procedimiento administrativo común por el Estado no impide que las comunidades autónomas puedan, a su vez, dictar las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, siempre que estas respeten las normas de procedimiento administrativo común que tengan carácter básico.

Entre los objetivos a conseguir con esta nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, marcados por el legislador, estará como elemento nuclear y prioritario conseguir que la tramitación electrónica del procedimiento administrativo no sea todavía una forma especial de gestión de los procedimientos, sino que constituya la actuación habitual de las Administraciones. De esta forma, se conseguirá una mayor eficacia y eficiencia, el ahorro de costes a los ciudadanos y empresas, y un refuerzo de las garantías de los interesados. Se considera que la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, tan demandadas en los últimos tiempos por la sociedad, ya que permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados.

Por otro lado, se considera por el legislador que la regulación vigente en la materia de procedimiento administrativo venía adoleciendo de un problema de dispersión normativa y superposición de distintos regímenes jurídicos, no siempre coherentes entre sí, por lo que considera necesario contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo. No deja de resultar un tanto chocante que se esgriman argumentos como la dispersión normativa, la seguridad jurídica o la superposición de normas por aquellos mismos que, en gran me-

didada, han contribuido decididamente, si no a crear, sí a ampliar y agravar enormemente dicha situación, asistiendo en los últimos años a una producción desenfrenada e incesante de nuevas normas y constantes modificaciones, muchas de ellas a través de disposiciones adicionales contenidas en normas que poco o nada tenían que ver con la norma que modificaban, y que sin duda han generado un agravamiento de la inseguridad jurídica en la aplicación del derecho administrativo.

Finalmente, con esta nueva regulación se pretende reformar la participación ciudadana, avanzando en que esta resulte real y efectiva, y siguiendo en todo caso las recomendaciones que en esta materia ha formulado la OCDE en su informe de 2014: *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*.

En conclusión, podemos considerar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pretende establecer un nuevo marco normativo que regule las condiciones mínimas de relación de los interesados con las Administraciones Públicas, haciendo una apuesta decidida para que tales relaciones se lleven a cabo, de una vez por todas, a través de medios electrónicos, siendo consciente en este punto el legislador de la brecha existente en la sociedad española entre el uso de las nuevas tecnologías por la sociedad, en comparación con el uso de las mismas en las relaciones de esos mismos ciudadanos con las Administraciones Públicas.

Es aquí, por lo tanto, donde la figura del interesado y su regulación adquiere una especial trascendencia, como elemento subjetivo esencial que es en las relaciones *ad extra* de la Administración.

## 2

### El concepto de interesado y la relación jurídico-administrativa

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dedica el Título I a la regulación de los interesados en el procedimiento administrativo. Algunos de los principales objetivos pretendidos por esta nueva regulación, como puede ser el reforzamiento de la participación ciudadana o la apuesta decidida por la implantación de los procedimientos electrónicos, van a tener un claro reflejo en este Título I.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de la regulación del interesado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y sus principales innovaciones en relación con la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

procede analizar, siquiera someramente, qué se viene entendiendo por interesado en el procedimiento administrativo.

## 2.1

### El interesado en la Constitución Española

A lo largo de la Constitución Española podemos encontrar múltiples preceptos que de forma indirecta ayudarían a configurar, con carácter general, las características definitorias del administrado en el procedimiento administrativo. Así, entre otros, podríamos hacer referencia al artículo 9, cuando establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, o señala la necesidad de que los poderes públicos promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. De igual modo el artículo 14, cuando establece la igualdad de todos los españoles ante la ley; y el artículo 23, que consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos políticos, así como el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

Pero sin duda existen dos preceptos constitucionales que resaltan sobre los demás. Por un lado el artículo 103.1 de la Constitución Española, que establece que: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

De tal precepto se puede deducir que toda actuación que realice la Administración Pública se orientará a satisfacer unos intereses generales, y por lo tanto, siguiendo este razonamiento, nos llevará a afirmar que en todo procedimiento administrativo siempre existirán unos interesados.

Si bien esto es así, acto seguido se debe advertir que en ocasiones dicho interés en el procedimiento administrativo será un interés genérico, difuso o colectivo, mientras que en otros casos se podrá identificar un interés individualizado o directo para una persona o un grupo de personas.

Por otro lado, el artículo 105 de la Constitución Española garantiza constitucionalmente una serie de derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, sentando las líneas maestras de la relación jurídica

co-administrativa entre el ciudadano interesado y la Administración, estableciendo que:

*La ley regulará:*

*a) La audiencia a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.*

*b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas.*

*c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.*

Esta remisión legal realizada por el artículo 105 se venía concretando esencialmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a partir del 2 de octubre de 2016 en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De esta forma, con dicha normativa común, se pretende garantizar que el concepto de interesado y la capacidad de obrar de todo ciudadano sean iguales ante cualquier Administración, ya sea estatal, autonómica o local.

## 2.2

### El interesado en el marco de la relación jurídico-administrativa

El concepto de interesado debe ser analizado dentro del contexto en el que surge. Efectivamente, no cabe acercarse a la figura del interesado y pretender definir sus características si no es poniéndolo en conexión con el ámbito en el que actúa. No es posible definir al interesado fuera del ámbito de la relación jurídico-administrativa y de lo que esta comprende.

La expresión “relación jurídica” fue acuñada por primera vez por Savigny, quien la definió como “la relación de persona a persona determinada por una regla”. De esta forma, frente a la exaltación de los derechos de la persona que llevaron a cabo las revoluciones políticas del siglo XVIII, Savigny pone el acento en la idea más comunitaria de la relación jurídica como base del derecho. Por su parte, De Castro entiende que la relación jurídica será la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico; y por último Castán entiende que se trata de la relación de la vida real protegida y regulada en todo o en parte por el derecho.

Sin pretender realizar ahora un análisis pormenorizado de la relación jurídico-administrativa, sí resulta procedente recordar algunos de los elementos esenciales de la misma.

### 2.2.1 Caracteres

Toda relación jurídico-administrativa reúne una serie de caracteres que la hacen identificable y nos ayudan a su definición:

- Presencia en ella de la Administración Pública. Para que pueda existir una relación jurídico-administrativa, deberá estar siempre presente una Administración Pública como sujeto de dicha relación, que normalmente se colocará en el lado activo de la misma, frente al ciudadano, que se situará frecuentemente en un rol pasivo.
- La Administración Pública ha de intervenir en dicha relación como tal. Efectivamente, si bien en la mayoría de las ocasiones las Administraciones Públicas actúan como tales, en ocasiones también podrán actuar como personas de derecho privado, y en este último caso no podría hablarse de relación jurídico-administrativa propiamente dicha.
- La Administración actúa normalmente como parte activa de la relación; es decir, actuará ejerciendo las potestades y prerrogativas que le concede el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de sus fines.
- Esto no obsta a que en determinadas relaciones, las menos, sea el sujeto pasivo, por ejercer el particular un derecho subjetivo frente a ella, por ser objeto, por ejemplo, de una reclamación de responsabilidad patrimonial.
- Finalmente, se tratará de una relación regulada por el derecho administrativo.

### 2.2.2 Elementos

Siguiendo la doctrina jurídica clásica en toda relación jurídico-administrativa, cabría diferenciar los siguientes elementos:

- a) El elemento subjetivo, que sería doble: un sujeto activo y un sujeto pasivo. Como ya se ha señalado, por lo general, el rol activo es desempeñado por la Administración Pública, y el pasivo por el ciudadano, lo que no impide en ocasiones que se establezca una relación jurídico-administrativa entre dos sujetos de derecho público, dando lugar a las relaciones interadministrativas.
- b) El objeto; constituido por los actos humanos o las cosas, en cuanto integrantes del bien jurídico tutelado por la norma.
- c) El contenido; que se descompone en una serie de derechos y obligaciones que recaen sobre el objeto de la relación y corresponden a los sujetos que en ella intervienen.
- d) La causa; la relación social que sirve de soporte a la relación jurídico-administrativa adquiere esta naturaleza en cuanto es regulada por el derecho administrativo. Pero el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la relación a la concurrencia de determinados hechos que, por ello, son calificados de jurídicos, y que pueden considerarse su causa.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce fácilmente que el administrado o interesado es uno de los sujetos de esa relación jurídico-administrativa, normalmente aquel que ocupa un rol pasivo, al ser el destinatario de las prerrogativas o potestades del otro sujeto (la Administración) en el seno de dicha relación. En definitiva, el ciudadano, cuando entra en relación con la Administración, adquiere la condición de interesado.

## 2.3

### Clases de interesado

Múltiples son las clasificaciones que se pueden realizar de la figura del interesado, entre las que podemos destacar las siguientes:

- a) Interesado persona física o jurídica. El interesado podrá ser tanto una persona física como una persona jurídica. Incluso, como más adelante se analizará, cabe la posibilidad de la existencia de interesados carentes de personalidad jurídica, a los que el ordenamiento jurídico poco a poco les ha ido reconociendo la capacidad de relacionarse con las Administraciones Públicas.
- b) Interesado individual o colectivo. La relación jurídico-administrativa no ha de tener un carácter exclusivamente individual desde

el punto de vista del interesado, pudiendo ser una colectividad de interesados.

- c) Interesado simple o cualificado. El primero se encontraría respecto a la Administración en un estado de sujeción general y que es tratado por la norma de una forma impersonal, siendo esta la posición normal, mayoritaria o habitual. El interesado cualificado será aquel que se encuentra respecto de la Administración en un estado de sujeción especial, es decir, especialmente vinculado a ella. No existe ya un interés genérico, sino un interés concreto y determinado que se pretende hacer valer por ese ciudadano ante la Administración. Este último tipo de interesado será al que se refieran las normas administrativas en general, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en particular.

### 3

#### **La regulación de la figura del interesado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**

Realizado un análisis genérico del concepto y tipos de interesados, procederá referirse a la regulación del interesado en el ámbito de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Como ya se ha señalado, esta Ley dedica el Título I (artículos 3 a 12) a la regulación del interesado en el procedimiento administrativo. La regulación de esta materia en la nueva Ley no implica excesivas novedades en cuanto al fondo, ya que en esencia no se varían ni el concepto ni los elementos esenciales de la figura del interesado. Las principales novedades las encontraremos, sobre todo, en la apuesta decidida del legislador porque esa relación entre Administración e interesado se lleve a cabo por medios electrónicos.

Procede, pues, analizar las principales novedades que contiene este Título I de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

#### 3.1

##### **La capacidad de obrar ante la Administración**

El Título I se encabeza con el artículo 3, que regula la capacidad de obrar en el ámbito del derecho administrativo, de una forma muy semejante a la re-

gulación contenida en el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que se mantiene una capacidad de obrar ante la Administración ampliada respecto a la existente en el ámbito del derecho privado, así que no solo se reconocerá en los mismos casos que en este, sino también a los menores de edad, para el ejercicio y la defensa de aquellos de sus derechos cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo, sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, exceptuándose el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y a la defensa de los derechos e intereses de que se trate.

En todo caso cabe señalar, igualmente, que así como en el derecho privado resulta posible formular una teoría general de la capacidad de las personas, en virtud de la cual quien ostente la capacidad jurídica y de obrar, que generalmente se adquiere con la mayoría de edad, podrá entablar todo tipo de relaciones jurídicas, en el caso del derecho administrativo no cabe elaborar una regla general de capacitación, dado que la relación jurídico-administrativa suele establecerse *intuitu personae* y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico exigirá diferentes requisitos de capacidad atendiendo al tipo de relación jurídica de que se trate, y es por ello por lo que habrá que estar al caso concreto para determinar qué requisitos de capacidad deberá acreditar el interesado para poder actuar ante la Administración.

Las principales novedades que presenta la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en comparación con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en materia de capacidad de obrar, radican en una mención expresa a las personas físicas y jurídicas, frente a la referencia genérica a las personas que hace la Ley 30/1992 como sujetos susceptibles de relacionarse con la Administración; pero, especialmente, ahora se reconoce la posibilidad de que, cuando una Ley así lo declare expresamente, se pueda atribuir capacidad de obrar a los grupos de afectados, a las uniones y entidades sin personalidad jurídica, y a los patrimonios independientes.

De esta forma, la nueva regulación considera todas estas “entidades” como aptas para, si así lo reconoce expresamente una Ley, formar parte de una relación jurídico-administrativa, y poder ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas. De esta forma, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, da cabida a lo que la doctrina ha calificado como intereses difusos, ampliando aparentemente el espectro de sujetos que pueden relacionarse con la Administración. La voluntad del legislador parece clara, partiendo de la base

de que estas entidades no son personas jurídicas estructuradas en su formalidad de acuerdo con las reglas del derecho positivo, sino que se tratará de uniones, grupos o patrimonios, en la mayoría de los casos de carácter coyuntural, cuando no efímero, que, en un momento concreto, pueden tener capacidad y legitimación para intervenir y ser parte en una relación jurídico-administrativa.

Sin embargo, esta ampliación subjetiva de la capacidad de obrar que realiza la Ley 39/2015, de 1 de octubre, resulta más aparente que real, por dos motivos.

En primer lugar, porque no está reconociendo de manera genérica y absoluta, para todo procedimiento administrativo, la capacidad de obrar de estos entes carentes de personalidad jurídica, sino solamente en aquellos concretos casos en los que así lo establezca una Ley.

En segundo lugar, porque la Ley 39/2015, de 1 de octubre, no viene sino a regular, para el ámbito del procedimiento administrativo común, una realidad ya regulada de forma específica por otras normas. Así, por ejemplo, la capacidad de concurrir a licitaciones públicas, que se viene reconociendo en la legislación contractual a las uniones temporales de empresas, o el artículo 11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones, que establece:

*Cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras, podrán acceder a la condición de beneficiario las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo proyectos, actividades o comportamientos o se encuentren en situación que motiva la concesión de la subvención.*

Del mismo modo la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el párrafo segundo del artículo 18, también había incluido la capacidad procesal de este tipo de entidades, estableciendo que:

*Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.*

Nótese la incongruencia que podría implicar que a una de estas entidades sin personalidad jurídica se le negase la capacidad de obrar en el procedimiento administrativo, y por el contrario se le reconociese en vía contencioso-administrativa o a la inversa.

## 3.2 El interesado

Será ahora el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el que se encargue de regular la figura del interesado en el procedimiento administrativo, limitándose a reproducir literalmente la actual regulación contenida en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De igual modo tampoco se introduce variación alguna a la hora de regular la pluralidad de interesados (artículo 7) o los nuevos interesados (artículo 8), configurando de esta forma una regulación poco innovadora y continuista, al menos en lo referente al núcleo esencial de la figura del interesado en el procedimiento administrativo.

En todo caso, se puede señalar que, pese a que la regulación de esta materia se haya mantenido inalterada en los últimos tiempos, ello no implica que no haya generado y siga generando conflictos y discusiones, en orden a determinar casuísticamente si un ciudadano debe ser considerado o no como interesado en un determinado procedimiento administrativo, resultando en ocasiones difícil para el aplicador del derecho determinar dónde se encuentra la línea que separa el interés general de toda la población del interés concreto o particular, que permita a esa persona o grupo de personas alcanzar la condición de interesado en el procedimiento administrativo.

En la línea de intentar clarificar y perfilar esta figura del interesado, debe ser alabada la regulación contenida ahora en el artículo 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a la hora de regular el inicio del procedimiento a través de denuncia. Así, el artículo 62.1 reproduce la definición que venía estableciendo el artículo 11.1.d) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, señalando que: “se entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”; pero el apartado quinto de este mismo artículo establece claramente que “la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento”, recogiendo de esta forma y elevando a rango legal la línea jurisprudencial mayoritaria hasta la fecha. Queda clara, pues, la intención del legislador de diferenciar la figura del denunciante de la del interesado, de tal forma que solo en aquellos casos en los que en el ciudadano que presente la denuncia concorra, además, alguna de las condiciones reguladas en el artículo 4 podrá ser tenido como interesado en el procedimiento administrativo, o dicho de otra manera, el mero hecho de presentar una denuncia no implica

que ese ciudadano tenga un interés o sea titular de un derecho que se pueda ver afectado por la resolución que ponga fin a ese procedimiento, sino que además deberán concurrir otras circunstancias que, a la vista de lo señalado en el artículo 4, permitan a ese denunciante alcanzar también la condición de interesado, circunstancias que, como es obvio, deberán ser alegadas y en su caso acreditadas por el propio denunciante.

### 3.3

#### La representación del interesado

Si en materia de capacidad de obrar y del concepto de interesado, como acabamos de ver, no son demasiadas las novedades que presenta la nueva normativa, mayores son en materia de representación de dichos interesados. A dicha materia la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dedica los artículos 5 y 6.

Como no podía ser de otra manera, la nueva regulación mantiene la posibilidad de que los interesados actúen por medio de representante, y, en todo caso, la falta o insuficiencia de acreditación de tal representación no impedirá que se tenga por realizado el trámite de que se trate, siempre y cuando se aporte aquella o se subsane el defecto en el plazo de 10 días, que podrá ser ampliado atendiendo a las circunstancias. Tampoco sufre variación la regla por la cual la representación se presumirá para la realización de actos de trámite, mientras que para formular solicitudes, interponer recursos, desistir de acciones, y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación a través de cualquier medio válido en derecho que permita dejar constancia fidedigna de su existencia. Supone una novedad la inclusión, dentro de esta lista de actuaciones que requieren la acreditación de la representación, de las declaraciones responsables y comunicaciones previas, novedad que viene impuesta por la necesidad de adaptar la regulación del procedimiento administrativo común al nuevo marco creado como consecuencia de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y su trasposición al ordenamiento jurídico español.

Sin duda, otra de las novedades radica en la posibilidad que brinda la nueva normativa de poder acreditar la representación mediante apoderamiento *apud acta*, efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente, estableciendo la obligación de incorporar

al expediente la acreditación de la condición de representante y el alcance de dicha representación, que, en el caso del registro electrónico de apoderamientos, será el documento electrónico que acredite haberse realizado por el funcionario dicha consulta, y el resultado de la misma. Finalmente, el artículo 5 confiere a las Administraciones Públicas la facultad de poder habilitar, con carácter general o específico, a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados, configurando de esta manera una presunción de representación a favor de dichas personas habilitadas, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que, en cualquier momento, la Administración pueda exigir que se acredite dicha representación, o de que el interesado pueda comparecer por sí mismo en el procedimiento.

Como se puede deducir de lo dicho hasta el momento, uno de los elementos más novedosos, a priori, es la referencia a este registro electrónico de apoderamientos, cuyas principales características se recogen en el artículo 6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y que en síntesis serían:

- Se obliga a la Administración General del Estado y a las Administraciones autonómicas y locales a disponer de este registro electrónico de apoderamientos, sin perjuicio de la posibilidad de crear registros particulares en cada organismo.
- Se establece la obligación de inscribir en dicho registro, al menos, los apoderamientos de carácter general otorgados *apud apta*, presencial o telemáticamente, debiendo constar el bastanteo de todo apoderamiento que se realice.
- Todos los registros electrónicos de apoderamientos, tanto generales como particulares, tendrán que ser interoperables entre sí, con independencia de la Administración a la que pertenezcan, de modo que garanticen su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos.
- Dicha interoperabilidad no solo se limita a las Administraciones Públicas, sino que alcanzará además a los registros mercantiles, registros de la propiedad, y a los protocolos notariales, de tal forma que también será posible consultar los datos de estos registros y acreditar que una persona tiene poder para actuar en representación de un tercero.
- Se establece una duración máxima para los poderes inscritos en el registro de apoderamientos de 5 años, prorrogables por otros 5 como máximo, y sin perjuicio, claro está, de la facultad del otorgante de revocar dicho poder en cualquier momento.

- Se distinguen tres tipos de apoderamiento:
  - a) Poder para realizar cualquier acto ante cualquier Administración.
  - b) Poder para realizar cualquier acto ante una determinada Administración.
  - c) Poder para realizar solo actos concretos determinados en el propio poder.
- Finalmente, se establecen una serie de datos que imprescindiblemente tendrán que figurar en los asientos realizados en este registro electrónico de apoderamientos (nombre y apellidos o denominación o razón social, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal o documento equivalente de poderdante y apoderado, fecha de la inscripción, periodo de vigencia del poder y tipo de poder según las facultades que otorgue).

De esta manera, la configuración de este registro electrónico de apoderamientos, y sobre todo la amplísima interoperabilidad que se le pretende otorgar, permitirán llevar el derecho reconocido a todo interesado en el artículo 53.d) –de no presentar datos y documentos que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por estas– hasta sus más altas cotas de realización.

En todo caso, el legislador es consciente de las dificultades económicas y materiales que puede suponer para las comunidades autónomas, y sobre todo para determinadas entidades locales, la puesta en funcionamiento de este registro electrónico de apoderamientos. Es por eso que la Disposición Adicional Segunda de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que, para cumplir con lo previsto en materia de registro electrónico de apoderamientos, las comunidades autónomas y las entidades locales podrán adherirse voluntariamente y a través de medios electrónicos a las plataformas y registros establecidos al efecto por la Administración General del Estado.

Pese al carácter aparentemente voluntario de esta adhesión, es de prever que la misma resulte mayoritaria. En primer lugar por la ya comentada falta de medios de muchos ayuntamientos, especialmente los más pequeños, para dar cumplimiento a los requisitos de este registro electrónico de apoderamientos, y en segundo lugar porque la no adhesión ha de ser justificada en términos de eficiencia por la correspondiente Administración, conforme al artículo 7.º de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la regulación referente al registro electrónico de apoderamientos no producirá efectos hasta los dos

años de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, tal como prevé la Disposición Final Séptima, con lo que se establece así una amplia *vacatio legis* para que las Administraciones Públicas puedan ir implantando dicho registro.

Como se ha señalado, la creación del registro electrónico de apoderamientos resulta, en principio, una interesante novedad en cuanto a la acreditación de la personalidad y representación del interesado en su relación con la Administración Pública, si bien debemos señalar que tal novedad es relativa, ya que no debemos obviar que, a efectos de la Administración General del Estado, el artículo 15 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, procedía ya a la creación de tal registro, por lo que la gran novedad de la nueva regulación será su extensión al ámbito autonómico y local, y el dotarlo de una mayor interoperabilidad.

### 3.4

#### La identificación y firma del interesado

El Capítulo Segundo del Título I (artículos del 9 al 12) regula otra de las novedades de la Ley 39/2015: la referida a la identificación y firma de los interesados. En palabras de la propia exposición de motivos, constituye uno de los ejes fundamentales de la reforma, estableciéndose la separación entre la identificación y la firma electrónica, y se pretende la simplificación de los medios para la acreditación de una y otra.

La idea que pretende transmitir la nueva regulación es que, con carácter general, resultará suficiente con la identificación electrónica del ciudadano para que este pueda relacionarse con la Administración. Así, la firma se pretende reservar exclusivamente para los casos en los que resulte necesario acreditar la voluntad y consentimiento del interesado. Pese a ser este el objetivo confeso del legislador, tal y como se dirá más adelante, existen serias dudas de que la nueva regulación vaya a conseguirlo.

Del mismo modo, se establecen una serie de sistemas, tanto de identificación como de firma, coherentes con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica de los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. El artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pretende así consagrar la identificación del ciudadano ante la Administración por medios electrónicos, poniendo al servicio de estas

Administraciones diferentes sistemas de identificación para que puedan optar por utilizar uno o varios según el procedimiento de que se trate, si bien la aceptación de alguno de los sistemas de identificación regulados en este artículo 9 por la Administración General del Estado servirá para acreditar frente a otras Administraciones la identificación electrónica del interesado.

Como se ha señalado, la regla general para la realización de trámites con la Administración pretende ser la suficiencia de la identificación electrónica de los ciudadanos; y solo para los casos en los que resulte necesario que queden acreditados la voluntad y el consentimiento del interesado será necesario proceder al uso de los medios electrónicos de firma, estableciendo el artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, diferentes sistemas, y siendo válido que el interesado pueda utilizar cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento. Además, cuando así lo establezca expresamente una norma, las formas de identificación pueden servir como sistema de firma, y en todo caso, el uso de firma electrónica implicará siempre su identificación, aunque no a la inversa.

Resulta apreciable el esfuerzo del legislador por normalizar las relaciones electrónicas del ciudadano con la Administración, y así el artículo 11 de la Ley afirma expresamente que, con carácter general, para la realización de cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo, será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad, reservando la necesidad de utilizar la firma electrónica para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones o renunciar a derechos.

Sin embargo, teniendo en cuenta el énfasis que ha puesto el legislador en afirmar con carácter general la suficiencia de la identificación electrónica para llevar a cabo trámites ante la Administración, debe ser criticada la posterior amplitud con la que se regulan los supuestos en los se exige la utilización de la firma electrónica. Efectivamente, teniendo en cuenta los supuestos en los que obligatoriamente será necesaria la utilización de la firma, se corre el riesgo de que la pretendida norma general de exigencia solo de identificación quede reducida a supuestos anecdóticos, y en general poco trascendentes, en las relaciones entre el ciudadano y la Administración. Así, el artículo 11.2 exige, como se acaba de señalar, la firma electrónica por ejemplo para la realización de solicitudes, lo que implicará de facto su exigencia para la gran mayoría de trámites que sean realizados por los ciudadanos ante la Administración.

No cabe duda de que, a nivel social, uno de los principales motivos de que las nuevas tecnologías hayan triunfado es la sencillez, disponibilidad e

inmediatez que estas presentan. Hoy en día casi cualquier persona realiza transacciones electrónicas (reservas de hoteles, billetes de avión...) desde su teléfono, *tablet* u ordenador, todo ello sin necesidad de utilización de firma electrónica y con una simple identificación. Tal situación no tiene su traslado efectivo a la relación del ciudadano con la Administración, y si bien la nueva regulación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, parece que pretende subsanar dicha deficiencia, la amplia configuración de los supuestos en los que se exigirá firma electrónica hace prever que el objetivo de normalizar las relaciones electrónicas del ciudadano con la Administración resultará aún bastante distante.

### 3.5

#### La “administración amable”

Con motivo de la aprobación de las leyes 39/2015 y 40/2015, se ha comenzado a acuñar el término de “administración amable”, que se va a concretar en un reforzamiento de la asistencia por parte de la Administración al ciudadano en el uso de los medios electrónicos. Si bien existen otros preceptos dispersos por la Ley 39/2015 que son ejemplo de esta nueva “administración amable”, se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el máximo exponente lo podemos encontrar en el artículo 12.

Así, junto al derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración Pública que ya venía siendo reconocido desde la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, este artículo 12 establece ahora el deber de que las Administraciones presten la debida asistencia y apoyo a los ciudadanos que quieran relacionarse electrónicamente con ellas.

No obstante, dicho deber de asistencia no se recoge en términos generales, para cualquier tipo de interesado, sino que dicha asistencia se circunscribe a aquellas personas físicas que no tengan la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración.

Efectivamente, el artículo 14.2 y 3 de la Ley 39/2015 impone a una serie de sujetos la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración; pues bien, será para aquellos sujetos no incluidos dentro de esta obligación para los que el artículo 12 reserva dicho deber de asistencia, estableciendo incluso que, si alguna de estas personas físicas carece de firma electrónica o de forma de identificación telemática, tendrá que existir un funcionario habilitado que pueda realizar con su firma o identificación (la propia del funcionario) el trámite electrónico que pretende realizar dicho

interesado, lo que obligará a todas las Administraciones a habilitar a uno o varios funcionarios para que puedan realizar estos trámites a las personas que así lo soliciten.

En todo caso, para ello se requerirán una serie de requisitos:

- a) Que se trate de personas físicas no obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración y que deseen realizar un trámite electrónico.
- b) Que el ciudadano carezca de los medios necesarios para la identificación o la firma electrónica.
- c) Que el ciudadano se identifique ante el funcionario habilitado y preste su consentimiento expreso a través de alguna forma que permita dejar constancia.

Al igual que acontecía con el registro electrónico de apoderamientos, en este caso la norma también establece la obligación de crear un registro o sistema equivalente, en el que se identifiquen y se recojan todos los funcionarios habilitados, debiendo gozar tales registros de la característica esencial de interoperabilidad. Sin embargo, a diferencia de aquel, la Disposición Adicional Segunda no cita expresamente este registro de funcionarios habilitados entre aquellos del Estado a los que podrán adherirse voluntariamente las comunidades autónomas y las entidades locales, por lo que, de tener que dotarse estas de sus propios registros, puede resultar problemático, especialmente en los municipios de menor tamaño, teniendo en cuenta los requisitos técnicos que a buen seguro requerirá este registro de habilitados.

En todo caso, de nuevo la Disposición Final Séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, difiere la entrada en vigor de las previsiones relativas a este registro de empleados públicos habilitados hasta dos años después de la entrada en vigor de la Ley.

Finalmente, el artículo 16.7 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece la obligación de todas las Administraciones Públicas de hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas en las que se prestará asistencia para la presentación electrónica de documentos.

De esta manera, a través de esta regulación, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pretende poner los medios materiales y personales para salvar las posibles dificultades que el ciudadano pueda tener a la hora de relacionarse electrónicamente con la Administración, permitiendo incluso que sea el propio funcionario quien a través de sus medios de firma e identificación electrónica pueda iniciar en nombre del ciudadano ese trámite electrónico ante la Administración.

## 4

### Conclusiones

A la vista de lo señalado hasta aquí, debemos considerar que en el ámbito de la figura del interesado la regulación contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no implica grandes novedades, o al menos que estas no son de gran calado desde un punto de vista jurídico. Así, en muchas ocasiones, se ha tratado de aglutinar disposiciones que ya se encontraban en el ordenamiento jurídico, especialmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, intentando dar una mayor armonía a la regulación y un impulso definitivo a la tramitación electrónica del procedimiento administrativo en donde la figura del interesado es pieza nuclear. Incluso, en muchas ocasiones, la gran novedad radica en trasladar a las comunidades autónomas y entidades locales aspectos ya regulados e incluso puestos en práctica en el ámbito de la Administración del Estado, dotándolos ahora de una mayor interoperabilidad.

Sin embargo, la puesta en marcha de alguna de estas novedades, sobre todo en el ámbito de las pequeñas entidades locales, carentes en muchas ocasiones de medios técnicos, económicos, materiales y personales, hace anticipar importantes dificultades a la hora de llevar a la práctica algunas de las disposiciones previstas en esta Ley 39/2015, de 1 de octubre, lo que puede llevar en ocasiones a la inaplicación de la misma ante las dificultades técnicas planteadas, lo que podría desembocar en la existencia de una administración electrónica a dos velocidades, repercutiendo negativamente en el principio de igualdad de trato al ciudadano, que, como no puede ser de otra forma, ha de presidir toda actuación de cualquier Administración.



QDL42

**Otros  
estudios,  
ponencias,  
crónicas o  
notas**

# Intervención y disciplina urbanística en la Ley 2/2016, del Suelo de Galicia

ALEJANDRO RAMÓN ANTELO MARTÍNEZ

*Secretario de Administración Local. Categoría Superior*

- 1. Planteamiento introductorio**
- 2. Destronamiento generalizado de la licencia urbanística**
  - 2.1. Antecedentes y aspectos generales
  - 2.2. La licencia urbanística: *numerus clausus*
  - 2.3. La comunicación previa: tramitación
  - 2.4. Proyectos públicos de urgencia o de excepcional interés
- 3. Medidas contra el denominado “feísmo urbanístico”**
  - 3.1. Obligación de terminar las edificaciones
  - 3.2. Órdenes de ejecución
  - 3.3. Declaración de caducidad de las licencias
- 4. Particulares supuestos de intervención**
  - 4.1. División y segregación de fincas en suelo rústico
  - 4.2. Edificaciones fuera de ordenación
  - 4.3. Usos y obras provisionales
- 5. Disciplina urbanística**
  - 5.1. Inspección urbanística
  - 5.2. Protección de la legalidad urbanística
  - 5.3. Potestad sancionadora

## Resumen

El presente trabajo analiza las principales novedades que la reciente Ley 2/2016, del Suelo de Galicia, introduce en materia de intervención y

*Artículo recibido el 13/07/2016; aceptado el 10/10/2016.*

disciplina urbanística, con especial atención al estudio de los antecedentes legislativos que han precedido a esta normativa, así como a la jurisprudencia antecesora.

Palabras clave: *licencias urbanísticas; comunicaciones previas; protección de la legalidad urbanística.*

### ***Intervention and urban discipline in the Law 2/2016, on urban law of Galicia***

#### **Abstract**

*This article analyzes the measures implemented by Law 2/2016, on Urban Law of Galicia, in the field of intervention and urban discipline. The article pays special attention to the legislative precedents and previous case law.*

Keywords: urban licenses; previous communications; protection of urban legality.

## **1**

### **Planteamiento introductorio**

Desde una perspectiva sistemática, la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia (LSG), vigente a partir del 19 de marzo de 2016, aborda nuestro objeto de estudio en su Título VI, rubricado “Intervención en la edificación y uso del suelo y disciplina urbanística”, sobre la base de tres pilares fundamentales: *Fomento de la edificación, conservación y rehabilitación* (Capítulo I); *Intervención en la edificación y uso del suelo* (Capítulo II); y *Disciplina urbanística* (Capítulo III).

No seguirá nuestra exposición estrictamente este esquema, sino que, partiendo del mismo, analizará las principales novedades y líneas directrices de la Ley del Suelo de Galicia en esta materia, sin olvidar los antecedentes legislativos que han precedido a esta norma.

Además, y desde un punto de vista que podría denominarse asistemático con respecto al Título VI de esta Ley 2/2016, corresponde también estudiar, por sus intensas connotaciones en el ámbito de la intervención y/o disciplina urbanística, otras figuras y regímenes jurídicos como los usos y obras provisionales, la situación de fuera de ordenación de las edificaciones y la adaptación al ambiente de las construcciones.

Para ello, debe tenerse presente ya como principio general de esta nueva Ley, que constituye su objeto primeramente nominado, la protección urbanística de Galicia (art. 1), de ahí la especial atención a la intervención y disciplina urbanística para la consecución de tal finalidad, en la inteligencia de que, si bien el urbanismo en cuanto función pública es competencia de las Administraciones Públicas correspondientes, no es menos cierto que la iniciativa privada juega en el mismo un papel relevante, como así lo destaca expresamente la propia LSG en su art. 2.

## 2

### Destronamiento generalizado de la licencia urbanística

#### 2.1

#### Antecedentes y aspectos generales

La Ley 2/2016 reproduce el esquema que había introducido en su antecesora Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA), la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, en el sentido de generalizar la comunicación previa como título habilitante en materia urbanística; y además lo hace mediante el establecimiento de una cláusula residual, de tal modo que: “Quedan sujetos al régimen de intervención municipal de comunicación previa los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo no sujetos a licencia y, en todo caso, los que así se establezcan en las leyes” (art. 142.3).

La consolidación de la comunicación previa como régimen general de intervención en materia de obras y urbanismo merece una acogida favorable, al igual que el hecho de la que la LSG no haga una referencia explícita en su Exposición de Motivos a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo (Directiva de Servicios) como marco normativo de referencia, a diferencia de lo que establece la Ley de emprendimiento y competitividad económica de Galicia, cuya Exposición de Motivos vincula expresamente la efectividad de la liberalización de servicios con el establecimiento de la comunicación previa urbanística, y aquella directamente con la Directiva de Servicios y sus leyes estatales y autonómicas de transposición (apartado 8).

En efecto, la Ley 9/2013, al modificar la LOUGA, inicia en nuestra Comunidad Autónoma una senda ya emprendida, en algunos casos tími-

damente, por otras comunidades autónomas (v. gr. Andalucía<sup>1</sup>, Cataluña<sup>2</sup>, Castilla-La Mancha<sup>3</sup>, Madrid<sup>4</sup>), sin que ofrezca dudas la aplicación de esta técnica de intervención administrativa en el ámbito del urbanismo<sup>5</sup>, pero sin que resulte tan claro, desde una perspectiva dogmática, que tal instauración se realice para dar cumplimiento a los mandatos de la Directiva comunitaria de Servicios. Así, la propia norma comunitaria, en su Considerando 9, establece literalmente: “La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como [...] normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, [...]”; y ya algunos órganos jurisdiccionales se han pronunciado al respecto, como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 17 de febrero de 2011, afirmando que las cuestiones relativas al urbanismo quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>6</sup>.

1. Vid. art. 172.5.ª de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

2. Vid. art. 187 bis del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

3. Vid. art. 157 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio y actividad urbanística de Castilla-La Mancha.

4. Vid. art. 156 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de Madrid.

5. Ya en este sentido, el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, redactado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dispone lo siguiente: “Las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: [...] c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

6. Aranzadi RJCA 2011/54; vid. Fundamento de Derecho Undécimo: “Respecto a la alegada vulneración de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, al imponer la intervención obligatoria y adicional de un tercero, manteniendo además la intervención de los servicios municipales, y establecer un control doble por la ECGLU y el Ayuntamiento [...] hemos de indicar que si bien la Exposición de Motivos de la Ordenanza hace mención a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la misma establece en su Considerando 9 que ‘La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural [...]’; La Ordenanza impugnada establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades, por lo que regula cuestiones relativas al urbanismo y queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva”.

## 2.2

### La licencia urbanística: *numerus clausus*

Con carácter de legislación estatal básica, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU), establece en su art. 11.3 que todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación; disponiendo a continuación en el punto 4.º del propio artículo 11 que preceptivamente serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:

- a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.

Por su parte, la LSG en su art. 142.2 regula con carácter exhaustivo los actos sujetos a licencia municipal:

- a) Los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo que, con arreglo a la normativa general de ordenación de la edificación, precisen de proyecto de obras de edificación.
- b) Las intervenciones en inmuebles declarados de interés cultural o catalogados por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos o paisajísticos.
- c) Las demoliciones, salvo las derivadas de resoluciones de expedientes de restauración de la legalidad urbanística.
- d) Los muros de contención de tierras, según se establezca reglamentariamente.
- e) Los grandes movimientos de tierras y explanaciones.
- f) Las parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo, cuando no formasen parte de un proyecto de reparcelación.
- g) La primera ocupación de los edificios.

- h) La implantación de cualquier instalación de uso residencial, ya sea provisional o permanente.
- i) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derivase de la legislación de protección del dominio público.

Entre ellos merece una especial atención, en primer lugar, el previsto en su apartado i): “La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derivase de la legislación de protección del dominio público”.

La previsión, ya incorporada también a la LOUGA por la Ley 9/2013, supone una excepción a la regulación contenida en la Ley 7/2012, de 28 de junio, de Montes de Galicia, que sujeta a autorización de la Administración forestal (consejería competente de la Comunidad Autónoma) los aprovechamientos de madera o leña en terrenos forestales, y a comunicación previa a dicha Administración los citados aprovechamientos cuando sean para uso doméstico (art. 92)<sup>7</sup>, y plantea dos interrogantes fundamentales no resueltos por la LSG: ¿los procesos de transformación urbanística, son los relativos a la gestión de los suelos urbanizables a través del correspondiente plan parcial?; y en segundo lugar, la referencia a la tala derivada de la legislación de protección del dominio público, ¿alude al dominio público municipal?, o, por el contrario, ¿cualquier dominio público es merecedor de protección municipal a través de licencia urbanística?

En segundo lugar, debe observarse que mientras el TRLSRU exige acto administrativo expreso para los “movimientos de tierras”, la LSG somete a licencia los “grandes movimientos de tierras”, lo cual genera un margen de subjetividad en la apreciación que no se coherente adecuadamente con una regulación *clausus* de actos sujetos a licencia urbanística.

Y en tercer lugar, llama la atención que se exceptúen del régimen general de licencia para las demoliciones aquellas derivadas de la resolución de expedientes de reposición de la legalidad urbanística (actos complejos que habrá que delimitar en el acto administrativo de resolución del expediente, y que en todo caso pueden dar lugar a la interpretación de que en estos casos resultaría suficiente con una simple comunicación previa).

Por lo demás, la dicotomía comunicación previa (régimen general)/licencia urbanística (régimen excepcional) se resuelve en la LSG sometiendo

7. Añadiendo que “las cortas de policía, clareos y demás tratamientos silvícolas sin aprovechamiento comercial no requerirán comunicación ni autorización de la Administración competente”.

a licencia los actos edificatorios y urbanísticos de mayor complejidad técnica o que con más intensidad afectan al territorio (los que precisen proyecto de obras, las intervenciones en bienes de interés cultural, las demoliciones, los grandes movimientos de tierras, las implantaciones de usos residenciales, la primera ocupación de los edificios...), mientras que la comunicación previa operará en aquellos actos de menor complejidad urbanística o constructiva. Y es que, para clarificar la finalidad de ambos títulos habilitantes en el ámbito del urbanismo, conviene recordar, como hace Fernández Carballal, que “el acto administrativo de intervención de naturaleza declarativa en que consiste la licencia urbanística comporta un doble control, en primer lugar, se impide el ejercicio puramente voluntario de cualquier derecho del particular afectado y, en segundo lugar, se comprueba si el derecho cuyo ejercicio se pretende realmente preexiste y su ejercicio se va a desarrollar de acuerdo con la legalidad vigente”<sup>8</sup>.

### 2.3

#### La comunicación previa: tramitación

Conviene adelantar, antes de entrar en los trámites procedimentales propiamente dichos, que la tradicional denominación de comunicación previa (que junto con la declaración responsable se han erigido en nuestro ordenamiento jurídico como técnicas de intervención administrativa alternativas –y cabría decir que predominantes– a la licencia o autorización) ha sido parcialmente abandonada de forma novedosa por la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>9</sup>, en cuyo art. 69.2 alude a la “comunicación” (sin adjetivar), definiéndola como aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos, o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

Cuestión que no resulta baladí, pues el propio precepto, en su punto 3.º, regula como excepción que la comunicación pueda ser presentada dentro de

8. Cfr: FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., “El régimen jurídico de las licencias”, en MEILÁN GIL, J. L. (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 369.

9. En *vacatio legis* hasta el 2 de octubre de 2016, en que se producirá su entrada en vigor con carácter general, excepto para las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, que producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley.

un plazo posterior al inicio de la actividad, cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

La LSG no solo no hace uso de esta habilitación básica estatal, sino que establece una eficacia diferida, al establecer en su art. 146.1.º que, en los actos sujetos al régimen de comunicación previa, el promotor comunicará al ayuntamiento la intención de llevar a cabo el acto con una antelación mínima de quince días hábiles a la fecha en que pretenda comenzar su ejecución. De tal forma que, en este lapso temporal, la Administración municipal podrá declarar completa la documentación presentada o requerir la reparación de deficiencias, adoptando en este último caso, motivadamente, las medidas provisionales que entienda oportunas para evitar toda alteración de la realidad en contra de la ordenación urbanística aplicable.

La tramitación de las comunicaciones previas urbanísticas plantea, a nuestro juicio, tres cuestiones nucleares no suficientemente resueltas por la LSG.

La primera de ellas atañe al alcance preceptivo o potestativo del término “podrá”, que debe resolverse concluyendo su carácter imperativo en lo que se refiere a esa evaluación previa de tipo formal que debe realizar la Administración en relación con la documentación que acompaña a la comunicación previa (descripción técnica de las características del acto; manifestación expresa de que dicha comunicación previa cumple con la legislación urbanística de aplicación; copia de las autorizaciones, concesiones administrativas e informes sectoriales, cuando sean exigibles; autorización ambiental, cuando sea precisa; y justificante de pago de los tributos municipales –art. 146.1.º LSG–), sin que esta obligatoria calificación previa enerve u obste las facultades de comprobación, control e inspección posteriores por parte del ayuntamiento. La segunda evaluación que compete realizar, ya de tipo sustantivo, implica confrontar la legalidad urbanística material de los actos urbanísticos objeto de comunicación previa, y deviene también aquí sustancial la necesidad de dictar un acto administrativo que o bien valide o bien declare la ineficacia de aquella comunicación presentada. Tampoco la LSG resuelve esta cuestión, y debe acudir supletoriamente (en los términos temporales *ut supra* expuestos) a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que solo parcialmente ofrece una solución en su art. 69.4.º, al disponer:

*La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la co-*

*municación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, [...]»<sup>10</sup>.*

*Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.*

Sin embargo, como decíamos, la obligatoriedad de dictar un acto administrativo que declare el incumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo el acto constructivo o urbanístico objeto de la comunicación previa, no colmata los supuestos realmente posibles, puesto que aquella comunicación previa puede ser jurídicamente correcta, y en este caso la Administración también debe dictar un acto administrativo que así la declare. Porque, en efecto, no debe olvidarse que estas técnicas de intervención administrativa alternativas a la licencia (tanto comunicación previa como declaración responsable) son en definitiva actos jurídicos del particular, y por lo tanto, sin que posteriormente la Administración, en este caso municipal, dicte un acto que declare su conformidad a derecho, se cierran para terceros interesados o perjudicados por tales actuaciones las posibilidades de recurso en vía administrativa o jurisdiccional contencioso-administrativa, quedando únicamente expedita la vía civil a través de la jurisdicción ordinaria, al no existir acto administrativo impugnabile en aquellas; sin olvidar que además, en materia urbanística, y sin necesidad de alegar un interés legítimo, está reconocida la acción pública ya desde la Ley del Suelo de 1956, y hasta el reciente y vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana<sup>11</sup>.

La segunda cuestión esencial en la tramitación de las comunicaciones previas hace referencia a una antinomia recogida en la propia LSG. Por

10. En prácticamente idénticos términos se pronuncia el art. 71 bis, punto 4, de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

11. Según su art. 5, apartado f), todos los ciudadanos tienen derecho a: “Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora”.

una parte, el art. 146.1.c) exige que con la presentación de la comunicación previa urbanística se aporte “copia de las autorizaciones, concesiones administrativas o informes sectoriales cuando fueran legalmente exigibles al solicitante, o **acreditación de que se ha solicitado su otorgamiento**”, y por otro lado, epigrafiado “Prelación de licencias y otros títulos administrativos”, el art. 144 dispone en su punto 4.º que “no podrá presentarse la comunicación previa ni concederse licencia sin que se acredite el **previo otorgamiento** de las autorizaciones urbanísticas o sectoriales de otras Administraciones Públicas, cuando fueran procedentes de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley”.

Obviamente, la simple acreditación de que se solicitaron las autorizaciones o los informes sectoriales preceptivos, no puede validar por sí misma la presentación de una comunicación previa en lo que se refiere al cumplimiento de la normativa urbanística de aplicación, y parece claro, por tanto, que la contradicción tiene que resolverse entendiendo que la documentación a aportar en estos casos es precisamente la acreditación de que se han obtenido tales autorizaciones sectoriales, y no simplemente solicitado.

Y en tercer y último lugar, la LSG induce a confusión en lo que respecta a la vinculación de las comunicaciones previas de obras (o en su caso licencias) con las comunicaciones o licencias necesarias para el ejercicio de una actividad. La regulación hasta ahora era la siguiente, de acuerdo con el art. 196.2 LOUGA: *“Cuando la obra tenga por objeto el desarrollo de una actividad, se consignará expresamente esa circunstancia y, junto con la comunicación previa o solicitud de licencia de obra, en su caso, se pondrán en conocimiento de la Administración municipal los datos identificativos y se aportará la documentación prevista en el artículo 24 de la Ley del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia”*. Es decir, que siguiendo el esquema tradicional en esta materia, el Ayuntamiento evalúa en primer lugar la viabilidad técnica y urbanística de la actividad que se pretende desarrollar, y acreditada tal posibilidad, tramita en unidad de acto la comunicación previa de obras; de modo tal, a contrario sensu, que en caso de que dicha actividad no sea posible, se evita al particular la tramitación y el coste de una comunicación de obra que no podrá servir al fin que se pretende. La regulación actual difiere sustancialmente, al preceptuar el art. 144.2 LSG que, *“cuando la obra tenga por objeto el desarrollo de una actividad, se consignará expresamente esa circunstancia”* en la comunicación previa; en síntesis, la nueva regulación no obliga a presentar y tramitar la comunicación de actividad con carácter previo a la de obra, sino simplemente a *“consignar”* tal circunstancia, sin que esa consignación tenga alcance jurídico alguno, de tal forma que la

*consecuencia práctica de esta indefinida regulación pueda ser la obtención de un título habilitante para la realización de una obra (aspecto urbanístico), sin que posteriormente se obtenga idéntico título para el ejercicio de la actividad a que se pretendía vincular aquella obra, con los inherentes perjuicios económicos para el particular.*

## 2.4

### Proyectos públicos de urgencia o de excepcional interés

De acuerdo con el art. 147 LSG, los actos urbanísticos y edificatorios promovidos por las Administraciones Públicas o entidades de derecho público siguen, con carácter general, el régimen de sometimiento a licencia/comunicación previa establecido en el art. 142 de la propia Ley, con dos excepciones: aquellos promovidos por la propia Administración municipal dentro de su término, que se consideran autorizados con la aprobación del proyecto y la acreditación en el expediente del cumplimiento de los requisitos urbanísticos y sectoriales, en su caso; y aquellos otros exceptuados de licencia o comunicación previa por “la legislación aplicable”.

La Ley urbanística gallega opta por regular estos supuestos exceptuados de las técnicas generales de intervención en una ley especial, y a estos efectos, e inmediatamente después de la promulgación de la LSG, el Parlamento de Galicia aprueba la Ley 3/2016, de 1 de marzo, de medidas en materia de proyectos públicos de urgencia o de excepcional interés, en la cual se advierten cuatro supuestos diferenciados:

- Actos promovidos por órganos de las Administraciones Públicas o de entidades de derecho público, que sean conformes con el planeamiento urbanístico municipal: régimen general de licencia o comunicación previa, de idéntica forma a los promovidos por cualquier particular.
- Actos promovidos por órganos de la Administración General del Estado, disconformes con el planeamiento urbanístico: con carácter general se estará a lo dispuesto en la legislación estatal aplicable, que vendrá determinada por la disposición adicional décima TRLSRU<sup>12</sup>, así como por la legislación sectorial en su caso procedente (costas, carreteras, navegación aérea...).

---

12. 1. Cuando la Administración General del Estado o sus organismos públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remi-

- Actos promovidos por órganos de la Administración General del Estado, igualmente disconformes con el planeamiento urbanístico municipal, pero cuyas finalidades se consideren de interés público para la Comunidad Autónoma de Galicia por estar vinculados a materias de su competencia: corresponde a la Administración autonómica apreciar aquellas razones de urgencia o excepcional interés, cediendo la aplicación de la legislación estatal a favor de la Ley autonómica 3/2016, de 1 de marzo.
- Y por último, actos promovidos por órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma, disconformes con el planeamiento general municipal: en cuyo caso la competencia plena corresponde a la Administración autonómica, con arreglo a la citada Ley 3/2016.

La actuación municipal en los supuestos de disconformidad con el planeamiento urbanístico, y por tanto exceptuados de licencia (o, en su caso, comunicación previa), se produce en dos fases: una primera, a través del informe en el curso del procedimiento, sobre los intereses locales afectados, debiendo traerse al respecto a colación la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002<sup>13</sup> referida a la ampliación del Museo del Prado, en la cual se afirma que “de la finalidad perseguida por la remisión del proyecto para el dictamen del ente municipal, no se contempla aquí la exigencia de un proyecto definitivo ya ultimado de la obra a realizar, sino que basta la realización de un proyecto o con-

---

*sión al ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor.*

*En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al titular del Ministerio competente en materia de suelo y vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la comunidad autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda, conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora.*

*2. El ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el apartado 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación, de conformidad con la ordenación urbanística y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al ministro competente en materia de suelo y vivienda, a los efectos prevenidos en el mismo.*

*3. Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del ministro competente en materia de suelo y vivienda, previa solicitud del ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.*

13. RJ 2003/431.

junto de proyectos, que marquen de modo cierto el carácter, extensión, localización y fines de la obra proyectada, y que permita al Ayuntamiento u organismo autónomo competente, la formulación del dictamen sobre su adecuación al planeamiento”; y una segunda fase, en su caso, y excepcionalmente, determinada por la suspensión de las obras en curso de ejecución cuando se haya obviado el procedimiento legalmente previsto para su ejecución, del que debe destacarse, por su relevancia, la declaración de urgencia o excepcional interés público, en cuyo punto la Ley autonómica 3/2016 es continuadora de la doctrina jurisprudencial consolidada, de la que es fiel exponente la reciente sentencia del propio Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014<sup>14</sup>, que considera “la concurrencia de razones de excepcional interés público en la aprobación, autorización y ejecución del proyecto de obras de construcción del nuevo acuartelamiento de la Guardia Civil de Legutiano, como consecuencia de daños estructurales provocados por atentado terrorista, siendo necesaria la actuación a consecuencia de un evento sorpresivo y excepcional”.

Constituye, por tanto, la principal novedad de esta regulación la competencia autonómica en los casos de obras públicas de interés general promovidas por el Estado, cuando exista una afectación de intereses autonómicos vinculados a sus propias competencias, hasta ahora residenciada en la Administración General del Estado; sin que por lo demás exista desviación alguna respecto de la legislación estatal reguladora de las obras de excepcional interés público y de la jurisprudencia de aplicación a las mismas.

### 3

#### Medidas contra el denominado “feísmo urbanístico”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia se ha venido utilizando desde hace algunas décadas el término de “feísmo urbanístico”, para hacer referencia a determinadas soluciones constructivas, arquitectónicas y en general de antropización del entorno y del paisaje localizadas principalmente en entornos rurales (aunque no exclusivamente, pues también se observa el fenómeno en ámbitos netamente urbanos), y que se pueden caracterizar por alguna de las siguientes notas: ausencia de remate exterior de las edificaciones, diversidad de alturas en edificaciones alineadas, ausencia de alineación

---

14. RJ 2015/869.

en las edificaciones, mezclas incongruentes de materiales constructivos, usos simultáneos de elementos constructivos no previstos en el correspondiente planeamiento general, etc.

Es también prolongado en el tiempo el intento de adoptar medidas contra esta errónea interpretación del urbanismo y de la ordenación del territorio, e intenso el debate, especialmente a partir de la promulgación de la LOUGA en el año 2002, acerca de las causas del fallido resultado en la corrección paulatina del fenómeno descrito.

En esta senda, la LSG intensifica las medidas contra el feísmo urbanístico a través de tres ejes fundamentales, cuyo estudio y determinación de su alcance corresponde a continuación: mediante la obligación de los propietarios de terminar las edificaciones; a través del dictado de órdenes de ejecución; y mediante la declaración de caducidad de las licencias.

### 3.1

#### Obligación de terminar las edificaciones

Con respecto a su antecedente art. 9 LOUGA, el art. 135 LSG, rubricado “Deberes de uso, conservación y rehabilitación”, contempla a priori una nueva obligación de los propietarios de toda clase de terrenos, construcciones, edificios e instalaciones, al establecer que “el deber de edificar –o rehabilitar– incluye el deber de los propietarios de terminar las edificaciones para cuya ejecución obtuvieron la preceptiva licencia”.

Obligación reforzada en el art. 91 de la propia LSG, que en cuanto norma de aplicación directa determina que las construcciones deberán adaptarse al ambiente en el que estén situadas, y a tal efecto deberán “presentar todos sus paramentos exteriores y cubiertas totalmente terminados”, si bien este deber dominical ya estaba miméticamente previsto en el art. 104 LOUGA, desde la modificación operada en la misma por la Ley 15/2004, de 29 de diciembre.

Nótese en todo caso una divergencia sobre la que resultará necesario volver, puesto que mientras el primero de los preceptos citados (incardinado dentro de los deberes de uso, conservación y rehabilitación) obliga a “terminar las edificaciones”, el segundo de ellos (en el marco de la adaptación al ambiente y protección del paisaje) concreta tal exigencia de remate a “sus paramentos exteriores”.

Inicialmente esta obligación, aparentemente novedosa, se encuentra ínsita en la propia naturaleza de la licencia como acto reglado a través del cual la Administración verifica la adecuación de lo proyectado al ordenamiento ur-

banístico vigente; de ahí que, como afirma Fernández Carballal, también está “en la naturaleza de la licencia el que sea sometida a un plazo de caducidad, como institución al servicio de la eficacia del planeamiento”<sup>15</sup>. Por ello, tanto el derogado art. 197 LOUGA como el vigente art. 145 LSG establecen que en el acto de otorgamiento de la licencia se determinarán los plazos de caducidad por causa de demora en la iniciación y finalización de las obras, y en defecto de previsión, estos no podrán exceder de seis meses para el inicio y de tres años para la conclusión, desde la fecha del otorgamiento de la licencia, sin que tampoco puedan interrumpirse las obras por plazo superior a otros seis meses.

Sin perjuicio de la problemática que en su operatividad presenta el instituto de la caducidad, y que a continuación será objeto de estudio, es lo cierto que, desde esta perspectiva, nada nuevo añade la previsión del art. 135 de la nueva Ley del Suelo de Galicia en cuanto al deber de los propietarios de terminar las edificaciones para las cuales obtuvieron la preceptiva licencia, de tal modo que sin esta obligación expresa, tanto ahora como antes vigente la LOUGA, la Administración municipal no solo podía sino que debía iniciar de oficio el expediente de declaración de caducidad por incumplimiento de plazos, toda vez que la obra sin terminar no se ajusta a la licencia concedida, y por tal motivo no puede obtener tampoco la licencia de primera ocupación, como reiteradamente ha dicho la jurisprudencia, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2002, al afirmar que “la cuestión que en el recurso se plantea es la de si la licencia de primera ocupación, cumple estrictamente las finalidades previstas en el artículo 21.2 d) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, o, por el contrario, con ocasión de su otorgamiento es posible comprobar si la obra se ha ejecutado de acuerdo con la licencia de obras otorgada. Sobre estos aspectos se ha pronunciado de modo reiterado esta Sala en sentencias de las que son ejemplo las dictadas el 3 de abril de 2000 y el 2 de octubre de 1999, y las que en ella se citan, lo que constituye un cuerpo doctrinal que reconoce la posibilidad de que con ocasión de la licencia de primera utilización pueda comprobarse si las obras efectuadas se ajustan a la licencia de obras concedida. Es evidente que, al no ajustarse el edificio a la licencia de obras otorgada, la licencia de primera utilización no debió ser concedida”<sup>16</sup>.

Además de este relevante efecto, la novedad sustancial del deber de terminar las edificaciones está anudada a la obligación, prevista en el art. 136 LSG, de que los ayuntamientos dicten las correspondientes órdenes de eje-

15. Cfr: FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Derecho Urbanístico de Galicia*, Thomson Civitas, Primera Edición, Madrid, 2003, pág. 261.

16. RJ 2002/4315.

cución para hacer cumplir tal deber del propietario, en los términos que seguidamente se estudiarán, lo que contrasta con la hasta ahora vigente previsión del art. 199 LOUGA, que contemplaba este supuesto con carácter potestativo.

### 3.2 Órdenes de ejecución

Así pues, la primera consecuencia derivada del incumplimiento del propietario del deber de terminar la edificación, para la cual ha obtenido la correspondiente licencia, viene determinada por la obligación de la Administración municipal de dictar una orden de ejecución que obligue a dar debido cumplimiento al citado deber, contemplada en el art. 136.1 LSG en los siguientes términos:

*Los ayuntamientos, de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante el correspondiente expediente y previa audiencia de los interesados, dictarán órdenes de ejecución que obliguen a los propietarios de bienes inmuebles a:*

- a) *Realizar las actuaciones necesarias para dar debido cumplimiento a los deberes señalados en el artículo anterior –entre los cuales se encuentra, cabe recordar, el de terminar las edificaciones para cuya ejecución obtuvieron la preceptiva licencia–.*
- b) *Realizar las actuaciones necesarias para adaptar las edificaciones y construcciones al entorno, según lo establecido en el artículo 91 de la presente Ley.*

Al menos tres son las notas características de estas órdenes de ejecución: en primer lugar, su carácter preceptivo en caso de incumplimiento del propietario de su deber de terminar la edificación, frente al carácter potestativo previsto en su antecesor art. 199.3 LOUGA (los ayuntamientos también “podrán ordenar las obras necesarias para adaptar las edificaciones y construcciones al entorno, con arreglo a lo establecido en el artículo 104 de la presente Ley, tales como acabado, conservación, renovación o reforma de fachadas o espacios visibles desde la vía pública, [...]”). A esta naturaleza facultativa ya se había referido el Tribunal Supremo, con ocasión del enjuiciamiento del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal de 1992, en su sentencia de 30 de diciembre de 1989<sup>17</sup>, al afirmar que, “en el ámbito

---

17. RJ 1989/9236.

urbanístico, la Administración está habilitada para intervenir en la actividad de los administrados no solo en la fase de construcción de los edificios, sino también a lo largo de toda la vida de estos con la finalidad de garantizar su permanencia en buenas condiciones”.

En segundo término, la obligación municipal de dictar estas órdenes de ejecución alcanza no solamente al incumplimiento dominical de terminar las construcciones autorizadas por licencia, en todos sus aspectos y elementos constructivos, sino también y específicamente al deber de que las mismas presenten todos sus paramentos exteriores y cubiertas totalmente terminados, a fin de lograr su adaptación al ambiente en el que estén situadas, de acuerdo con el art. 91 LSG y bajo la sistemática de las normas de aplicación directa.

Y por último, en cuanto al contenido de la orden de ejecución, también la LSG experimenta una sustancial variación con respecto a la LOUGA, al establecer en su art. 136.2 que “las órdenes de ejecución habrán de contener la determinación concreta de las obras a realizar conforme a las condiciones establecidas en la presente Ley o en el planeamiento urbanístico”, sin la posibilidad, prevista en el derogado art. 199.2 LOUGA, de que el ayuntamiento, cuando la entidad de las obras cuya ejecución se ordena lo requiera, exija al obligado la solicitud de licencia acompañada del proyecto técnico correspondiente. De este modo, la orden de ejecución constituye un título de intervención urbanística habilitante y excluyente en todo caso de la correspondiente licencia, de forma tal que, cuando la entidad de las obras lo requiera, dicha orden habrá de contener las determinaciones propias de un proyecto técnico. Sin duda alguna, se acomoda la Ley del Suelo de Galicia a una jurisprudencia consolidada de la que son exponentes, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1989<sup>18</sup>, que afirma que, “[...] sin que desconozcamos las facultades de la autoridad municipal para imponer la realización de obras que garanticen la seguridad, salubridad y ornato público de los edificios, este Alto Tribunal reiteradamente viene exigiendo para casos semejantes que se especifique y detalle cuáles sean en cada ocasión las obras precisas para conseguir la finalidad propuesta, porque mal puede cumplirse adecuadamente una orden de cualquier Autoridad, por legítima que sea, sin que se haya dado a conocer al destinatario de la misma obligado a ello qué es lo que ha de hacer y en qué forma ha de hacerlo, porque de ello depende que lo ordenado sea oportunamente obedecido o, contrariamente, se pueda tener por incumplido [...]”; así como la sentencia del propio Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002<sup>19</sup>, que establece unas exclusiones en función de la entidad de las obras a

---

18. RJ 1989/6187.

19. RJ 2002/8740.

acometer, considerando que, “si bien es cierto que este Tribunal ha declarado que las órdenes de ejecución han de precisar suficientemente las obras que se ordenan, no siendo válidos los mandatos genéricos e indefinidos, sin embargo ello será así cuando la naturaleza y clase de las obras exija esa precisión, no cuando la simplicidad de las anomalías no la haga necesaria; y esto es lo que ocurre en el caso de autos, en que lo sucedido es que un muro de contención entre unos edificios ha sufrido una flexión, cuya corrección ha de realizarse. Como se ve, la obra a realizar no exige más precisión. Lo que no indica la orden es la forma en que las obras han de realizarse, pero la indicación del método operativo no tiene por qué acompañar a la orden de ejecución”.

### 3.3

#### Declaración de caducidad de las licencias

En idénticos términos al art. 197 LOUGA, la LSG dispone en los puntos 1.º y 2.º de su art. 145:

*1. En el acto de otorgamiento de la licencia de edificación se determinarán los plazos de caducidad por causa de demora en la iniciación y finalización de las obras, así como por causa de interrupción de las mismas. En su defecto, el plazo de iniciación no podrá exceder de seis meses y el de terminación de tres años, desde la fecha de su otorgamiento, no pudiendo interrumpirse las obras por tiempo superior a seis meses.*

*2. Los municipios podrán conceder prórroga de los referidos plazos de la licencia, previa solicitud expresa, siempre que la licencia fuese conforme con la ordenación urbanística vigente en el momento de la concesión de la prórroga. Cada prórroga que se solicite no podrá ser por plazo superior al inicialmente acordado.*

Y la novedad, con respecto a su antecedente legislativo, y precisamente como medida contra la realidad del feísmo urbanístico, aparece en su punto 3.º, al disponer:

*En el supuesto de edificaciones iniciadas, la concesión de la prórroga estará condicionada a la que la edificación sea acabada exteriormente.*

Sin embargo, y más allá de que el instituto jurídico de la caducidad no puede operar de modo automático<sup>20</sup>, sino previa instrucción del correspon-

20. Pese a las primeras –y dilatadas en el tiempo– previsiones del art. 197.3 LOUGA, que disponía expresamente: “La caducidad será declarada por la Administración municipal previo procedimiento con audiencia del interesado. No obstante, transcurridos tres años desde el otorgamiento de la licencia sin que se hubiesen iniciado las obras se entenderá caducada automáticamente por ministerio de la ley y no podrán iniciarse las obras sin obtener nueva

diente expediente con audiencia del interesado, tal y como recoge el punto 4.º de este art. 145 y ha consagrado una jurisprudencia constante<sup>21</sup>, es lo cierto que, además de este aspecto adjetivo, desde un punto de vista sustantivo la doctrina legal del Tribunal Supremo ha exigido la concurrencia de otros dos requisitos para la válida operatividad de la caducidad de las licencias urbanísticas: en primer lugar, y obviamente, la declaración formal de dicha caducidad por parte de la Administración municipal, al objeto de que el titular de la licencia pueda impugnar esa decisión administrativa<sup>22</sup>, y en segundo lugar, la inequívoca voluntad del titular de abandonar su proyecto<sup>23</sup>.

Por tanto, las loables previsiones de la nueva LSG en orden a combatir el feísmo urbanístico mediante la improrrogabilidad de las licencias en caso de falta de remate exterior de las edificaciones, y su condicionamiento al cumplimiento de este deber, pueden encontrar el freno de los tribunales de justicia cuando en el expediente no quede suficientemente acreditada la inequívoca voluntad del titular de abandonar la obra, de acuerdo con la jurisprudencia imperante y consolidada en la materia, y por ello, quizás resulte más alcanzable este fin perseguido mediante el dictado de las preceptivas órdenes de ejecución, en los términos estudiados, dejando al margen la prórroga del título habilitante urbanístico. Máxime cuando esta técnica de intervención permite expresamente su ejecución forzosa en el art. 136 LSG, mediante la imposi-

---

licencia ajustada a la ordenación urbanística en vigor”; y que se mantuvo vigente hasta la modificación llevada a cabo por virtud de la Ley 2/2010, de 25 de marzo, que suprimió esa caducidad *ex lege* de las licencias urbanísticas.

21. Por todas, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7286), que afirma: “[...] cualquiera que fuese lo que, dentro del citado plazo, había de efectuar el titular de la licencia, dicho plazo es susceptible de ampliación o prórroga con tal de que esta se inste antes de que aquel haya vencido o, incluso, con anterioridad a que, habiendo fenecido, recaiga una resolución expresa de la autoridad municipal declarativa de que la licencia ha caducado, porque hay que recordar, con la Sentencia de 16 de junio de 1977, que ‘no quiere decirse que el plazo asignado en cada supuesto tenga que operar drásticamente, como plazo de rigurosa caducidad, sacrificando a su automatismo los intereses reales en juego’, de tal manera que, constando de las actuaciones que, con anterioridad a la producción de los acuerdos recurridos, fue solicitada una ampliación de aquel, es claro que, sin haberse proveído a propósito de esta solicitud, legalmente la actuación administrativa no podía ser la de suspender unas obras que se habían comenzado dentro de plazo y aún estaban en curso de ejecución, con la única justificación de que carecían de licencia por haber esta caducado, pues la caducidad en esta materia carece de la cualidad de aplicación automática por el transcurso del tiempo, al requerir, contrariamente, una declaración formal recaída en el específico expediente que se siga con plena intervención del interesado [...]”.

22. *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1977 (RJ 1978/361), 5 de octubre de 1982 (RJ 1982/6334), 12 de julio de 1983, 12 de noviembre y 21 de diciembre de 1984 (RJ 1984/5770), 4 de septiembre de 1985, 22 de enero, 1 de abril y 24 de junio de 1986 (RJ 1986/887, RJ 1986/4210 y RJ 1986/3823), y 27 de mayo de 1988.

23. *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1988 (*ut supra cit.*) y de 16 de junio de 1977 (RJ 1977/3370).

ción de multas coercitivas de 1000 a 10 000 euros reiterables trimestralmente (punto 4.º), o a través de la ejecución subsidiaria a costa del obligado (punto 5.º), sin que de ello pueda deducirse una naturaleza sancionadora de las medidas, tal y como ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 16 de junio de 2005<sup>24</sup>, al afirmar que, “en lo que se refiere al importe de la multa coercitiva, resulta improcedente hablar de sanción, de potestad sancionadora y de hechos imputados, pues la multa coercitiva no es una sanción sino un medio de ejecución forzosa de las resoluciones administrativas, que trata de vencer la resistencia del ejecutado a llevar a cabo, en un caso como el presente, la restauración de la legalidad urbanística; y como está de sobra acreditada la falta de voluntad del actor para reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de que se realizasen las obras ilegales, la cuantía de la multa resulta adecuada”.

## 4

### Particulares supuestos de intervención

Contempla la Ley 2/2016 una serie de supuestos que, aun presentando concomitancias con el ámbito del derecho privado (división y segregación de fincas en suelo rústico), o incluso con la actividad de planeamiento urbanístico (edificaciones fuera de ordenación), exigen también un tratamiento desde el punto de vista de la estricta intervención urbanística, y a los que sin duda hay que añadir, como especial supuesto de intervención administrativa municipal en el ámbito urbanístico, los usos y obras provisionales; y ello no solamente por las razones apuntadas, sino también por las sustanciales variaciones que la nueva legislación de Galicia incorpora en los dos primeros de estos ámbitos, y que obligan sin género de dudas a realizar una interpretación de la misma acorde con los antecedentes históricos y legislativos, siguiendo las pautas del art. 3.1 del Código Civil.

### 4.1

#### División y segregación de fincas en suelo rústico

Tomando como primera referencia la LOUGA de 2002, esta disponía en su controvertido art. 206.1:

---

24. RJ 2005\276993.

*En el suelo rústico no podrán realizarse ni autorizarse parcelaciones, divisiones o segregaciones, excepto aquellas que se deriven de la ejecución, conservación o servicio de infraestructuras públicas, de la realización de actividades extractivas o energéticas, de la ejecución del planeamiento urbanístico o tengan por objeto una racionalización agropecuaria o forestal.*

*En todo caso se respetará la superficie mínima e indivisible que determine la legislación agraria.*

De tal forma que, en evitación de una excesiva fragmentación de la propiedad rústica en Galicia, se impedía por ley la división y segregación de parcelas, excepto en los supuestos tasados por la Ley, que en ningún caso abarcaban los ámbitos del derecho privado –significativamente en materia hereditaria– de los particulares. La contestación social originada por esta restricción *ex lege* dio lugar a la modificación de este precepto por virtud de la Ley 15/2004, de 29 de diciembre, que en lo que ahora interesa a nuestro estudio añadió a la redacción originaria:

*Sin embargo, podrá autorizarse la división de parcelas vacantes de edificación por razón de partición de herencias, siempre que se haga constar el compromiso expreso de no edificar los lotes resultantes y que la superficie de cada lote tenga una extensión mínima de 15 000 metros cuadrados. Esta condición de inedificabilidad de los terrenos debe hacerse constar expresamente en el registro de la propiedad y en todos los actos de transmisión de la propiedad.*

A partir de esta modificación legislativa se establecían por lo tanto dos regímenes para la división y segregación de fincas en suelo rústico: el general previsto ya inicialmente en la LOUGA de 2002 por razones de conservación de infraestructuras públicas, extractivas, energéticas, racionalización agropecuaria o forestal..., que exigía respetar la unidad mínima de cultivo establecida en la legislación agraria, determinada para Galicia por el Decreto 330/1999, de 9 de diciembre, que fijaba esta para los diferentes términos municipales, en función de terrenos de secano o regadío, en un rango entre las 0,20 y las 0,40 hectáreas; y un régimen particular por razón de partición de herencias, que exigía que los lotes resultantes tuvieran al menos una superficie de 15 000 metros cuadrados, además del compromiso expreso de los propietarios de no edificarlos.

Esta injustificada diferencia de regímenes se vio solventada posteriormente por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la LOUGA, que redactó este apartado con la siguiente literalidad:

*Sin embargo, podrá autorizarse la división de parcelas vacantes de edificación por razón de partición de herencias, siempre que se haga constar*

*el compromiso expreso de no edificar los lotes resultantes y no afecte a suelos de especial protección agropecuaria. [...]*

De tal forma que la única limitación para la división de fincas rústicas por razón de partición de herencias venía determinada por la no afectación a suelos rústicos de especial protección agropecuaria, fundamento más que justificado para evitar, en este caso con acierto, una inadecuada fragmentación de las explotaciones agrícolas, en un territorio ya de por sí dominado por el minifundismo.

La nueva LSG supone en esta materia una restricción semejante a la instaurada por la LOUGA, si bien intensificada, al establecer en su art. 149:

*En el suelo rústico no podrán realizarse segregaciones, salvo en el supuesto de ejecución de infraestructuras y dotaciones y en el caso de parcelas vinculadas a instalaciones o explotaciones que hubieran sido declaradas de utilidad pública y beneficiarias de expedientes de expropiación.*

*No obstante, se permiten segregaciones con la finalidad de reorganizar la propiedad, siempre y cuando no resulte un mayor número de parcelas respecto de las originariamente existentes.*

No cabe por tanto la división de fincas rústicas derivada de particiones hereditarias, de forma tal que, de constituir el caudal relicto terrenos de esta naturaleza, o bien deben ser adjudicados a uno de los coherederos, o bien, de ejercitarse la acción de división de la cosa común al amparo del art. 400 y siguientes del Código Civil, debe procederse a su enajenación, sin perjuicio del retracto de coherederos. En todo caso, resulta más que dudoso que esta restrictiva regulación logre el equilibrio entre los intereses públicos y privados a que debe tender el derecho administrativo en su tutela de interés general, pero de lo que no cabe duda es de que, desde el punto de vista procedimental, esta relación derecho civil/derecho administrativo ha sido consagrada por la jurisdicción ordinaria en la reciente sentencia 4/2013, de 11 de enero, de la Audiencia Provincial de A Coruña<sup>25</sup>, considerando que: “Ningún problema existe con respecto a la entrega de todos los bienes legados, salvo en relación con la parte adjudicada de la finca [...], en tanto en cuanto su adjudicación exige la previa segregación de la finca matriz, para lo que se requiere la correspondiente licencia municipal, según resulta del art. 206.2 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, según el cual los actos de segregación o de división de la propiedad que pudieran permitirse por aplicación de lo

---

25. JUR 2013\45409.

dispuesto en los números anteriores estarán sujetos en todo caso a licencia municipal. Para la tramitación y obtención de la misma, habrá de solicitarse con la documentación escrita y gráfica necesaria para la identificación precisa del acto que se instó. Y, por su parte, el art. 207.4 norma que los notarios y registradores de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escritura de división de terrenos que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia municipal, que deberá testimoniarse en el documento”.

## 4.2

### Edificaciones fuera de ordenación

Tradicionalmente, la legislación urbanística gallega ha considerado en situación de fuera de ordenación los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico, y que resultaren disconformes con el mismo (art. 103.1 LOUGA), diferenciando dentro de esta situación, y por ministerio de la ley, el régimen de “fuera de ordenación absoluto”, en aquellos casos en que las edificaciones presenten una total incompatibilidad con las determinaciones del nuevo planeamiento, y el de “fuera de ordenación relativo”, cuando exista solamente una parcial incompatibilidad con el nuevo planeamiento (art. 103.2 y 3 LOUGA).

Asimismo, y *ope legis*, la LOUGA establecía dos consecuencias asociadas a estas situaciones: en primer lugar, mientras que en los edificios en situación de fuera de ordenación absoluto solamente se podrían autorizar obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente, en los sometidos al régimen de fuera de ordenación relativo se admitían también obras parciales de consolidación, así como las de mejora, reforma y, en casos justificados, ampliación de la superficie construida. A esta sutil diferenciación práctica da respuesta el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su reciente sentencia de 16 de enero de 2014<sup>26</sup>, al considerar que “no puede estimarse la demanda porque ha de partirse de que la autorización se solicita para la reposición de una solera por la caída de un árbol, y es cierto que la vivienda tiene licencia municipal [...] sin que se acredite que engloba la construcción de una solera, por lo que las obras se llevaron a cabo al margen de lo autorizado en la licencia municipal; por ello, aunque pudiera considerarse que se trata de una obra menor y que no precisara de licencia, lo cierto es que

---

26. JUR 2014\40172.

se encuentra vinculada a la vivienda, y aunque a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 LOUGA [...] en las edificaciones que queden en situación de fuera de ordenación por total incompatibilidad con las determinaciones del nuevo planeamiento solo se podrán autorizar obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente, lo cierto es que en este caso [...] se pretende reconstruir lo que se hizo sin licencia”.

La segunda consecuencia práctica derivada de la situación de fuera de ordenación de los edificios, venía determinada por la obligación del ayuntamiento respectivo de comunicar al Registro de la Propiedad, a efectos de su constancia, las limitaciones y condiciones especiales en la concesión de licencias en estas edificaciones (art. 103.4 LOUGA), sin distinción entre el régimen absoluto y el relativo, y que sin duda implicaban una afectación a la esfera patrimonial de los respectivos titulares, de forma especial en lo referente al tráfico inmobiliario.

La Ley 2/2016 da un giro radical a esta regulación, al disponer que únicamente estarán en situación de fuera de ordenación aquellos edificios, construcciones e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resulten incompatibles con sus determinaciones por estar afectados por viales, zonas verdes, espacios libres, dotaciones y equipamientos públicos (art. 90.1 LSG); es decir, el régimen de fuera de ordenación absoluto anterior, con la laxitud de que era objeto de regulación, desaparece, y queda circunscrito a los supuestos tasados que se enumeran, pudiendo en estos casos realizarse en tales edificaciones y construcciones las obras de conservación, y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente.

En los demás supuestos, coincidentes con el resto de los fuera de ordenación absoluto, y con los hasta ahora denominados fuera de ordenación relativo, será el planeamiento urbanístico quien establezca su régimen jurídico, sin que su situación sea ya la de fuera de ordenación. Al efecto establece el art. 90.2 LSG:

*El planeamiento urbanístico determinará el régimen a que hayan de someterse las edificaciones, construcciones e instalaciones preexistentes a su aprobación definitiva que no sean plenamente compatibles con sus determinaciones, pero que no estén incurso en la situación de fuera de ordenación, con arreglo a lo señalado en el apartado anterior, pudiendo realizarse, como mínimo, las obras señaladas en el apartado anterior.*

Por lo tanto, solo a través del Plan General de Ordenación Municipal se podrá establecer el régimen jurídico de estas edificaciones, que nunca podrá ser más restrictivo que el previsto para las situaciones de fuera de ordenación. La ausencia de previsiones en el planeamiento dejará estos edificios en una

situación ordinaria desde el punto de vista de intervención urbanística, sin que opere por tanto *ope legis* la situación de fuera de ordenación relativo.

*Item más* desaparece de la Ley urbanística la obligación municipal de comunicar al Registro de la Propiedad esta situación, si bien no debe olvidarse que el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, sigue disponiendo en su vigente art. 76 que la concesión de las licencias para los edificios fuera de ordenación se hará constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente, a solicitud del titular registral, o con su audiencia a requerimiento de la Administración actuante. Obviamente, de aplicación a los supuestos *clausus* del art. 90.1 LSG, y por lo tanto sin una afectación patrimonial privada hasta ahora injustificadamente existente.

### 4.3

#### Usos y obras provisionales

En materia de usos y obras provisionales la LSG no introduce en su art. 89 variaciones con respecto a su antecesora, de tal forma que, sin perjuicio de la obligatoriedad de los planes generales, podrán autorizarse estos usos y obras –las mínimas para permitir unas instalaciones fácilmente desmontables–, en suelo urbano no consolidado, suelo urbanizable y terrenos afectos a sistemas generales, en tanto no se inicie el procedimiento de gestión correspondiente, sin que en ningún caso se admitan como provisionales los usos residenciales o industriales. Además, deberán cesar y derribarse las obras cuando lo acuerde el ayuntamiento, sin derecho a indemnización.

Como acertadamente afirma Fernández Carbballal, estas previsiones constituyen “la más clara manifestación del principio de proporcionalidad en el ámbito urbanístico [...], consistente en cohonestar la normal lentitud de ejecución de un plan y el ejercicio de aquellas actividades que aun siendo contrarias al planeamiento, permitan al propietario del suelo obtener un beneficio, hasta que su continuidad se haga incompatible con la obra urbanizadora”<sup>27</sup>; ahora bien, no se puede afirmar que este tipo de licencias provisionales haya estado exento de controversias, al tiempo que resulta necesario recordar que la jurisprudencia ha recalcado su carácter excepcional y por tanto su interpretación restrictiva, como resulta de la doctrina fijada por

27. Cfr: FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., “El régimen jurídico de las licencias”, *op. cit.*, pág. 428.

el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de diciembre de 1999<sup>28</sup>, que establece sus tres características esenciales:

- Constituyen una excepción al principio general de ejecución del planeamiento conforme a sus determinaciones, lo cual comporta que en su concesión y otorgamiento ha de seguirse un criterio restrictivo a fin de no convertir lo que es y debe ser excepcional en la regla general.
- La edificación o el uso no debe causar daños actuales y no debe dificultar el planeamiento proyectado, pues la razón de ser de esta excepcionalidad, que da lugar a una autorización temporal, se justifica en el principio de proporcionalidad y de menor intervención en la actividad de los particulares.
- Los usos y obras han de ser “provisionales” y “no deben dificultar la ejecución material del planeamiento”.

A esta relación entre la “provisionalidad” y la “excepcionalidad” necesariamente concurrentes para el otorgamiento de este tipo de licencias, se ha referido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 7 de noviembre de 2000<sup>29</sup>, acotando la discrecionalidad administrativa, cuando afirma que “son conceptos jurídicos que han de ser determinados; la provisionalidad no debe referirse a las características constructivas más o menos permanentes de la edificación o instalación, pues aunque la palabra provisional también tenga la acepción relativa al objeto [...] es lo fundamental para que unas obras o usos puedan ser considerados como provisionales y que por ello puedan ser como tales licenciados, que no hayan de dificultar la ejecución del planeamiento, que no conste prohibición expresa de tal utilización provisional del suelo por la legislación urbanística o sectorial o por el planeamiento, y su precariedad, de modo que cuando deban demolerse o cesar el titular no tiene derecho a indemnización, pues si se entendiese que la prohibición por el planeamiento consiste en la derivada del cambio de clasificación o de calificación previsto precisamente por ese planeamiento y determinante de la situación de fuera de ordenación, ninguna obra o uso provisional estaría permitido y no tendría sentido la posibilidad, excepcional, contemplada en dicha norma”.

En cuanto al cese de este tipo de obras o usos, previsto taxativamente en el referido art. 89 LSG, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha dicho que “el carácter provisional de la licencia concedida permite que pueda dejarse sin efecto por la exclusiva voluntad de la Administración concedente, pues no estamos ante auténticas y definitivas licencias, sino ante un permiso

---

28. RJ 1999\9637.

29. RJCA 2000\2376.

de carácter excepcional y limitado en cuanto a su duración, de cuyas características era conceder el interesado”<sup>30</sup>.

## 5

### Disciplina urbanística

Siguiendo a Rivera Frade, puede entenderse la disciplina urbanística “como el conjunto de normas jurídicas que regulan y ordenan la actuación de la Administración Pública y de los particulares ante infracciones de la legalidad urbanística”<sup>31</sup>, comprendiendo tres potestades esenciales: la de inspección, la de restauración de la legalidad y la sancionadora.

De acuerdo con la sistemática del Capítulo III –Título VI– de la LSG, corresponde el estudio de estas potestades administrativas, acotando su tratamiento a las principales novedades que esta Ley 2/2016 introduce con respecto a sus antecesoras, así como a aquellos ámbitos que, sin ser objeto de especiales modificaciones legales, han resultado de alguna manera controvertidos en su aplicación práctica.

Con todo, conviene tener presente como telón de fondo la reflexión que tiempo atrás hacía Tomás Ramón Fernández, al considerar que “el tema que nos ocupa no es un puro problema de técnica jurídica, sino más bien, de moral colectiva y de solidez de las estructuras administrativas, cuyo reforzamiento es imprescindible para que las técnicas jurídicas puedan alcanzar la deseable eficacia”<sup>32</sup>.

### 5.1

#### Inspección urbanística

De acuerdo con el art. 151.1 LSG, la inspección urbanística es la actividad que los órganos administrativos competentes en materia de edificación y uso del suelo deben realizar con la finalidad de comprobar que una y otro se ajustan al ordenamiento urbanístico.

30. *Vid.* sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de febrero de 2003, JUR 2003\193372.

31. *Cfr.* RIVERA FRADE, M. D., “La disciplina urbanística en la Comunidad Autónoma de Galicia”, en MEILÁN GIL, J. L. (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, *op. cit.*, pág. 745.

32. *Cfr.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Publicaciones Abella-El Consultor, 9.ª edición, Madrid, 1992, pág. 238.

Las Administraciones con competencias en la materia son: la Administración autonómica por un lado, que las ejerce a través de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística (APLU), ente público de naturaleza consorcial que no solamente actúa las competencias propias de la Xunta de Galicia, sino también las de aquellos ayuntamientos que voluntariamente se adhieran a la misma y por tanto le deleguen sus competencias; y, por otro lado, las Administraciones municipales, que las ejercerán a través de los órganos y unidades administrativas que cada una de ellas establezca en función de su potestad de autoorganización.

La determinación de los órganos que ejercerán estas potestades de inspección adquiere la mayor relevancia en la materia, pues, como recuerda el art. 151.2 LSG, el personal funcionario adscrito a la inspección y vigilancia urbanística, en el ejercicio de sus funciones, tendrá la consideración de agente de la autoridad; añadiendo el Reglamento de Disciplina Urbanística de Galicia<sup>33</sup> (RDUG) que este personal, en sus actuaciones, y previa acreditación oficial de su condición, tendrá libre acceso a los edificios o locales donde se realicen las obras o usos que se pretenden inspeccionar y que no constituyan domicilio particular (art. 111.3); y además, las actas de inspección que levanten tendrán valor probatorio de los hechos que se reflejen en las mismas y que fueran comprobados personalmente, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos puedan aportar los propios administrados (art. 112.1).

La Comunidad Autónoma ha resuelto correctamente la concreta atribución de competencias, atribuyéndoselas *ex lege* a la APLU, e integrando dentro de la misma al personal de la Escala de Inspección Urbanística. Sin embargo, la práctica permite constatar que las Administraciones municipales presentan un panorama divergente. Algunos ayuntamientos, especialmente los de menor capacidad organizativa, han venido atribuyendo *de facto* estas potestades de inspección a los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local, en base a la genérica atribución competencial que a los mismos hace el art. 53.1.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materia de policía administrativa relativa a ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales; sin embargo, ello no da cumplida solución a las previsiones de la Ley y el Reglamento urbanístico, como lo corrobora el art. 111.4 RDUG, al considerar que las fuerzas y cuerpos de seguridad de las diferentes Administraciones Públicas, incluida “la policía

---

33. Aprobado por Decreto 28/1999, de 21 de enero.

municipal”, están obligados a prestar el suficiente auxilio administrativo en las funciones de inspección y vigilancia.

A la vista de ello, deben ser las correspondientes relaciones de puestos de trabajo, de forma genérica, o bien los órganos municipales competentes, con carácter específico, quienes atribuyan las funciones de inspección y vigilancia urbanística al personal municipal correspondiente, para que este pueda ejercer plenamente las potestades que prevén tanto la LSG como el RDUG, permitiendo de este modo que tanto su actividad como las actas levantadas desplieguen la eficacia presuntiva *iuris tantum* querida por la normativa vigente.

De entre las funciones atribuidas al personal de vigilancia urbanística, sin duda alguna la más delicada consiste en el libre acceso a locales y edificios a inspeccionar, ya que encuentra el límite de que los mismos no constituyan domicilio particular, pues la inviolabilidad del mismo está protegida, en cuanto derecho fundamental que es, por el art. 18.2 de la Constitución Española, de tal forma que ninguna entrada puede realizarse en el mismo sin el consentimiento del titular o, en su defecto, sin la pertinente autorización judicial. Por ello, recuerdan González Pérez y González Navarro que uno de los principios esenciales que han de presidir cualquier entrada en domicilio es el de proporcionalidad, al que ha de ajustarse con el máximo rigor<sup>34</sup>, como ha dicho el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de febrero de 1995, al considerar que “el principio de proporcionalidad [...] exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales [...]; ha sido configurado también jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] y según esta jurisprudencia han de limitarse el periodo de duración y el tiempo de la entrada, así como el número de personas que puedan acceder al domicilio”<sup>35</sup>.

34. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), Cuarta Edición, 2007, Tomo II, pág. 2378.

35. RTC 1995\50, cit., por GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO en *op. cit. ut supra*.

## 5.2

### Protección de la legalidad urbanística

En materia de protección y restauración de la legalidad urbanística, tres aspectos merecen ser destacados: el primero de ellos, de mera sistemática normativa, y digno de una favorable acogida, hace referencia a la inclusión en un solo precepto (art. 152 LSG), a los efectos de incoación del expediente de reposición de la legalidad urbanística, de los “actos de uso del suelo o el subsuelo sin el título habilitante exigido en cada caso, o sin ajustarse a las condiciones establecidas en él”; supuesto omnicomprendi-vo de obras *stricto sensu* y de actividades, frente a la regulación anterior que comprendía, por un lado, las “obras sin licencia, sin comunicación previa o sin orden de ejecución” que se encontrasen en curso (art. 209 LOUGA), y por otro lado, y sin mayor precisión, aquellos “actos distintos de los anteriores y que precisasen de licencia o comunicación previa” (art. 211 LOUGA).

En segundo lugar, y en lo referente a la delimitación de las competencias municipales y autonómicas en la materia, corresponde señalar el reforzamiento de la autonomía local en este ámbito, al que alude como inspirador de la misma la propia Exposición de Motivos de la LSG<sup>36</sup>, y que señaladamente se plasma en la eliminación del mecanismo de subrogación de competencias de restauración de la legalidad urbanística, hasta ahora recogido en el art. 215 LOUGA, por virtud del cual, si la Comunidad Autónoma apreciase que los supuestos de ejecución de obras o usos del suelo constituyesen infracción urbanística grave o muy grave, lo pondría en conocimiento de la Administración municipal, a fin de que por esta se instruyesen el expediente de reposición de la legalidad urbanística, el expediente sancionador, y la suspensión inmediata de obras y usos; y de no adoptarse estas medidas en el plazo de un mes, la Administración autonómica se subrogaría en el ejercicio de estas competencias. Como afirma Rivera Frade, estos mecanismos de subrogación competencial, justificados en la naturaleza jurídica del urbanismo como función pública, “habían recibido el beneplácito del Tribunal Constitucional [...] cuando tratan de dar respuesta a un incumplimiento de obligaciones legales basados en la mera y simple inactividad municipal [...], tal como sucede en los contemplados en la Ley urbanística gallega

36. *Vid.* punto 2, párrafo primero: “Dentro de la búsqueda de la corresponsabilidad, se incardina otro de los principios básicos inspiradores de la Ley: el reconocimiento de la autonomía local. En este sentido, se dota a los municipios de mayor competencia en el terreno urbanístico, reservando para la Comunidad Autónoma las competencias referidas al control de legalidad y a la tutela de los intereses supramunicipales”.

–LOUGA–<sup>37</sup>. En todo caso, la eliminación del mecanismo subrogatorio no obsta la aplicación del principio de cooperación interadministrativa, que con carácter general consagra el art. 4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En tercer y último lugar, aunque la LSG ya no recoge expresamente el ejercicio de la acción pública urbanística, no cabe duda de que, de acuerdo con la inveterada tradición legislativa y con la consolidada jurisprudencia al respecto, la misma resulta de aplicación en el ámbito territorial de Galicia por aplicación directa del art. 5.f) TRLSRU, en virtud del cual “todos los ciudadanos tienen derecho a ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística [...]”; y respecto de la cual, el Tribunal Supremo ha dicho “que tal acción se otorga por la ley sin condicionamiento de ninguna clase y, precisamente, por ser pública, no tiene que basarse en un interés personal, directo y legítimo, sino que basta que se invoque el interés general en el mantenimiento de la legalidad urbanística”<sup>38</sup>.

### 5.3

#### Potestad sancionadora

De acuerdo con el principio de legalidad que rige el procedimiento sancionador<sup>39</sup>, en este caso urbanístico, la LSG tipifica infracciones y sanciones, siguiendo el esquema tradicional de infracciones muy graves, graves y leves, e incorporando importantes novedades en materia de prescripción con respecto a la antecesora LOUGA, así como en cuanto a las reglas para determinar la cuantía de las sanciones.

Establecía al efecto el art. 218 LOUGA unos plazos de prescripción de quince años para las infracciones muy graves, seis años para las graves y dos años para las leves, a contar desde la finalización de las obras o de la actividad, mientras que la LSG establece el plazo de prescripción de quince años solamente para las infracciones muy graves tipificadas en el art. 158.2 punto a) (las acciones y omisiones que constituyan incumplimiento de las normas

37. Cfr. RIVERA FRADE, M. D., “La disciplina urbanística en la Comunidad Autónoma de Galicia”, *op. cit.*, pág. 766.

38. Sentencia de 23 de mayo de 1990, RJ 1990\4270.

39. *Vid.*, para un tratamiento completo de la materia, ROMA VALDÉS, A., “Disciplina urbanística. Infracciones administrativas y penales”, en MEILÁN GIL, J. L. (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, *op. cit.*, págs. 806-812.

relativas al uso y edificación que afecten a terrenos calificados por el planeamiento urbanístico como zonas verdes, espacios libres, dotaciones o equipamientos públicos, viarios o en la zona de protección de las vías de circulación), y para el resto de las tipificadas como muy graves y para las graves el plazo de prescripción es de seis años, y de dos años para las leves (art. 159.1).

Por lo que respecta a la determinación del *dies a quo* para el cómputo de los plazos de prescripción, respecto del cual dice la Ley que operará “a contar desde la finalización de las obras o de la actividad”, recuerdan González Mariñas y Álvarez Barbeito que “fijar con exactitud cuándo ha finalizado la obra o la actividad puede no resultar tan sencillo, sobre todo cuando las actividades realizadas rara vez operan en un único y preciso desarrollo temporal, de ahí que en multitud de ocasiones la determinación de ese concreto momento constituya una cuestión de prueba”<sup>40</sup>, y en este sentido, ha dicho el Tribunal Supremo de forma reiterada que “en todo supuesto de infracción urbanística, la respuesta de la Administración ofrece dos vertientes perfectamente definidas y separadas; por un lado, la infracción debe dar lugar al correspondiente procedimiento sancionador, pero por otro lado, también es procedente y de modo muy principal, la adopción de las correspondientes medidas de restablecimiento del orden urbanístico perturbado [...]; y es pues aquí plenamente aplicable la tesis mantenida de modo constante y uniforme por esta Sala de que el plazo de prescripción [...] empieza a correr desde la total terminación de las obras y sin necesidad de acudir a las reglas generales de la carga de la prueba elaboradas por inducción sobre la base de lo dispuesto en el art. 1214 del Código Civil, y así será de destacar que la carga de la prueba en el presente supuesto litigioso la soporta no la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del *dies a quo*”<sup>41</sup>.

Por lo que respecta a las sanciones, en aras al principio de seguridad jurídica que debe presidir todo ordenamiento jurídico, la LSG establece *ex novo* un plazo de prescripción de las sanciones, que fija en su art. 159.2 en cinco años para las impuestas por faltas muy graves, tres años para las impuestas por faltas graves, y dos años para las derivadas de faltas leves, contados a partir del día siguiente al de adquisición de firmeza en vía administrativa.

Las reglas para la determinación de la cuantía de las sanciones, previstas en el art. 161 LSG, contienen dos determinaciones novedosas merecedoras

40. Cfr. GONZÁLEZ MARIÑAS, P. y ÁLVAREZ BARBEITO, J., “Disciplina urbanística en Galicia”, *Revista Xurídica Galega-Monografías*, págs. 342-343.

41. Sentencia de 23 de julio de 1996, RJ 1996/6205.

de atención: por un lado, cuando el responsable de la infracción reponga por sí mismo la realidad física alterada antes de la resolución del procedimiento sancionador, tendrá derecho a una reducción del 90 % de la multa que haya de imponerse, frente al 80 % que preveía la LOUGA; y por otro lado se introduce, a semejanza de otros ámbitos sectoriales (v. gr. tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial), una reducción del 50 % de la cuantía de las sanciones, si las mismas son abonadas en periodo voluntario y, en ese mismo plazo, el infractor muestra por escrito la conformidad y renuncia expresamente al ejercicio de toda acción de impugnación.

Por último, y en cuanto a los ámbitos competenciales autonómicos y locales en materia sancionadora, de acuerdo con el art. 163 LSG, corresponde a la Administración autonómica, pero no ya al Consello de la Xunta, sino al Consejo Ejecutivo de la APLU, la imposición de sanciones por infracciones muy graves, a partir de 300 000 euros; también a la Administración autonómica, pero no al conselleiro competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, sino al director de la APLU, la imposición de sanciones por infracciones graves cometidas en suelo rústico sin el preceptivo título habilitante o sin la autorización autonómica cuando esta sea exigible, o incumpliendo sus condiciones, así como por infracciones muy graves hasta 300 000 euros; y a la Administración municipal, en concreto al titular de la alcaldía, los demás supuestos sancionadores por infracciones graves, así como las sanciones por infracciones leves, sin perjuicio de las posibilidades de delegación de competencias en otros órganos municipales, tanto en los municipios de régimen común como en los de gran población, de acuerdo con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, y con la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.

# La modificación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en particular, el nuevo recurso de casación (Un decálogo de cuestiones para comprender el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo)\*

DIMITRY BERBEROFF AYUDA

*Magistrado. Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

1. El aún vigente modelo de casación basado en motivos de admisión tasados y que deja fuera del acceso al Tribunal Supremo a una muy nutrida variedad de materias (de derecho estatal o relacionadas con la normativa de la Unión Europea) no resulta satisfactorio desde la perspectiva de la dimensión funcional que la sociedad reclama del Tribunal Supremo
2. *Ius constitutionis* vs. *Ius litigationis*: la anacrónica reedición de una vieja controversia. El Tribunal Supremo español es un tribunal de justicia. El Tribunal Supremo español es un tribunal del artículo 9.3 CE (seguridad jurídica), del artículo 24 CE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) y, por supuesto, del artículo 14 CE (igualdad en la aplicación de la ley)
3. Las técnicas procesales concretas para la defensa de la legalidad constituyen un campo abierto a la libertad del legislador: las enseñanzas y los límites de los artículos 123 y 152.1 CE

---

*Artículo recibido el 14/07/2016; aceptado el 02/10/2016.*

\* Esquema-guion de la exposición de 17 de junio de 2016, en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2016, organizado por la Diputación de Barcelona.

4. El recurso de casación contencioso-administrativo basado en el interés casacional objetivo constituye una novedad; sin embargo, no es una revolución ni supone adentrarse en el seno de un paraje ignoto
5. Las previsiones de entrada de recursos de casación tras el 22 de julio de 2016
6. Delimitación de los criterios definidores del interés casacional: cómo y cuándo
7. Algunos aspectos procedimentales del nuevo recurso de casación
8. ¿Hay que motivar la admisión/inadmisión de los recursos?
9. Retos organizativos y gubernativos en el Tribunal Supremo como consecuencia de la nueva casación contenciosa
10. El recurso de casación ante las salas de lo contencioso de los tribunales superiores de justicia

## Resumen

El texto pretende mostrar las claves del nuevo recurso contencioso-administrativo, situando en contexto el alcance de la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. La ampliación del objeto del recurso de casación y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como criterio único de admisión, dibujan un panorama novedoso frente al tradicional sistema de admisión basado en motivos tasados y limitado en cuanto a las resoluciones impugnables. La indagación de los criterios definidores del interés casacional, el análisis de algunos aspectos procedimentales, así como los retos organizativos y gubernativos que entraña el nuevo recurso, constituyen objeto prioritario de análisis en el estudio de esta trascendental reforma procesal.

Palabras clave: *recurso de casación; objeto; resoluciones impugnables; interés casacional objetivo; aspectos procedimentales y organizativos.*

***The amendment of the Law of the contentious administrative jurisdiction: a focus on the new contentious administrative cassation appeal (a set of questions for understanding this legislative reform)***

## Abstract

*The article shows the keys for understanding the new contentious administrative cassation appeal designed by the Organic Law 7/2015, of 21 July. The extension of the object of the cassation appeal and the*

*objective cassational interest for creating case law as the only admissibility criteria draw a new scenario vis-à-vis the traditional admissibility framework based on a numerus clausus criteria for the admissibility and the limited scope of application of the cassation appeal. There are some aspects which are paramount in the analysis of this legislative reform, inter alia, the scope of the new criteria for determining the cassational interest; some procedural aspects; and organizational and governmental challenges.*

**Keywords:** contentious administrative cassation appeal; object; scope of the contentious administrative cassation appeal, objective cassational interest; organizational and procedural aspects.

El “BOE” núm. 174, de 22 de julio de 2015, publicó la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que ha comportado una importante modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en particular con relación al recurso de casación.

El preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015 explicita como finalidad de la reforma el intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, para lo que se opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, subordinando su admisión a trámite a la apreciación por parte del tribunal de casación –es decir, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia correspondiente– del interés casacional objetivo que para la formación de jurisprudencia presente el recurso.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica –preocupación constante del legislador español en todos los órdenes jurisdiccionales–, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional.

A continuación, y a través de 10 epígrafes que serán desarrollados a lo largo de la exposición, se ponen de manifiesto algunos de los aspectos del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo que, por su novedad o por las dudas que suscitan, deberían ser objeto de una especial reflexión o consideración.

## 1

**El aún vigente modelo de casación basado en motivos de admisión tasados y que deja fuera del acceso al Tribunal Supremo a una muy nutrida variedad de materias (de derecho estatal o relacionadas con la normativa de la Unión Europea) no resulta satisfactorio desde la perspectiva de la dimensión funcional que la sociedad reclama del Tribunal Supremo**

¿Acaso resultaba justificado (de acuerdo con el régimen anterior a la Ley Orgánica 7/2015) que un asunto, por la simple circunstancia de no alcanzar la cuantía de 600 000 euros (último límite cuantitativo establecido por el legislador para el acceso a la casación), quedase automáticamente excluido del recurso de casación?

¿Resulta soportable en un Estado de derecho la quiebra de la seguridad jurídica producida por una interpretación aislada, fragmentada y dispar del mismo precepto legal?

¿Puede evitarse esa situación sin merma de la tutela judicial efectiva?  
¿Qué Tribunal Supremo se necesita para garantizar la coherencia y armonía de todo el sistema jurídico?

Por otro lado, en la medida en que únicamente podían ser objeto del recurso de casación ante el Tribunal Supremo las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, resultaban también inmunes a este recurso extraordinario las sentencias en primera o única instancia de los juzgados de lo contencioso-administrativo así como las de apelación dictadas por las salas de los tribunales superiores de justicia.

El ejemplo prototípico venía determinado por cuestiones tan diversas y variadas como las propias de la Administración local que, residenciando su enjuiciamiento (sin perjuicio de excepciones) ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, en el mejor de los casos podían ser objeto de un recurso de apelación, pero nunca de casación (salvo, claro está, el limitado número de asuntos resueltos por el Tribunal Supremo por la vía, por ejemplo, del interés de la ley).

El panorama se empañaba aún más, ante la percepción generalizada –precisamente por los motivos tasados de admisión y por la delimitación de cuantías y materias– de que el recurso de casación quedaba constreñido a la defensa y sustanciación de derechos subjetivos olvidando un designio superior, la formación de jurisprudencia y la propia función que compete al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (artículo 123 CE).

\* De un recurso de casación con 5 modalidades a un recurso de casación único.

El recurso de casación vigente hasta el 22 de julio de 2016 se configuraba a través de cinco modalidades diferentes, toda vez que, junto al recurso de casación de que conocía el Tribunal Supremo, la LJCA diseñó también dos *recursos de casación para unificación de doctrina* (cuya competencia correspondía o bien al Tribunal Supremo o bien a los tribunales superiores de justicia, en este caso cuando se estuviera en presencia de una infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma) y dos *recursos de casación en interés de la ley* (que también correspondían al Tribunal Supremo o a los tribunales superiores de justicia, en este último supuesto para dilucidar la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de la comunidad autónoma, determinantes del fallo recurrido).

Frente a ello, la reforma apuesta por un único recurso de casación, desapareciendo, en consecuencia, las modalidades de unificación de doctrina e interés de la ley, sin perjuicio de que algunos aspectos de estas dos vertientes parecen subyacer –solo en apariencia– en algunas de las circunstancias que perfilan ahora el interés casacional objetivo.

Nos encontramos, por tanto, ante un único recurso de casación del que, no obstante, conocerá el Tribunal Supremo cuando se funde en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea o los tribunales superiores de justicia cuando se trate de infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma.

Resulta, por tanto, inapropiado desde una perspectiva jurídica y terminológica hablar de un *recurso de casación estatal* o de un *recurso de casación autonómico*.

\* De la imposibilidad de impugnar en casación sentencias dictadas en única instancia por los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo, o en segunda instancia por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, a una clara ampliación del objeto del recurso.

*Artículo 86 LRJCA:*

*1. Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.*

*En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.*

2. *Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.*

3. *Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.*

[...]

4. *Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento.*

\* De una admisión fundamentada en motivos tasados a una admisión basada en la apreciación del interés casacional por parte del Tribunal Supremo.

*Artículo 88 LRJCA:*

1. *El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

2. *El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:*

a) *Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.*

b) *Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.*

c) *Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.*

d) *Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.*

e) *Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.*

*f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de este a título prejudicial.*

*g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.*

*h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones Públicas.*

*i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.*

*3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:*

*a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.*

*b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.*

*c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.*

*d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*

*e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.*

*No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Del precepto transcrito resulta con claridad lo siguiente:

- El interés casacional objetivo es el criterio único sobre el cual debe fundamentarse la admisión del recurso de casación.
- El interés casacional objetivo en modo alguno opera en abstracto por cuanto debe apreciarse, en su caso, ante la invocación, concreta, específica, de una infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia.
- El interés casacional objetivo como criterio único de admisión de la casación supone arrumar la –en ocasiones– difícil técnica casacional a la hora de ubicar en un concreto apartado del anterior artículo 88 LJCA el concreto motivo de la casación.

- El artículo 88.2 LJCA contiene una lista abierta o ejemplificativa de las circunstancias (que no motivos) que permiten, en su caso, perfilar la existencia de interés casacional objetivo. Consecuentemente, el recurrente podría aducir cualesquiera otras circunstancias que, en su opinión, permitirían también apreciar ese interés casacional objetivo.
- Las circunstancias del artículo 88.2 LJCA no resultan incompatibles entre sí, por lo que, en principio, el recurrente podría argumentar una o varias a los efectos de intentar convencer a la Sección de Admisión de que su recurso entraña, precisamente, ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.
- La apreciación del interés casacional objetivo con base en las circunstancias previstas en el artículo 88.2 LJCA exige una motivación expresa en el auto de admisión.
- A diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, el artículo 88.3 LJCA establece un listado cerrado (*numerus clausus*) de circunstancias sobre las que cabe presumir la noción de interés casacional objetivo. En consecuencia, el recurrente no podrá pretender adicionar otro tipo de circunstancias distintas a las anteriores para ver reforzada su posición a través de la referida presunción. Obviamente, se trata de presunciones *iuris tantum*, entre otras razones porque considerar que no admiten prueba en contrario comportaría lisa y llanamente convertir estas meras circunstancias, destinadas a perfilar la presunción de interés casacional, en motivos independientes de admisión.
- No obstante, del último párrafo del artículo 88.3 LJCA se deduce que únicamente el supuesto contemplado en la letra b), “cuando la resolución impugnada se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea”, conforma, en realidad, una presunción *iuris et de iure*.

## 2

***Ius constitutionis vs. Ius litigationis*: la anacrónica reedición de una vieja controversia. El Tribunal Supremo español es un tribunal de justicia. El Tribunal Supremo español es un tribunal del artículo 9.3 CE (seguridad jurídica), del artículo 24 CE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) y, por supuesto, del artículo 14 CE (igualdad en la aplicación de la ley)**

Es evidente que el recurso de casación debe presentar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Este es el criterio único para su admisión. Sin embargo, una vez admitido a trámite el recurso de casación, el

Tribunal Supremo deberá resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, en definitiva, resolver la concreta controversia jurídica, tal y como explícitamente apuntan los párrafos primero y tercero del artículo 93 LRJCA.

Ningún sistema jurisdiccional puede hacerse depender exclusivamente de las funciones de un único tribunal, aunque se trate del Tribunal Supremo.

En la jurisdicción contencioso-administrativa no existe un órgano judicial exclusiva y preponderantemente de instancia, dado que las funciones de enjuiciamiento en única instancia, o en primera instancia, por lo que se refiere a los juzgados unipersonales, son compartidas por estos últimos, y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Como consecuencia de lo anterior, no existe una segunda instancia generalizada, pues, de entrada, no son susceptibles de apelación las sentencias dictadas por las salas de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional, ni tampoco lo son todas las dictadas por los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo.

Por eso, no es aceptable que, en términos maximalistas –y a propósito de las operaciones de filtraje de los recursos ante el Tribunal Supremo (sobre todo, tras el debate abierto por la incorporación del interés casacional como único criterio de acceso en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa)– se haya llegado, incluso, a plantear la disyuntiva (enunciada deliberadamente en términos antagónicos) sobre si nuestro Alto Tribunal es un Tribunal Supremo del artículo 9.3 CE (seguridad jurídica) o, por el contrario, es un Tribunal Supremo del artículo 24 CE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva).

En fin, semejante planteamiento supone una reedición en clave constitucional de la tensión existente entre el denominado *ius constitutionis* y el *ius litigationis*.

La coherencia y la prudencia imponen una respuesta mesurada que pasa, en mi opinión, por desactivar los términos antagónicos de dicho planteamiento, por cuanto, con relación a todas las jurisdicciones, el Tribunal Supremo debe serlo tanto del artículo 9.3 CE como del artículo 24 CE y, por supuesto, del artículo 14 CE (igualdad en la aplicación de la ley)

### 3

#### **Las técnicas procesales concretas para la defensa de la legalidad constituyen un campo abierto a la libertad del legislador: las enseñanzas y los límites de los artículos 123 y 152.1 CE**

Artículo 123.1 CE: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

Artículo 152.1 CE: “[...] Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquellas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de este. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia”.

El recurso de casación en el sentido de modalidad impugnatoria de naturaleza extraordinaria y limitada a motivos tasados, no es inherente al Tribunal Supremo en su dimensión constitucional, por lo que no cabe despreciar que, en el futuro, pudieran articularse otras vías de acceso al Tribunal Supremo distintas de las actuales, reformuladas al compás de nuevos planteamientos, como así muestra la experiencia en prácticamente todos los órdenes jurisdiccionales.

#### 4

### **El recurso de casación contencioso-administrativo basado en el interés casacional objetivo constituye una novedad; sin embargo, no es una revolución ni supone adentrarse en el seno de un paraje ignoto**

La delimitación del acceso a los recursos mediante criterios fundamentados en conceptos jurídicos indeterminados, como el ya citado del interés casacional, está generalizada en todas las jurisdicciones.

Así ocurre en el ámbito civil (artículo 477.3.º LEC), penal (especialmente, tras la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales) o, en fin, a través de su reverso, esto es, la “falta de contenido casacional” en los ámbitos de la jurisdicción social (que opera como criterio de inadmisión del recurso de casación en su modalidad ordinaria, de acuerdo con el artículo 213.4 de la LJS, o en la unificación de la doctrina, según el artículo 225.4 de la LJS), y en la propia jurisdicción contencioso-administrativa, antes de la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de acuerdo con el aún vigente artículo 93.2.e) LRJCA.

Ciertamente las balizas del artículo 93.2.e) LRJCA, anterior a la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, eran contundentes, pues solo cabía ensayar esa inadmisión (además, de forma motivada) en los asuntos de cuantía indetermina-

da que no se refiriesen a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, y, además, cuando el recurso estuviese fundado en *abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción*, pero, al fin y al cabo, permitía apreciar que el asunto carecía de interés casacional *por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad* (criterios que, quizás, conferirían un más amplio margen de maniobra a la Sala Tercera de la que se infiere del nuevo artículo 88 LRJCA).

Salvando las diferencias, la LOTC, tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, configura también el trámite de admisión del recurso de amparo sobre la base de que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su “especial trascendencia constitucional”, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución [artículo 50.1.b) LOTC].

El Tribunal de Derechos Humanos, en el asunto *Arribas Antón c. España* (n.º 16563/11), desde el plano de la justicia constitucional, considera que la no admisión de un recurso de amparo por el Tribunal Constitucional español basada en la ausencia de “especial trascendencia constitucional”, no vulnera el derecho a un proceso justo (artículo 6 CEDH) ni el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), apreciando que el fin pretendido por ese criterio es legítimo, por cuanto persigue mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales, evitando una saturación excesiva del Tribunal Constitucional en asuntos de menor importancia.

Cualquier limitación que se establezca no debe restringir el acceso al recurso hasta un punto tal que el derecho a la tutela judicial quede comprometido en su propia esencia. En otras palabras, no valen apreciaciones intuitivas, irracionales o basadas en el puro voluntarismo.

En la operación de integración que se debe acometer a la hora de descubrir el contenido del interés casacional en un asunto concreto, habrá que analizar los aspectos específicos del caso que se somete a la consideración del tribunal, bajo el prisma del interés del ordenamiento jurídico en interpretar los elementos normativos que resulten de aplicación.

## 5

### Las previsiones de entrada de recursos de casación tras el 22 de julio de 2016

El criterio del interés casacional provocará un incremento notable –difícil de cuantificar (al menos en este momento)– del número de recursos que ingre-

sarán en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a partir del 22 de julio de 2016.

Además, la supresión de la delimitación objetiva de las sentencias recurribles, convirtiendo en potencialmente susceptibles de casación la totalidad de las sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (solo están “automáticamente” excluidas las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales, y las dictadas por las salas de los tribunales superiores de justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma, si bien aquí ese “automatismo” no es nada evidente), comportará por su parte un notable incremento del número de recursos.

La media de sentencias dictadas en España por la jurisdicción contencioso-administrativa en los años 2013, 2014 y 2015 supone, en cifras redondas, unas 155 000 (más o menos el 10 % de las sentencias dictadas en España).

De estas, aproximadamente 90 000 sentencias fueron dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo (incluyendo las de los juzgados centrales), y, por tanto, con el régimen anterior a la Ley Orgánica 7/2015 se encontraban automáticamente excluidas de la casación (sin perjuicio del recurso de casación en interés de la ley); a las que habría que añadir las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores de justicia y por la Audiencia Nacional (que, muy *grosso modo*, podrían cifrarse en unas 10 000 sentencias).

Por tanto, resulta difícil presagiar el concreto incremento de asuntos que pueda experimentar la Sala Tercera del Tribunal Supremo en los sucesivos años, a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de la casación.

No obstante, contamos con los datos objetivos de que en los últimos tres años ingresaron en la Sala Tercera del Tribunal Supremo una media de 5500 asuntos por año (recursos de casación y recursos contenciosos en única instancia), de los que se resolvieron mediante sentencia aproximadamente entre el 55 % y el 60 %, habiendo sido susceptibles de casación de acuerdo con los artículos 86 a 88 de la LRJCA (siempre antes de la Ley Orgánica 7/2015) aproximadamente 50 000 sentencias de las dictadas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cifra que puede inferirse si sustraemos las 100 000 sentencias no susceptibles de casación (esto es, las dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, y en apelación por los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional) del conjunto de las 150 000 emanadas de la jurisdicción contencioso-administrativa (excluidas las dictadas por el propio Tribunal Supremo).

¿Qué ocurrirá ahora, cuando “potencialmente” son susceptibles de casación un número de sentencias superior al doble de las que eran susceptibles de casación antes de la Ley Orgánica 7/2015 y, además, sobre la base del criterio único del interés casacional?

## 6

### Delimitación de los criterios definidores del interés casacional: cómo y cuándo

El interés casacional objetivo debe analizarse y detectarse en cada asunto concreto. Su propia naturaleza de concepto jurídico indeterminado avala dicha afirmación.

No está de más recordar el voto particular de Eugeni Gay al ATC 289/2008, de 22 de septiembre, que inadmitió un amparo ante la ausencia de acreditación de la especial trascendencia constitucional: “Al no haberse realizado todavía dicha concreción por quienes estamos llamados a ello, difícilmente puede exigirse al recurrente que, en atención a lo previsto en el art. 53.2 CE, acredite la concurrencia de un requisito cuyo contenido desconoce, con toda la carga de inseguridad que ello conlleva”.

No obstante, quizás resulte complejo que en el ámbito del nuevo recurso de casación contencioso puedan reproducirse, con carácter general, declaraciones como las contenidas en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.º, en la que el Tribunal Constitucional quiso esclarecer el concepto de la *especial trascendencia constitucional*, precisando que el requisito se entenderá cumplido en una serie de casos que, por lo demás, parecen evocar algunas de las causas de interés casacional objetivo positivizadas ahora por los apartados 2 y 3 del artículo 88 LRJCA.

No obstante, a los efectos de facilitar la expresada tarea (ha de insistirse, individualmente considerada con relación a cada recurso), se han realizado ya estudios previos y constituido grupos de trabajo (sin perjuicio de otras iniciativas) en el seno de la Sala Tercera, con el objetivo de delimitar materias y detectar las divergencias en cada una de ellas.

A estos efectos, resulta útil distinguir entre aquellos recursos que hasta la fecha han ingresado en el Tribunal Supremo por ser precisamente susceptibles de casación, y aquellos otros cuyo acceso se encontraba automáticamente vedado (siempre con abstracción del interés de ley).

El nuevo recurso de casación refuerza el papel del juez o tribunal del que procede la resolución objeto de casación. En fase de preparación de la casación resulta destacable que el juez o la sala que dictó la resolución impugnada

puede *si lo entiende oportuno* emitir una opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia (artículo 89.5 LRJCA)

Este trámite es un cauce extraordinariamente positivo para fomentar la intervención de los jueces y las salas de lo contencioso-administrativo, en orden a la delimitación y al establecimiento de los criterios del interés casacional.

Si bien el único que puede y debe apreciar el interés casacional objetivo es el Tribunal Supremo, no debe desdeñarse el papel que los jueces de instancia están llamados a desempeñar, pues, al fin y al cabo, son ellos los que no deberían tener por preparado el recurso si en el escrito de preparación no se fundamenta, con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, según se infiere de la lectura conjunta de los artículos 89.2.f) y 89.4 LRJCA.

## 7

### Algunos aspectos procedimentales del nuevo recurso de casación

La reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015 sigue manteniendo como fases diferenciadas la preparación y la interposición del recurso de casación, sometiendo ambas fases a sendos plazos de 30 días, a diferencia de lo que ocurre en el régimen jurídico vigente, en el que los plazos son de 10 y 30 días, respectivamente.

Resulta importante tener en cuenta que una vez que el órgano de instancia hubiese tenido por preparado el recurso de casación (artículo 89.5 LRJCA) la admisión del recurso de casación la realiza el Tribunal Supremo exclusivamente a la vista del escrito de preparación del recurso, de ahí la importancia capital de dicho escrito, que, específicamente, deberá cumplir las presiones del artículo 89.2 LRJCA.

En consecuencia, cabe concluir que el escrito de interposición del recurso solo procederá respecto de aquellos recursos que, una vez se hubieran tenido por preparados, hayan sido ya admitidos a trámite por considerar que presentan un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, tal y como se deduce de los artículos 89.5 y 92.1 LRJCA.

Por lo demás, la Ley no contempla trámite de subsanación respecto del escrito de preparación del recurso de casación.

Frente a la decisión del juez o tribunal de instancia de no tener por preparado el recurso de casación, cabría interponer recurso de queja.

*Artículo 89 LRJCA:*

*1. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido.*

*2. El escrito de preparación deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan:*

*a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna.*

*b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que esta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas.*

*c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello.*

*d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.*

*e) Justificar, en el caso de que esta hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.*

*f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.*

*3. Si el escrito de preparación no se presentara en el plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión solo cabrá el recurso directo de revisión regulado en el artículo 102 bis de esta Ley.*

*4. Si, aun presentado en plazo, no cumpliera los requisitos que impone el apartado 2 de este artículo, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal*

*Supremo. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*5. Si se cumplieran los requisitos exigidos por el apartado 2, dicha Sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a esta de los autos originales y del expediente administrativo Y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión.*

*6. Contra el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hiciera dentro del término del emplazamiento.*

Prevé el artículo 90.1 LRJCA que la sección de admisión pueda acordar, “excepcionalmente y solo si las características del asunto lo aconsejan”, oír a las partes personadas por plazo común de treinta días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 90.4 LRJCA, los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entienda que exista interés casacional objetivo, e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Asimismo, a tenor del artículo 90.8 LRJCA, la inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

Por lo que se refiere a los escritos de interposición y de oposición del recurso de casación, debe estarse al artículo 92 LRJCA, del que se infiere, además de lo expresado respecto del plazo de 30 días para la presentación del escrito de interposición, que resulta preciso otorgar una audiencia a la parte recurrente si se observa que el escrito de interposición no cumple los requisitos del párrafo tercero del artículo 92 (con carácter previo a dictar sentencia de inadmisión del recurso de casación), instaurando como regla general el precepto la celebración de una vista.

*Artículo 92 LRJCA:*

*1. Admitido el recurso, el letrado de la Administración de Justicia de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-administrativo del*

*Tribunal Supremo dictará diligencia de ordenación en la que dispondrá remitir las actuaciones a la Sección de dicha Sala competente para su tramitación y decisión y en la que hará saber a la parte recurrente que dispone de un plazo de treinta días, a contar desde la notificación de aquella, para presentar en la Secretaría de esa Sección competente el escrito de interposición del recurso de casación. Durante este plazo, las actuaciones procesales y el expediente administrativo estarán de manifiesto en la Oficina judicial.*

*2. Transcurrido dicho plazo sin presentar el escrito de interposición, el Letrado de la Administración de Justicia declarará desierto el recurso, ordenando la devolución de las actuaciones recibidas a la Sala de que procedieran. Contra tal declaración solo podrán interponerse los recursos que prevé el artículo 102 bis de esta Ley.*

*3. El escrito de interposición deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan:*

*a) Exponer razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces, debiendo analizar, y no solo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso; y*

*b) Precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita.*

*4. Si el escrito de interposición no cumpliera lo exigido en el apartado anterior, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo competente para la resolución del recurso acordará oír a la parte recurrente sobre el incumplimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia inadmitiéndolo si entendiera tras la audiencia que el incumplimiento fue cierto. En ella, impondrá a dicha parte las costas causadas, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.*

*5. En otro caso, acordará dar traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que puedan oponerse al recurso en el plazo común de treinta días. Durante este plazo estarán de manifiesto las actuaciones procesales y el expediente administrativo en la Oficina judicial. En el escrito de oposición no podrá pretenderse la inadmisión del recurso.*

*6. Transcurrido dicho plazo, háyanse presentado o no los escritos de oposición, la Sección competente para la decisión del recurso, de oficio o a petición de cualquiera de las partes formulada por otrosí en los*

*escritos de interposición u oposición, acordará la celebración de vista pública salvo que entendiera que la índole del asunto la hace innecesaria, en cuyo caso declarará que el recurso queda concluso y pendiente de votación y fallo. El señalamiento del día en que haya de celebrarse la vista o en que haya de tener lugar el acto de votación y fallo respetará la programación que, atendiendo prioritariamente al criterio de mayor antigüedad del recurso, se haya podido establecer.*

*7. Cuando la índole del asunto lo aconsejara, el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de oficio o a petición de la mayoría de los magistrados de la Sección antes indicada, podrá acordar que los actos de vista pública o de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala.*

*8. La Sección competente, o el Pleno de la Sala en el caso previsto en el apartado anterior, dictará sentencia en el plazo de diez días desde que termine la deliberación para votación y fallo.*

En la medida en que el artículo 92.2 remite al artículo 102 bis 2 de la LRJCA, interesa destacar que la STC de 17 de marzo de 2016 (sentencia del pleno derivada de una cuestión interna de inconstitucionalidad) considera contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional la ausencia de revisión, por parte de los tribunales, de algunas de las decisiones que recaen en exclusiva en los letrados de la Administración de Justicia, declarando inconstitucional y nulo el primer párrafo del artículo 102 bis 2 de la LRJCA, según el cual no cabe que el juez revise los decretos dictados por el letrado de la Administración de Justicia para resolver los recursos de reposición planteados contra sus propias decisiones.

## 8

### ¿Hay que motivar la admisión/inadmisión de los recursos?

Según el artículo 90.3 LRJCA, la resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente forma:

a) En los supuestos del apartado 2 del artículo 88, en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. No obstante, si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado.

b) En los supuestos del apartado 3 del artículo 88, en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquel se establecen.

Ya en su apartado cuarto, el artículo 90 LRJCA expresa que las providencias de inadmisión únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias:

a) *ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada;*

b) *incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación;*

c) *no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o*

d) *carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

A tenor del artículo 90.5, contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

## 9

### **Retos organizativos y gubernativos en el Tribunal Supremo como consecuencia de la nueva casación contenciosa**

– La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido en la regulación del recurso de casación, en el orden contencioso-administrativo, una específica previsión sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales de las partes, en el apartado tercero del artículo 87 bis LRJCA:

*La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el ‘Boletín Oficial del Estado’, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación.*

Pues bien, haciendo uso de la facultad del expresado precepto, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en sesión de 20 de abril de 2016, estableció una extensión máxima de los escritos de interposición y contestación de 50 000 caracteres con espacio, equivalente a 25 folios, incluyendo notas a pie de página, esquemas o gráficos que eventualmente pudieran incorporarse, con la previsión añadida de que el abogado o persona designada por él deberá certificar al final el número de caracteres que contiene el escrito.

Por otro lado, el referido acuerdo de la Sala de Gobierno contempla también como criterio orientador respecto de los escritos de preparación (artículo

89.2 LJCA) y de oposición a la admisión (artículo 89.6 LJCA) una extensión máxima de 35 000 caracteres con espacio equivalentes a 15 folios, y con semejantes previsiones referidas a las notas a pie de página, esquemas o gráficos.

Asimismo se establece una extensión máxima, también como criterio orientador, para los escritos de alegaciones (artículo 90.1 LJCA), en el sentido de que será fijada en función de las circunstancias del caso por la propia sección de admisión, sin que pueda ser superior a la del escrito de preparación correspondiente.

Resumidamente, son estas las previsiones con relación a la extensión máxima, sin perjuicio de que el referido acuerdo contemple también otra serie de consideraciones con relación al formato y a la estructura de los correspondientes escritos.

– De acuerdo con el art. 90.2 LRJCA, “la admisión o inadmisión a trámite del recurso será decidida por una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo integrada por el presidente de la Sala y por al menos un magistrado de cada una de sus restantes Secciones. Con excepción del presidente de la Sala, dicha composición se renovará por mitad transcurrido un año desde la fecha de su primera constitución y en lo sucesivo cada seis meses, mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que determinará sus integrantes para cada uno de los citados periodos y que se publicará en la página web del Poder Judicial”.

Por lo que se refiere a su rotación o renovación, esta previsión en modo alguno constituye una novedad por lo que se refiere a otras salas del Tribunal Supremo.

En el BOE de 7 de julio de 2016 se publicó el acuerdo de 30 de junio de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 14 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que aprueba las normas de reparto, composición, funcionamiento y asignación de ponencias de la Sala Tercera para su adecuación a la nueva regulación del recurso de casación en lo contencioso-administrativo.

– De conformidad con el artículo 90.7 LJCA, los autos de admisión del recurso de casación se publicarán en la página web del Tribunal Supremo. Con periodicidad semestral, su Sala de lo Contencioso-Administrativo hará público, en la mencionada página web y en el “Boletín Oficial del Estado”, el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución.

Con esta previsión, el legislador pretende dar publicidad a las decisiones de admisión de los recursos, con la finalidad de que la comunidad jurídica conozca las normas que serán objeto de interpretación.

Sin perjuicio de que, a tenor de lo expresado, y de acuerdo con dicho precepto, únicamente debe darse publicidad de los autos de admisión, resultaría deseable intensificar la publicación de los autos de inadmisión mediante su inserción en las bases de datos del propio Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

– El mismo día en el que se constituyó la Sección de admisión, por la misma se adoptaron una serie de criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación contencioso-administrativa:

1.º) En virtud de la Disposición final décima de la Ley Orgánica 7/2015, la reforma operada en el recurso contencioso-administrativo entra en vigor en la fecha de 22 de julio de 2016.

2.º) La nueva regulación casacional se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante.

3.º) Las sentencias y autos pronunciados con anterioridad al 22 de julio de 2016 se registrarán, a efectos del recurso de casación, por la legislación anterior, cualquiera que sea la fecha en que se notifiquen.

4.º) Cuando al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio), se solicite la aclaración o integración de una sentencia o de un auto, la fecha a tomar en consideración para determinar el sometimiento de la resolución al régimen casacional será la de la resolución aclarada o integrada, sin perjuicio de que el plazo para preparar el recurso de casación se compute desde la fecha de notificación del auto de aclaración o integración.

## 10

### **El recurso de casación ante las salas de lo contencioso de los tribunales superiores de justicia**

*Artículo 86.3 LRJCA:*

*Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.*

*Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo*

*Contencioso-Administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.*

*Si la Sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los magistrados que presten servicio en la Sala o Salas.*

Múltiples son las dudas que suscita este precepto, el único, por lo demás, de la Ley Orgánica 7/2015 que se refiere a la competencia casacional de los tribunales superiores de justicia.

De entrada, en lo atinente al objeto del recurso de casación ante los tribunales superiores de justicia, únicamente se contempla la posibilidad de impugnar en casación las sentencias dictadas por los propios tribunales superiores de justicia.

Al respecto, no faltan quienes sugieren que si la funcionalidad que persigue el recurso de casación no es otra que la fijación de jurisprudencia, esta finalidad se encuentra ya plenamente colmada con las competencias que corresponden a los tribunales superiores de justicia en única instancia o, en su caso, en apelación.

Por otro lado, no hay referencia a la posibilidad de impugnar en casación las sentencias dictadas por órganos unipersonales (obviamente, que no sean susceptibles de apelación). Sin embargo, desde una perspectiva sistemática y teológica, cabría considerar que también las sentencias procedentes de los juzgados contencioso-administrativos son susceptibles de casación ante los tribunales superiores de justicia.

Destaca, asimismo, el clamoroso silencio de la reforma en torno al procedimiento específico que debe seguirse para la tramitación de la casación ante los tribunales superiores de justicia.

Finalmente, dada la diferente composición de las distintas salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, no son descartables eventuales problemas organizativos a la hora de integrar la formación de la “sección de casación” de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, específicamente en aquellos territorios en los que no haya efectivos para completar los cinco magistrados a los que se refiere el precepto.

# Transparencia y gobierno abierto<sup>1</sup>

MIGUEL ÁNGEL BLANES CLIMENT<sup>2</sup>

*Doctor en Derecho. Letrado de la Diputación  
de Alicante. Abogado del Síndic de Greuges  
(Defensor del Pueblo) de la Comunidad Valenciana*

- 1. Introducción general**
  - 1.1. ¿Qué es la transparencia?
  - 1.2. ¿Qué es el gobierno abierto?
- 2. Valoración global de la Ley estatal de transparencia y de las leyes autonómicas: aciertos y desaciertos**
- 3. Análisis de las ordenanzas de transparencia de las diputaciones provinciales**
- 4. Medidas de reacción ante el incumplimiento de las leyes y ordenanzas de transparencia**
- 5. Responsabilidad sancionadora, disciplinaria y penal**
- 6. Conclusiones**
- 7. Reflexión final: la inconstitucionalidad de la definición del expediente administrativo**
- 8. Bibliografía**

## Resumen

La principal característica de la transparencia y del gobierno abierto es su estrecha e indisoluble vinculación con la esencia de la democracia. La

*Artículo recibido el 13/05/2016; aceptado el 15/10/2016.*

1. Este trabajo forma parte de la intervención en la V Jornada sobre: “Las diputaciones del futuro”, celebrada el 20 de mayo de 2016 en Ourense, y que fueron organizadas por la Deputación de Ourense y la Fundación Democracia y Gobierno Local.

2. Es autor de la tesis doctoral titulada: “La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa”, publicada por la editorial Thomson-Reuters Aranzadi. <http://www.tienda.aranzadi.es/productos/libros/la-transparencia-informativa-de-las-administraciones-publicas/5940/4294967293>

transparencia es un presupuesto indispensable del Estado de Derecho, en cuanto posibilita el control y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública. La democracia sin control no es democracia.

Palabras clave: *transparencia; información; rendición de cuentas; democracia; corrupción.*

## **Transparency and opened government**

### **Abstract**

*Transparency and opened government are closely interlinked with democracy. Transparency is a necessary requirement of the rule of law because it allows accountability of public management. Democracy without accountability is not democracy.*

*Keywords:* transparency; information; accountability; democracy; corruption.

## **1**

### **Introducción general**

#### **1.1**

#### **¿Qué es la transparencia?**

Si algo positivo ha tenido la crisis económica iniciada en 2008, ha sido que los recortes sociales, junto con la aparición de numerosos casos de corrupción, han despertado el interés de los ciudadanos en participar en la gestión de los asuntos públicos y en conocer en qué se gasta el dinero de nuestros impuestos. La ciudadanía exige mayor transparencia a las instituciones públicas, al haber aumentado la desconfianza hacia las mismas.

Todo el mundo habla de transparencia. ¿Qué es exactamente? La característica que mejor define el concepto de transparencia es la estrecha e indisoluble vinculación con la esencia de la democracia<sup>3</sup>. Constituye, además, un presupuesto indispensable del Estado de Derecho en cuanto

---

3. Díez SÁNCHEZ, J. J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 26.

posibilita el control y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública.

Algunos autores hablan ya sin tapujos de que el llamado “derecho a la transparencia” forma parte de la tercera generación de derechos del hombre, y engloba, a su vez, los siguientes derechos<sup>4</sup>:

- a) El derecho a saber: los ciudadanos tienen el derecho a saber qué ocurre en el interior de los poderes públicos que están a su servicio.
- b) El derecho a controlar: si se conoce la actuación de los poderes públicos es posible controlar la legalidad y la oportunidad de las decisiones que se adoptan, pudiendo saber además cómo se utilizan los fondos públicos y cuál es su destino.
- c) El derecho de los ciudadanos a ser actores y no solo espectadores de la vida política: limitar la participación en el ejercicio del poder a votar cada cuatro o cinco años equivale, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, a “negar precisamente la esencia democrática misma”<sup>5</sup>. Ello explicaría el desinterés generalizado de los ciudadanos por la vida política y la desafección cada día mayor entre los representantes del pueblo y los representados<sup>6</sup>.

La participación no solo resulta beneficiosa para los ciudadanos, sino también para los poderes públicos. Los primeros consiguen expresar sus opiniones y sugerencias en los proyectos financiados con dinero público, y los segundos obtienen una información valiosa sobre lo que piensan y conocen los distintos sectores especializados de la sociedad civil<sup>7</sup>.

En la actualidad, no hay problema en publicar la información que el ciudadano necesita para pagar impuestos o cumplir con sus obligaciones. Más difícil es conseguir que se publiquen los datos económicos que permitan a los ciudadanos comprobar el destino efectivo de los ingresos obtenidos con los impuestos, para evitar su conocimiento por la opinión pública y, con ello, las críticas sobre posibles casos de despilfarro o corrupción.

4. BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 51.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, p. 104.

6. GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 16.

7. NÚEZ, E. DE LA, “Transparencia y buen gobierno”, en *Foro de la Sociedad Civil*, 2012, disponible en la web: [http://forosociedadcivil.org/Resources/file/Temas%20del%20Foro\\_2.pdf](http://forosociedadcivil.org/Resources/file/Temas%20del%20Foro_2.pdf); fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, p. 7.

Nadie discute que quien administra intereses o bienes ajenos debe rendir cuentas de su gestión. Los gobernantes, que gestionan intereses públicos, también deben cumplir con esa elemental y básica obligación.

Pero no es fácil. Ya el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispuso que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”. Y desde entonces, poco se ha avanzado<sup>8</sup>. Sin información no hay conocimiento, y sin conocimiento no hay control alguno, por mucho que formalmente se diga que el sistema es democrático<sup>9</sup>.

## 1.2

### ¿Qué es el gobierno abierto?

El gobierno abierto es un modelo que consiste fundamentalmente en abrir la gestión de los asuntos públicos a los ciudadanos a través de Internet, de forma que estos puedan, de una parte, tener un mayor conocimiento, información y control sobre las actuaciones de los políticos y gestores públicos, y de otra, intervenir, colaborar y participar en dicha gestión, recuperando así la proximidad entre la gestión pública y los ciudadanos. Además, ofrece otra importantísima ventaja que es la posibilidad de que las personas puedan exigir una efectiva rendición de cuentas a los gestores públicos<sup>10</sup>.

Algunos autores ya han destacado las bondades del gobierno abierto. Se trata de un poderoso instrumento frente a la mala gestión, la corrupción y el despilfarro. La publicación de los presupuestos generales de las entidades públicas en los boletines oficiales no es suficiente. Como advierte DE LA NUEZ, si se analiza la lista de asuntos sobre los que se carece de información relevante y donde hay mayor opacidad –contratación pública, subvenciones, empresas públicas, empleo público–, se verá cómo coincide con las principales causas de la corrupción y del despilfarro<sup>11</sup>.

8. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en la web: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf); fecha de consulta: 15 de mayo de 2016.

9. KELSEN, H., *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Economica, París, 1998, p. 72.

10. MENDEL, T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), 2003, p. 27: “Public bodies must actively promote open government”.

11. NUEZ, E. DE LA, “Transparencia y buen gobierno”, en *Foro de la Sociedad Civil*, Madrid, 2012, disponible en la web: [http://forosociedadcivil.org/Resources/file/Temas%20del%20Foro\\_2.pdf](http://forosociedadcivil.org/Resources/file/Temas%20del%20Foro_2.pdf); fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, pp. 5 a 8.

El modelo de gobierno abierto es inconcebible sin Internet. La ingente cantidad de información producida o detentada por las entidades financiadas con ingresos públicos, no contaba con un escaparate al que todo el mundo se pudiera asomar al mismo tiempo para conocer dicha información.

Conviene efectuar algunas aclaraciones. El gobierno abierto no se circunscribe solo a lo que se conoce como administración electrónica. No se trata únicamente de prestar servicios o comunicarse con los ciudadanos a través de Internet, facilitando información cuando se solicita. Cuando se habla de gobierno abierto se está haciendo referencia a la obligación de difundir información de oficio, de forma activa, a través de Internet, tanto en las páginas web como en las redes sociales.

También es importante aclarar el tipo de información a difundir. En ocasiones se habla de gobierno abierto cuando solo se difunde la información que se ha calificado de favorable. Esto no es gobierno abierto. Tampoco cuando se difunde información comercial o datos estadísticos susceptibles de ser reutilizados –por ejemplo, sobre el tráfico o la meteorología–, puesto que en estos casos estamos ante lo que se llama portales de *open data* o “datos abiertos”, en los que el objetivo principal no es la transparencia, sino la reutilización de dicha información por parte de los ciudadanos y, sobre todo, de las empresas.

El gobierno abierto implica mucho más. Impone la obligación de difundir también la información desfavorable o comprometida en relación con los gastos públicos, por ejemplo, el sobrecoste de los contratos, las retribuciones de todo tipo percibidas por los representantes políticos y empleados públicos, los gastos realizados con las subvenciones públicas otorgadas, o las listas de espera existentes para ser operado o acceder a una vivienda de protección pública.

## 2

### Valoración global de la Ley estatal de transparencia y de las leyes autonómicas: aciertos y desaciertos

Con la nueva Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIP), nuestro país deja de ser uno de los pocos países europeos que carecía de una ley de transparencia y acceso a la información pública. Sin embargo, España todavía no ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos de 2009<sup>12</sup>.

12. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.<sup>a</sup>, *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 178.

En la LTAIP el derecho de acceso a la información pública sigue sin ser reconocido como un derecho fundamental; los límites o excepciones siguen siendo muy numerosos, amplios y ambiguos; no están totalmente sujetas las entidades privadas que prestan servicios de interés general, concesionarios o que reciben fondos públicos; el silencio administrativo es negativo; la LTAIP se aplica de forma supletoria en todas aquellas materias que tengan una normativa específica; se contempla una entidad encargada de resolver las reclamaciones que no tiene independencia política –el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno– y, finalmente, lo que en mi opinión es trascendental, no se adoptan medidas para mejorar la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la información.

La valoración global de la LTAIP no es positiva. Si bien es cierto que llena el vacío existente respecto a la falta de una ley específica que regule el derecho de acceso a la información pública, no lo es menos que contiene demasiadas insuficiencias para mejorar la transparencia informativa de las entidades públicas o privadas financiadas con fondos públicos<sup>13</sup>.

Por el contrario, una proposición de ley presentada en enero de 2012 por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia resultaba más adecuada, a mi juicio, por reconocer expresamente que el derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de cualquier persona a solicitar y obtener de forma sencilla, rápida y gratuita toda la información registrada de cualquier forma, elaborada o recibida y en posesión de entidades públicas, y también de las privadas que se benefician de ayudas o fondos públicos o presten servicios públicos<sup>14</sup>.

El rasgo positivo que contiene la LTAIP es que introduce por primera vez obligaciones de publicidad activa en la sede electrónica o página web, es decir, se deben publicar determinados datos sin que el ciudadano lo solicite<sup>15</sup>.

13. COTINO HUESO, L., “Derecho y ‘gobierno abierto’. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, p. 60. El profesor destaca los principales defectos de la nueva LTAIP: “es censurable que no se regule el acceso a la información como derecho fundamental, las ‘excepciones’ al acceso a la información son excesivas, [...] ni los mecanismos de control y revisión de las denegaciones parecen ágiles. [...] en razón de la disposición adicional primera cualquier regulación especial de acceso a la información, incluso por reglamento, hace que la ley no sea aplicable”.

14. Artículo 2.2 de la “Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción”, presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, n.º 36-1, de fecha 5 de enero de 2012. Disponible en la web: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B\\_036-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_036-01.PDF); fecha de consulta: 16 de mayo de 2016.

15. GUICHOT REINA, E., “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Fundación Alternativas, disponible en la web: <http://www.fundacionalternativas.org/>

Sin embargo, después de analizar todas las intervenciones parlamentarias, resulta desolador comprobar que algunos partidos políticos se negaron a que el derecho de acceso a la información pública fuera reconocido como un derecho fundamental, porque ello implicaría su regulación por ley orgánica y la exclusión de las competencias autonómicas en la materia y, por ende, la imposibilidad de aprobar una ley de transparencia propia<sup>16</sup>. De momento, a fecha de mayo de 2016, ya se han aprobado 11 leyes autonómicas<sup>17</sup>.

falternativas.org/laboratory/documentos/documentos-de-trabajo/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica-en-espana-analisis-y-propuestas-legislativas ; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, p. 60.

16. Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados n.º 117, de fecha 30 de mayo de 2013, p. 26. La vicepresidenta del Gobierno expresó que “si es un derecho fundamental se agota la totalidad porque no puede existir legislación básica, la legislación es completa para garantizar la igualdad. Si es un derecho de otra naturaleza, en ese caso pueden, como se ha hecho en algunas comunidades autónomas, regularlo”. En el mismo sentido, el representante del Grupo Parlamentario Vasco, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 12 de septiembre de 2013, manifestó que “si el derecho que aquí se consagra fuera un derecho fundamental, no habría ningún resquicio para normativizar o legislar en el ámbito autonómico. Llama la atención que partidos nacionalistas invoquen el carácter de derecho fundamental de lo que aquí se preconiza porque es tanto como abdicar de cualquier tipo de competencia autonómica”. Diario de Sesiones n.º 136, de fecha 12 de septiembre de 2013, p. 30. En esta misma sesión plenaria, el portavoz del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia alertó sobre el riesgo de tener “diecisiete sistemas de transparencia diferentes”.

17. Las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento son las siguientes, por orden cronológico: Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, y, finalmente, Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia. En cuanto a las ordenanzas aprobadas por las diputaciones provinciales, destacamos las siguientes: Huelva ([http://www.diphuelva.es/portalweb/zonas/33/Ficheros/Transparencia/Secretaria/Reglamentos\\_y\\_ordenanzas/ORDENANZA\\_TRANSPARENCIA\\_Y\\_BUEN\\_GOBIERNO\\_DIPUTACION\\_PROVINCIAL\\_DE\\_HUELVA.pdf](http://www.diphuelva.es/portalweb/zonas/33/Ficheros/Transparencia/Secretaria/Reglamentos_y_ordenanzas/ORDENANZA_TRANSPARENCIA_Y_BUEN_GOBIERNO_DIPUTACION_PROVINCIAL_DE_HUELVA.pdf)); Granada (<http://www.dipgra.es/documentos/documentos-transparencia/Ordenanza-Transparencia.pdf>); Ourense (<http://www.depourense.es/images/institucional/transparencia/Ordenanza%20transparencia%20catellano.pdf>); Toledo ([http://www.diputoledo.es/global/ver\\_pdf.php?id=15675](http://www.diputoledo.es/global/ver_pdf.php?id=15675)); Cádiz ([http://www.dipucadiz.es/export/sites/default/galeria\\_de\\_ficheros/secretaria\\_general/legislacion/Ordenanza-de-Transparencia.pdf](http://www.dipucadiz.es/export/sites/default/galeria_de_ficheros/secretaria_general/legislacion/Ordenanza-de-Transparencia.pdf)); Castellón (<https://transparencia.dipcvas.es/documents/75355/75487/Ordenanza+de+Transparencia+y+Gobierno+Abierto.odt/337881e8-774a-46a3-ae66-7a28e47aa1a9?version=1.1&targetExtension=pdf>), y la Ordenanza Tipo de Transparencia, Acceso a la Información y Reutilización, aprobada por la FEMP el 27-5-2014 (<http://www.femp.es/files/11-5133-fichero/Ordenanza%20Transparencia,%20Acceso%20y%20Reutilizaci%C3%B3n%20de%20la%20informaci%C3%B3n.pdf>).

Ello está dando lugar a una indeseable “proliferación normativa” que, en mi opinión, complicará de forma relevante el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos, al tener que enfrentarse a la posible aplicación, en su caso, de tres normas –la LTAIP, la correspondiente ley autonómica de transparencia y la ordenanza local–. Todo ello, con independencia de las regulaciones especiales que existan por razón de la materia, contenidas en la normativa sectorial que sea de preferente aplicación: sanidad, educación, servicios sociales, medio ambiente, urbanismo, contratación y función pública, etc.

Dicho esto, vamos a detenernos un momento en examinar algunas de las cuestiones más relevantes de la LTAIP acaecidas durante su tramitación:

a) *Consulta pública:*

El texto del anteproyecto fue sometido a un trámite de consulta pública, para que los ciudadanos pudieran participar presentando alegaciones y efectuando observaciones y sugerencias. En los quince días que estuvo expuesto al público en la página web del Ministerio de la Presidencia, desde el 26 de marzo hasta el 10 de abril de 2012, se recibieron casi 80 000 visitas, y los ciudadanos enviaron más de 3600 contribuciones. Sin embargo, el contenido de las alegaciones no se ha publicado en la página web, ni los ciudadanos han recibido una respuesta expresa a las mismas. Tan solo se ha publicado un extracto o resumen de algunas cuestiones planteadas en dichas alegaciones<sup>18</sup>.

b) *Objeciones del Consejo de Estado*<sup>19</sup>:

b.1) Tramitación del expediente: se cuestiona que no se haya solicitado el informe del Consejo General del Poder Judicial –artículo 108.1.e) de la LOPJ– ni el de la Fiscalía General del Estado. No consta en el expediente que se haya dado audiencia expresa a las comunidades autónomas, ni se ha recabado el parecer del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en cuyo seno se había constituido un Comité de Expertos al que el Ministerio de la Presidencia encargó la elaboración de un informe sobre el anteproyecto,

18. “Ministerio de la Presidencia”, disponible en la web: <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/aportaciones-ciudadanos.pdf?sfvrsn=0> ; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016. *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, p. 235. El profesor destaca que faltó un informe valorativo de las alegaciones, cuando es evidente que un verdadero proceso participativo comporta un diálogo entre las partes, “inexistente en este caso”.

19. “Dictamen del Consejo de Estado de fecha 19 de julio de 2012 sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, disponible en la web: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707> ; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016.

que finalmente no fue evacuado porque dicho Comité dejó de reunirse, y que sin duda habría aportado importantes elementos de juicio.

b.2) Valoración global: debe llamarse la atención acerca del carácter abierto, genérico e indeterminado de muchos de los preceptos del anteproyecto. Ello puede mermar seriamente la eficacia real del derecho de acceso a la información pública. Para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento.

c) *Sugerencia de la AEPD*<sup>20</sup>:

El anteproyecto no establece la posibilidad de que la transmisión de la información al solicitante del acceso pueda efectuarse previo procedimiento de disociación, de forma que no sean conocidos los datos personales de las personas a las que se refiera el documento.

d) *Comparecencias de los expertos en la Comisión Constitucional del Congreso*<sup>21</sup>:

Respecto a si el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, el director de la Agencia Española de Protección de Datos declaró: “Si me pregunta si en el momento de elaborar la Constitución debería introducirse como un derecho fundamental, probablemente mi respuesta sería que sí. Ahora bien, si usted me pregunta si con arreglo a la Constitución Española actual es un derecho fundamental, he de decirle que tengo serias dudas”.

El representante del Comité Ejecutivo de Transparencia Internacional España afirmó que, “por mucha transparencia que haya, jamás se podrá eliminar la corrupción. Lo que sí es verdad es que la transparencia hace que la corrupción sea más difícil; hay demasiadas limitaciones al acceso; muchas de las instituciones que en estos momentos no van a ser afectadas por la Ley de transparencia acabarán siéndolo, y me refiero a sindicatos, partidos políticos y a otras muchas instituciones; creo que empezaremos con el silencio negativo y acabaremos en el silencio positivo”.

El presidente de Transparencia Internacional España manifestó que “es necesaria la creación de un portal nacional de transparencia pública, en el que se recoja toda la información de más de 21 000 instituciones públicas que hay en España; no se contempla ningún tipo de infracciones ni de sanciones a políticos y funcionarios públicos por el incumplimiento de las normas de transparencia;

20. “Informe de la AEPD de fecha 5 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, disponible en la web: [http://www.mpr.gob.es/otai/Documents/INFORME\\_AEPD\\_REGLAMENTO\\_LEY\\_TRANSPARENCIA\\_07112014.pdf](http://www.mpr.gob.es/otai/Documents/INFORME_AEPD_REGLAMENTO_LEY_TRANSPARENCIA_07112014.pdf); fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, p. 29.

21. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional, de fechas 23 de enero, 12 de febrero, 20 de marzo, 10, 17 y 24 de abril de 2013.

pedimos que por respeto al ciudadano se intente obligar a la Administración a contestar; y que si no se hace se establezca un sistema de apercibimiento, de multas; la agencia responsable de garantizar el derecho a la información no es independiente; no se reconoce el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental; no se incluye a los partidos políticos entre las entidades sujetas a la Ley de transparencia; sería también importante que se extendiera a los sindicatos, la CEOE y la Casa Real; se habla también de crear una oficina dentro del Defensor del Pueblo”.

El profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla GUICHOT REINA expresó: “Me parece difícil cuestionar a día de hoy que el acceso a la información sobre la gestión pública, que contribuye de forma esencial a la formación de una opinión pública informada, no esté dentro del derecho fundamental a la libertad de información; debe estar incluida la Casa Real y los partidos políticos; la transparencia y el derecho de acceso a la información es un derecho de ciudadanía al servicio de la democracia, no un derecho instrumental; una ley de acceso a la información solo será efectiva si hay un órgano independiente de control; a mi juicio el silencio en esta materia solo puede ser negativo”.

El profesor de Derecho de la Información de la Universidad Complutense de Madrid SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA apuntó que “el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental; para que exista una opinión pública libre es necesario que los ciudadanos puedan acceder directamente y sin cortapisas a la información que se encuentra en manos de los poderes públicos; sujetos obligados, Casa Real; el silencio administrativo debe ser positivo”.

El catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ manifestó: “Estoy absolutamente en contra de reconocer a este derecho de información pública la condición de derecho fundamental; de derechos fundamentales, con los que tenemos, sobra; todo el que maneje dinero público por cualquier título tendrá que dar cuenta de ello; soy absolutamente contrario a la extensión del silencio positivo”.

Finalmente, el también catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid SANTAMARÍA PASTOR expresó: “El artículo 11 que regula los límites al derecho de acceso, me parece que es bastante criticable; ¿cómo se puede garantizar la independencia de la agencia? Prácticamente es misión imposible; hay un choque entre protección de datos y transparencia. Hay que conseguir un equilibrio, pero es muy difícil”.

En mi opinión, en líneas generales –salvo las objeciones planteadas por el Consejo de Estado–, el proceso de participación ciudadana en la elaboración de la nueva Ley de transparencia merece una valoración global posi-

va. El Anteproyecto de Ley se expuso al público para formular alegaciones, y los expertos comparecieron en la Comisión Constitucional del Congreso para expresar sus opiniones y observaciones.

### 3

#### Análisis de las ordenanzas de transparencia de las diputaciones provinciales

La primera pregunta que se nos plantea es si es necesario que las diputaciones provinciales aprueben una ordenanza de transparencia<sup>22</sup>. La respuesta es negativa. No existe una obligación legal. No obstante, es recomendable y conveniente aprobarla para facilitar la aplicación de la Ley estatal de transparencia y, en su caso, de las leyes autonómicas aprobadas. A estos efectos, hay que recordar que algunas leyes autonómicas de transparencia no se aplican a las entidades locales de su ámbito territorial (Castilla y León, Murcia y Galicia).

La situación actual es muy variada. Existen diputaciones que ya tienen sus ordenanzas de transparencia aprobadas, aunque no son la mayoría. Sin ánimo de mencionarlas a todas, destacamos las siguientes: Ourense, Granada, Huelva, Castellón, Toledo y Cádiz.

La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) aprobó una ordenanza tipo para ambas corporaciones locales, con fecha 27 de mayo de 2014. Este modelo se ajusta a las previsiones de la Ley estatal de 2013, pero ha sido superado por numerosas leyes autonómicas aprobadas posteriormente, que han incrementado las exigencias de transparencia a las entidades locales (por ejemplo, Andalucía, Canarias, Cataluña, Aragón y Valencia).

Otras diputaciones no tienen todavía aprobada una ordenanza de transparencia, pero sí que han aprobado un “Plan de Gobierno Abierto”, en el que, como una medida más de las allí previstas, se contempla dicha aprobación. Es el caso de la Diputación de Valencia y la de Sevilla.

22. “La posición institucional de las diputaciones provinciales a partir de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, en *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, disponible en la web: <http://www.ual.es/personal/jfuentes/idl/reforma/Provinciales.pdf>; fecha de consulta: 10 de mayo de 2016. Se concluye el estudio con esta importante reflexión: “En cualquier caso, con mayor o menor intensidad, las diputaciones provinciales, instituciones con más de doscientos años de vida, han de reinventarse, optar por la modernización y la innovación, así como por ganar visibilidad institucional entre la ciudadanía y demostrar que tienen (o pueden tener) un rendimiento institucional óptimo. Más tarde o más temprano, deberán adecuar su sistema electoral. Pero mientras tanto deberán acreditar eficiencia y resultados. La Ley de racionalización y sostenibilidad les ha abierto un marco indudable de oportunidades. Habrá que observar cómo las utilizan y con qué intensidad. Se juegan mucho en el empeño”.

No obstante, quisiera realizar desde este momento una importante aclaración: el resto de diputaciones que no tienen una ordenanza de transparencia o un plan de gobierno aprobado, no quiere decir que no estén trabajando tanto en su propia transparencia como en la de los pequeños municipios a los que están asistiendo.

Por supuesto, el contenido de todas las ordenanzas aprobadas hasta el momento no es el mismo<sup>23</sup>. Algunas no solo se refieren a la transparencia y al acceso a la información, sino también a la reutilización de la información o a la participación ciudadana. Vamos a fijarnos en estos puntos concretamente relativos a la transparencia y al acceso a la información:

a) Forma de organización: algunas ordenanzas han optado por crear una “oficina o unidad responsable de transparencia e información pública”, adscrita a la secretaría general, y a la que todos los demás departamentos de la diputación deben enviar la información. Es el caso, por ejemplo, de la Diputación de Castellón.

La Diputación de Toledo añade que esa unidad responsable está formada por el Registro General y el Servicio de Tecnologías de la Información y la Comunicación. Y la Diputación de Huelva anticipa que por resolución del presidente se determinarán las personas responsables dentro de cada área o servicio.

Por el contrario, en el caso de la Diputación de Granada, la unidad de transparencia no está adscrita a la Secretaría General, sino directamente a la Presidencia, donde se recibirá la información remitida por cada área, delegación y ente de la Diputación.

En otras ordenanzas no se especifica con detalle: la presidencia designará una unidad responsable (Cádiz), y la relación de puestos de trabajo (RPT) dispondrá la existencia de una unidad administrativa responsable (Ourense).

b) Órgano competente para resolver las solicitudes de información: en todas las ordenanzas examinadas, el órgano competente es el presidente de la diputación. En ninguna de ellas se acorta el plazo legal de un mes, ampliable por otro.

c) Información a publicar en la página web: los datos que deben publicarse son muy parecidos en todas las ordenanzas analizadas, con algunas particularidades. Por ejemplo, respecto a los contratos menores, la mayoría opta por su publicación trimestralmente (Castellón, Toledo y Ourense), y

23. MEDINA GUERRERO, M., “La autonomía provincial”, en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 25, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2011, p. 108. Advierte el profesor que “el máximo riesgo para la autonomía provincial proviene de las facultades coordinadoras autonómicas expresamente previstas en los propios estatutos”.

algunas por remitirse a lo que se disponga en las bases de ejecución del presupuesto (Huelva y Granada). Estas dos diputaciones añaden la publicación de las actas de las mesas de contratación, así como un anuncio en el perfil del contratante, al objeto de facilitar la participación de los licitadores en los procedimientos negociados sin publicidad.

d) Asistencia a los municipios: algunas ordenanzas no dicen nada sobre esta cuestión (Castellón, Toledo y Ourense).

La Diputación de Cádiz indica que de la asistencia técnica (jurídica, informática y formativa) se beneficiarán preferentemente los municipios de población inferior a 20 000 habitantes.

Las diputaciones de Huelva y Granada concretan un poco más el objetivo de la asistencia: que cada entidad local disponga de un portal de transparencia individualizado e independiente, con contenidos proporcionados y gestionados de manera autónoma por el personal de cada entidad.

La Diputación de Granada concreta, además, el número de población: serán beneficiarios preferentes de la asistencia los municipios y entidades de población inferior a 5000 habitantes, previa solicitud.

e) Régimen de infracciones y sanciones: la mayoría de las ordenanzas estudiadas contienen más que una mera remisión a la legislación que resulte de aplicación. La Diputación de Ourense detalla unas infracciones referidas a la reutilización de la información, concretando que la potestad sancionadora corresponde al presidente de la Diputación.

Como cuestiones más curiosas que merecen un breve comentario, destacamos las siguientes:

- Las ordenanzas de transparencia de las diputaciones de Toledo y Ourense matizan: “el acceso podrá condicionarse al transcurso de un plazo determinado cuando la causa de denegación esté vinculada a un interés que afecte exclusivamente a la diputación provincial competente”. ¿Cuánto durará ese plazo? ¿Qué tipo de interés? No se concretan.
- Las ordenanzas de transparencia de Toledo y Ourense son las únicas que contemplan la creación de un registro de solicitudes de acceso a la información.
- La Ordenanza de transparencia de Cádiz no se aplica a todas las entidades municipales: “Mediante acuerdo de sus órganos de gobierno, podrán someterse a la presente ordenanza: sociedades mercantiles con capital social superior al 50 %; fundaciones del sector público y las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades sujetas a esta Ordenanza”.
- Por último, ninguna ordenanza de las examinadas hace referencia a estas cuestiones: subvenciones o ayudas que reciban los grupos

políticos; responsabilidad de la Administración por la información suministrada<sup>24</sup>; publicación en la página web de los informes jurídicos, técnicos y de intervención (control preventivo); dietas, viajes y gastos de representación; informes de morosidad de pago a proveedores, ayudas y subvenciones; número de vehículos oficiales y teléfonos móviles; agenda institucional de los miembros de la corporación (algunas ordenanzas se refieren a la agenda institucional del Gobierno provincial)<sup>25</sup>.

#### 4

### Medidas de reacción ante el incumplimiento de las leyes y ordenanzas de transparencia

La nueva LTAIP no contempla ningún refuerzo de los mecanismos que tiene el ciudadano para responder en los casos en que se incumpla la Ley porque no se conteste a las solicitudes, no se facilite la información o se haga de forma incompleta. Se sustituyen los clásicos recursos de reposición y de alzada por una reclamación administrativa a presentar ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –cuando se trate de la Administración General del Estado y entidades dependientes– o ante el organismo autonómico correspondiente –Administración autonómica y local–.

El silencio administrativo es negativo, salvo en las comunidades autónomas de Cataluña, Valencia y Aragón. La falta de contestación de la reclamación administrativa también debe entenderse como desestimación de la misma<sup>26</sup>. En mi opinión, si la información solicitada es sensible o comprometida, ni se contestará a la solicitud ni tampoco se resolverá la reclamación

24. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “La responsabilidad patrimonial en el acceso, la difusión y la reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 457.

25. RIVERO YSERN, J. L., “La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, Iustel, mayo 2014, p. 45. El profesor destaca las siguientes tareas pendientes: “La segunda es imprescindible si se quiere realmente hacer eficaz, transparente y legitimada social y democráticamente a la provincia. El déficit democrático de las diputaciones, cuyos miembros son elegidos en un sistema de elección de segundo grado, no es el mejor marco para que los municipios asuman la posibilidad de sustituciones e intervenciones forzosas en la vida municipal para trasladar la gestión de los servicios a las diputaciones. La reforma de la provincia es precisa. Efectivamente. La provincia precisa racionalización, transparencia, eficacia y eficiencia”.

26. GUICHOT REINA, E., “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords.), *La Ley*

administrativa. La experiencia en nuestro país no resulta muy positiva. Los recursos administrativos no suelen estimarse con carácter general y, cuando su presentación es preceptiva, retrasan el acceso a la jurisdicción. Se comparte la opinión de quienes sostienen que los recursos administrativos “sirven para muy poco o, si se me apura, para nada”<sup>27</sup>.

Resulta sorprendente que la LTAIP –y lógicamente, por falta de competencia, todas las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento– se haya olvidado por completo de la tutela jurisdiccional. No se contempla ninguna modificación del sistema judicial contencioso-administrativo para garantizar el respeto al derecho de acceso a la información pública, y lograr que las entidades públicas cumplan de forma real y efectiva con sus obligaciones de información activa. Es difícil ser optimista cuando se aprueba una nueva norma y no se atribuyen a los ciudadanos las armas necesarias para asegurar su aplicación y evitar su incumplimiento.

El retraso que acumula la jurisdicción encargada de controlar el ejercicio del poder público, y el elevado coste económico que supone litigar contra una negativa a facilitar información –tasa, abogado y procurador, y posible condena en costas si el pleito se pierde–, no satisfacen en absoluto, en mi opinión, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por la Constitución Española. Estos costes convierten este tipo de recursos contencioso-administrativos en antieconómicos y difíciles de plantear, ya que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, resultan más costosos que el valor económico de la pretensión.

Esta injusta situación provoca que a las autoridades públicas, a sabiendas de la inoperancia y lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa, no les preocupe lo más mínimo seguir sin contestar las solicitudes de acceso a la información presentadas por los ciudadanos, o denegarlas sin mayor fundamento. Los responsables políticos saben que la decisión de la Justicia se producirá con tanto retraso que pueden disfrutar de un tiempo valioso sin facilitar la información. En el peor de los casos, cuando se produzca la firmeza de la sentencia, ellos ya ocuparán otro cargo público distinto, y la opinión pública, en su caso, se habrá olvidado del asunto.

En mi opinión, el derecho de acceso a la información pública, como derecho fundamental que considero que es, debería tutelarse por un procedimiento judicial especial, sumario y oral, en el que no hubiera que pagar

---

*de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 61.

27. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, en *Documentación Administrativa*, n.º 221, enero-marzo 1991, p. 6.

tasa alguna y la condena en costas solo fuera en los casos de temeridad o mala fe<sup>28</sup>.

## 5

### Responsabilidad sancionadora, disciplinaria y penal

Tanto la Ley estatal como la mayoría de las leyes autonómicas de transparencia aprobadas hasta el momento, han tipificado algunas infracciones y sanciones en materia de acceso a la información pública, tanto la negativa reiterada a facilitar la información como el incumplimiento reiterado del plazo para resolver o de las obligaciones de publicidad activa.

El problema se plantea porque la potestad sancionadora y disciplinaria corresponde a los órganos superiores de la propia Administración que no ha cumplido con sus obligaciones, por lo que resultará muy difícil que dicha Administración se sancione a sí misma<sup>29</sup>.

Y ello, a diferencia de lo que puede ocurrir si el funcionario da más información de la cuenta: en las legislaciones autonómicas de función pública, se contempla como infracción muy grave la publicación indebida de documentación o información a que tenga acceso por razón de su cargo o función.

Una buena solución hubiera sido atribuir dicha potestad sancionadora al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o a los Comisionados o Consejos autonómicos creados. Sin embargo, a estos nuevos órganos solo se les ha reconocido la capacidad de pedir al órgano competente para ello el inicio del correspondiente procedimiento sancionador o disciplinario. Ni siquiera pueden recurrir la posterior decisión de archivo o no incoación del procedimiento.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad penal, en mi opinión, puede cometer un delito de prevaricación tanto la autoridad o el funcionario que deniega expresamente una solicitud de información pública de forma arbitraria e injusta, como el que incumple groseramente la obligación de resolver la solicitud o de entregarla.

28. BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 591.

29. BAUZÁ MARTORELL, F. J., “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en VALERO TORRIOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 477.

El delito contra los derechos cívicos no debería limitarse solo a castigar la negativa a facilitar información a los representantes políticos, por vulnerar el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución Española –en la mayoría de los casos examinados se trata de alcaldes que impiden el acceso a la información por parte de los concejales–, sino también cuando el derecho de acceso a la información pública es ejercido por los ciudadanos.

## 6

### Conclusiones

A pesar de que la transparencia es esencial en un Estado Social y Democrático de Derecho, la LTAIP, así como las nuevas leyes autonómicas y ordenanzas municipales que se están aprobando, resultan insuficientes por las siguientes razones:

- a) El derecho de acceso a la información pública sigue sin ser reconocido como un derecho fundamental;
- b) los límites o las excepciones al ejercicio del derecho de acceso siguen siendo muy numerosos, amplios y ambiguos;
- c) no están sujetas las entidades privadas que prestan servicios de interés general o concesionarios de servicios públicos (luz, agua, gas, telefonía, etc.);
- d) el silencio administrativo es negativo, por lo que la mayoría de las solicitudes de información comprometida continuarán sin contestarse;
- e) la nueva LTAIP se aplica de forma supletoria en todas las materias que tengan una normativa específica (urbanismo, medio ambiente, servicios sociales, sanidad, educación, etc.);
- f) se contempla una entidad encargada de resolver las reclamaciones en vía administrativa que no tiene independencia política, y cuya falta de resolución también es negativa;
- g) y, finalmente, lo que en mi opinión es lo más trascendental: no se adoptan medidas para mejorar la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la información.

Cuando no se facilita la información solicitada por el ciudadano o se incumplen las obligaciones de publicidad activa en la página web, la vía judicial es inasumible en términos de costes económicos y temporales: se tarda varios años en obtener una sentencia firme que condene a la Administración a dar la información; hay que pagar tasas judiciales, los hono-

rarios de abogado y procurador, y asumir el riesgo de una posible condena en costas. Son muy pocos los ciudadanos que acuden a los tribunales de justicia.

Finalmente, después de analizar todas las intervenciones parlamentarias, resulta desolador comprobar que algunos partidos políticos se negaron a que el derecho de acceso a la información pública fuera reconocido como un derecho fundamental, porque ello implicaría su regulación por ley orgánica y la exclusión de las competencias autonómicas en la materia, y, por ende, la imposibilidad de aprobar una ley de transparencia propia.

Ello está dando lugar a una indeseable “proliferación normativa” que, en mi opinión, complicará de forma relevante el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos, al tener que enfrentarse a la posible aplicación, en su caso, de tres normas –la LTAIP, la correspondiente ley autonómica de transparencia y la ordenanza local–, además de las regulaciones especiales contenidas en la normativa sectorial que sea de aplicación<sup>30</sup>.

Los ciudadanos hemos pasado más de 30 años, desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, sin ninguna ley que regulara con carácter general la transparencia y el acceso a la información pública, salvo el limitado artículo 37 de la Ley 30/1992. Ahora, de momento, al tiempo de escribir estas líneas, tenemos una ley estatal, 10 autonómicas ya aprobadas y numerosas ordenanzas municipales. En prácticamente un año, hemos pasado de no tener en España una ley específica en materia de transparencia a tener 12 hasta el momento (1 estatal y 11 autonómicas). Sin duda, este aluvión de normas oscurecerá en buena parte la indispensable transparencia.

---

30. Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados n.º 117, de fecha 30 de mayo de 2013, p. 26. La vicepresidenta del Gobierno expresó que “si es un derecho fundamental se agota la totalidad porque no puede existir legislación básica, la legislación es completa para garantizar la igualdad. Si es un derecho de otra naturaleza, en ese caso pueden, como se ha hecho en algunas comunidades autónomas, regularlo”. En el mismo sentido, el representante del Grupo Parlamentario Vasco, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 12 de septiembre de 2013, manifestó que “si el derecho que aquí se consagra fuera un derecho fundamental, no habría ningún resquicio para normativizar o legislar en el ámbito autonómico. Llama la atención que partidos nacionalistas invoquen el carácter de derecho fundamental de lo que aquí se preconiza porque es tanto como abdicar de cualquier tipo de competencia autonómica”. Diario de Sesiones n.º 136, de fecha 12 de septiembre de 2013, p. 30. En esta misma sesión plenaria, el portavoz del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia alertó sobre el riesgo de tener “diecisiete sistemas de transparencia diferentes”.

## Reflexión final: la inconstitucionalidad de la definición del expediente administrativo

El día 2 de octubre de 2016 entró en vigor la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA). El artículo 70 de la nueva LPA define el concepto de expediente administrativo de forma, a mi juicio, absolutamente contradictoria (la predecesora Ley 30/1992 no lo definía):

a) En su primer y segundo apartado, lo define como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla [...]. Los expedientes se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos”.

Hasta aquí no hay ningún problema. Se trata de una copia literal de la definición ya contenida en el artículo 164.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

En mi opinión, nos encontramos ante una definición acertada, puesto que toda la información o documentos, sin distinción alguna, que tienen relación con los antecedentes y los fundamentos de la resolución administrativa, deben formar parte del expediente administrativo.

Las razones son obvias en un Estado de Derecho: posibilitar su conocimiento por los interesados o ciudadanos, así como, en su caso, facilitar el posterior control judicial de la decisión de la Administración.

b) Sin embargo, en el cuarto apartado del artículo 70 de la nueva LPA, se efectúa un severo e injustificado recorte de la información que debe integrarse en el expediente administrativo, en los siguientes términos: “No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento”.

A mi juicio, nos encontramos ante una limitada y arbitraria definición del expediente administrativo, que podría ser inconstitucional, por vulnerar el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3), desde dos perspectivas:

- La arbitrariedad del legislador.

La nueva LPAC no contiene explicación o razonamiento alguno que justifique esta importante supresión de documentos e información que, por su caprichosa decisión, no forman parte del expediente administrativo.

Si el propio artículo 70 de la LPAC considera que toda la información que sirve de antecedente y fundamento a la resolución forma parte del expediente administrativo, ¿cuáles son las razones de interés público que justifican la posterior eliminación de una buena parte de dicha información?. No alcanzo a imaginarlas.

- La arbitrariedad de la Administración como poder público.

En un Estado de Derecho, los ciudadanos y, con más razón, los interesados, tienen derecho a conocer toda la información que justifica una determinada decisión de la Administración. De lo contrario, por un lado, el derecho de defensa del interesado puede ser vulnerado, y, por otro, el posterior control judicial de las resoluciones administrativas puede ser también gravemente dificultado.

Como se sabe, las decisiones de la Administración pueden ser regladas o discrecionales, pero nunca arbitrarias.

Si la Administración elimina del expediente administrativo información auxiliar o de apoyo, que, aunque contenida en aplicaciones, notas o resúmenes, puede ser importante, así como las comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas y los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, que también pueden arrojar luz o servir para despejar la arbitrariedad de la Administración, parece obvio que se dificultan más allá de lo razonable los siguientes derechos:

- a) El derecho constitucional de defensa de los interesados en los procedimientos administrativos.
- b) El posterior control de la Administración por parte de los tribunales de justicia.
- c) La exigencia de responsabilidad a las autoridades y los funcionarios públicos.
- d) El derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos.

En relación con este último derecho, el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, permite inadmitir las solicitudes “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”.

Pues bien, no solo se impide a los ciudadanos injustamente acceder a este tipo de información –como ya he criticado en un anterior comentario en

este blog—, sino que ahora, además, por si ello no fuera suficiente, se excluye del expediente administrativo, con lo que dicha información puede ser perfectamente destruida o eliminada para que no sea conocida y, de esta forma, no dejar rastro alguno.

Por todas estas razones, considero que la definición legal del expediente administrativo contenida en la nueva LPA es inconstitucional e impropia de un Estado de Derecho.

Al tiempo que se aprueba una ley de transparencia, se promulga una ley de procedimiento administrativo que permite eliminar o sustraer documentos del expediente. Sorprendentemente, el expediente administrativo es ahora más opaco que con anterioridad a dichas leyes. ¿Avanzamos o retrocedemos?

## 8

### Bibliografía

- BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- COTINO HUESO, L., “Derecho y ‘gobierno abierto’. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.<sup>a</sup>, *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, en *Documentación Administrativa*, n.º 221, enero-marzo 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.
- GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.
- GUICHOT REINA, E., “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords.), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- KELSEN, H., *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Economica, París, 1998.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “La responsabilidad patrimonial en el acceso, la difusión y la reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- MEDINA GUERRERO, M., “La autonomía provincial”, en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 25, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2011.
- MENDEL, T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), 2003.
- RIVERO YSERN, J. L., “La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, Iustel, mayo 2014.

# La libre conurrencia o igualdad de trato: su aplicación en la adjudicación de los contratos públicos

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

*Funcionario de la Administración  
local con habilitación de carácter nacional.*

*Licenciado en Derecho.*

*Grado en Ciencias Políticas.*

*Colaborador del Observatorio de Contratación Pública*

1. Introducción
2. Reconocimiento normativo del principio de libre concurrencia
3. El respeto a la libre concurrencia y no discriminación contractual en la jurisprudencia
4. La subsanación de las ofertas y el respeto al principio de libre concurrencia
5. Conclusión

## Resumen

La contratación pública está basada en la necesidad de ser respetadas unas reglas básicas, principios generales reconocidos en la normativa comunitaria y nacional, así como su aplicación en las distintas resoluciones de los tribunales administrativos de contratos públicos, tanto por el Tribunal central como por los autonómicos, y por la jurisprudencia.

Estas resoluciones son objeto de análisis en el presente trabajo, principalmente las emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pues principios como la legalidad, la transparencia, la libre concurrencia, la

*Artículo recibido el 25/04/2016; aceptado el 08/10/2016.*

igualdad de trato y no discriminación, se reconocen en las distintas Directivas comunitarias y son protegidos por las variadas resoluciones.

Se analiza en este trabajo el principio de libre concurrencia en la fase de adjudicación de los contratos públicos, por ser el momento clave para exigirse a la Mesa y al órgano de contratación la mayor diligencia para velar por la no discriminación y con ello la igualdad real de los licitadores.

Palabras clave: *libre concurrencia; adjudicación del contrato; principio general; licitadores.*

### **Free competition or equality of treatment: their application in the awarding of public contracts**

#### **Abstract**

*Public procurement is based on several fundamental rules which are general principles recognized under EU and national law and are applied by administrative courts –central and regional courts– and contentious-administrative courts.*

*This article analyzes the decisions of those courts, especially the judgments of the Court of Justice of the European Union, because the principles of legality, free competition, equality of treatment and prohibition of discrimination are recognized in several EU directives and are protected by the Luxembourg Court.*

*In particular, this article studies the principle of free competition in the procedural moment of the awarding of public contracts which is especially relevant because the awarding body must ensure an equal treatment for all the bidders.*

**Keywords:** free competition; awarding of public contracts; general principles; bidders.

## **1**

### **Introducción**

Partamos del reconocimiento (STS de 19 de septiembre de 2000) de que el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legis-

lación para garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos. Del mismo vamos a desprender y analizar uno de los principios generales de la contratación pública, principio de la libre concurrencia o igualdad de trato, que ha obtenido un continuo reconocimiento normativo tanto en clave comunitaria como nacional, así como por las distintas instancias jurisprudenciales junto a la de los actuales tribunales administrativos de recursos contractuales.

## 2

### Reconocimiento normativo del principio de libre concurrencia

Es objeto y finalidad 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 (en adelante, TRLCSP), según su art. 1: “regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”. Además, en relación con el principio de no discriminación, recuérdese, entre otras causas de nulidad de derecho administrativo, la prevista en el art. 32.d) TRLCSP: “Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración” [letra d) del artículo 32 introducida por el artículo 44.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización]. Así, según el profesor BAÑO LEÓN<sup>1</sup>,

---

1. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, pp. 27 y 37.

la interpretación que el Tribunal de Justicia ha consolidado sobre las Directivas de contratación tiene en nuestro derecho un doble efecto. La doctrina del Tribunal vincula a nuestras autoridades y jueces en la aplicación de las normas transpuestas al derecho español. Esta es una consecuencia obligada para todos los ordenamientos de los Estados miembros. Junto a este efecto, en el derecho español aparece otro poco destacado: los contratos administrativos puramente internos también quedan afectados por la interpretación comunitaria como consecuencia del peculiar modo de transposición de las Directivas. Siendo el profesor REQUENA CASANOVA<sup>2</sup> quien, estudiando el principio general de igualdad de trato y de no discriminación en sus distintas manifestaciones (la religión o convicciones, la edad, la discapacidad, la orientación sexual o el origen racial o étnico), concluyera que la tutela judicial de la igualdad de trato está anclada en una “jerarquía de igualdad”, que es expresión de las diferencias materiales existentes entre los motivos discriminatorios mencionados en el artículo 19 TFUE, y del distinto modo en que operan los criterios legales basados en ellos. Este sistema jerárquico de protección no tiene su origen en la utilización de diferentes test por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), sino más bien en una elección por parte del legislador de la Unión.

Además, este TRLCSP contempla en su Título I: “Adjudicación de los contratos”, Capítulo I, Sección 1.<sup>a</sup>, Subsección 1.<sup>a</sup>: “Disposiciones directivas”, artículo 138, el procedimiento de adjudicación, al disponer: “1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo. 2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo. 3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111. Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50 000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18 000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal. 4. En los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en la

---

2. REQUENA CASANOVA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, Madrid, septiembre-diciembre 2011, p. 791.

sección 6.<sup>a</sup> de este Capítulo”. Para a continuación, en su art. 139, remarcar los principios de igualdad y transparencia: “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. En la Sección 2.<sup>a</sup> (Libro III, Título I, Capítulo I) se reconoce que “en el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores” (art. 157 TRLCSP); “En el procedimiento restringido solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos” (art. 162 TRLCSP); según el art. 169.1 TRLCSP: “En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos”. Procedimiento excepcional, por ser una excepción a los principios de publicidad y concurrencia, según el Informe 7/2008 JCCA de Aragón, de aplicación en supuestos tasados y que deben interpretarse de forma estricta. Resultando que si un licitador manifiesta su interés en participar en este tipo de procedimiento negociado sin publicidad, o presenta una oferta en plazo, la entidad deberá atenderla, para no dar un trato no igualitario y discriminatorio (Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, JCCA); en el diálogo competitivo (art. 179.1 TRLCSP), “el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta”; y para los concursos de proyectos, que son los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado (art. 184 TRLCSP), dispone el art. 186 TRLCSP: “En caso de que se decida limitar el número de participantes, la selección de estos deberá efectuarse aplicando criterios objetivos, claros y no discriminatorios, sin que el acceso a la participación pueda limitarse a un determinado ámbito territorial, o a personas físicas con exclusión de las jurídicas o a la inversa. En cualquier caso, al fijar el número de candidatos invitados a participar, deberá tenerse en cuenta la necesidad de garantizar una competencia real”.

Y entre las normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público, previstas en el Capítulo II del Título I, Libro III, en el art. 192 se dispone que: “Los entes, organismos y entidades del sector

público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”. Se trata de normas de procedimiento, mediante las que nuestro ordenamiento –dijo el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 283/2010, de 6 de mayo– determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento; son de derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración pueda disponer libremente de las mismas, destacando que, en la contratación, el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos asegura “el interés público a procurar en cada momento y el adecuado control de la existencia del presupuesto necesario”, así como el respeto a principios esenciales como los de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones que establece la propia Ley), o bien los de igualdad y no discriminación. Por último, el órgano de contratación adjudicará el contrato en todo caso, y aplicando los criterios de desempate fijados con carácter previo en el pliego, por respeto a los principios de transparencia y no discriminación (JCCA Aragón, Informe 7/2010, de 23 de junio).

Para el análisis de este principio de igualdad de trato, es preciso señalar su reconocimiento en la regulación comunitaria<sup>3</sup> y nacional. Así, “las entidades o poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia” (art. 4 de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Resultando violados, según criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA) y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), los principios de la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, para la valoración de ofertas que admita como criterio discriminatorio el criterio de la implantación (domicilio...) o arraigo de una empresa en un territorio (Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, JCCA, y resoluciones 29/2011, de 9 de febrero, y 438/2014, de 6 de junio, TACRC). Por ello, de haber dudas en la aplicación de los pliegos, los licitadores, antes de presentar sus ofertas, de-

3. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La contratación de las Comunidades Europeas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 142, Madrid, enero-abril 1997, y *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. El Derecho Administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2008.

berían solicitar las aclaraciones que hubiesen estimado pertinentes (Tribunal Administrativo de Navarra, Resolución 2075/2010, de 16 de marzo). Principio de no discriminación que en materia de contratación pública hizo recordar la jurisprudencia a AVEZUELA CÁRCEL<sup>4</sup> para señalar que, para el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 22 de septiembre de 1988), como para la mayoría de la doctrina, los principios generales de la contratación son principios no meramente interpretativos, sino de carácter normativo, y, por aplicación de los artículos 1.1 y 1.4 de nuestra Constitución (en adelante, CE), la igualdad de acceso entre las distintas empresas es uno de los principios esenciales de la contratación (STS de 13 de junio de 1976), en la medida en que tiende a garantizar el interés público. Y ello, por medio de la articulación de tres principios cardinales de la licitación: el de publicidad, el de libre concurrencia y el de igualdad de oportunidades.

Hace unos meses, el 18 de abril de 2016, ha vencido el plazo de transposición al derecho interno español de las denominadas Directivas de “cuarta generación” sobre contratación pública, publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y que entraron en vigor a los 20 días de su publicación: a saber, las Directivas 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Y a partir de esa fecha procede su aplicación directa (SSTJUE *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397/2001 a C-403/2001, apartado 103, y *Association de médiation sociale*, asunto C-176/2012, apartado 31). Para la aplicación de la normativa a partir de esa fecha de 18 de abril de 2016, los tribunales administrativos de contratación pública elaboraron el 1 de marzo de 2016 un documento de trabajo en aras de su mejor interpretación, y además en el BOE de 17 de marzo de 2016 se publicó la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública; y finalmente apuntar la Recomendación de esta misma Junta Consultiva dirigida a los órganos de contratación, en relación con la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública de 6 de abril de 2016.

---

4. AVEZUELA CÁRCEL, J., “Los Principios Generales de la Contratación Pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 3, Valencia, enero-junio 2005, pp. 21 y 24.

Así, podemos señalar, por lo que a nuestro estudio se refiere, que la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en su art. 3.1 reconoce: “Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada. El procedimiento de adjudicación de la concesión, incluida la estimación del valor, no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios”. Para la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés dispone el art. 35: “Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores”; y el art. 38: “1. Los poderes y entidades adjudicadores deberán comprobar las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, sobre la base de las declaraciones de los mismos, la referencia o referencias que se presenten como prueba de conformidad con los requisitos especificados en el anuncio de licitación, que deberán ser no discriminatorias y proporcionales al objeto de la concesión”. Y para los criterios de adjudicación, según el art. 41: “1. La adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios establecidos en el artículo 3 y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora”.

Se trata de normas de derecho necesario que, al regular la preparación y adjudicación de los contratos, aseguran el respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia (salvo excepciones), o bien los de igualdad y no discriminación (Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen 283/2010, de 6 de mayo), suscitando tanto los principios como el procedimiento de adjudicación la libre concurrencia, basada en un presupuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos (STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2015). Además, para lograr salvar el interés general, por una parte, y la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, por otra, la finalidad de la regulación es

que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento (resoluciones 236/2012, de 31 de octubre, y 284/2012, de 14 de diciembre, TACRC).

Para el TJUE (sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74) –aclaró el profesor MORENO MOLINA<sup>5</sup>–, en la medida en que el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que en España, con el régimen que se deriva del TRLCAP, la LRJPAC y la LJCA, la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual esta elige, entre los licitadores, al adjudicatario, no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato. Siendo ilustrativo el profesor al aclarar que los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales (STC de 22 de abril de 1993) y comunitarias (STJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89) de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

### 3

#### El respeto a la libre concurrencia y no discriminación contractual en la jurisprudencia

Reconoce el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que desde el 18 de abril de 2016 deja de estar en vigor que “los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”, y como particularidad reconoce su art. 3 que, “cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el que se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros

5. MORENO MOLINA, J. A., “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 10, 2008, pp. 54 y 56.

en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad”. Resultando determinante el respeto al procedimiento contradictorio, respecto del cual el alto tribunal señala que está destinado “a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas” (sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 57; y SAG ELV Slovensko, apartado 29). En este sentido el derecho comunitario persigue la finalidad de evitar que se puedan rechazar automáticamente las ofertas sin hacer previamente una comprobación de las mismas, a efectos de determinar su posible cumplimiento, evitando sean rechazadas automáticamente las proposiciones, como garantía del principio de libre concurrencia (informes 18/1996, 36/2004 y 34/12, de 14 de diciembre de 2012, JCCA).

El profesor MORENO MOLINA<sup>6</sup> ya remarcó la jurisprudencia comunitaria para reseñar que una de las cuestiones más importantes que se plantean, en relación con los recursos interpuestos por posibles violaciones del derecho comunitario, en el desarrollo de procedimientos de adjudicación de contratos públicos, es la de la justicia cautelar. En muchas ocasiones, la adopción de una medida cautelar por el Tribunal ante el que se interponga el recurso, constituye la única vía para que el posible reconocimiento posterior del derecho del particular no pierda todo su sentido. En el ámbito de los contratos públicos, el TJCE ha declarado que “el incumplimiento de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria”, y que la declaración posterior de un incumplimiento por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 169 del Tratado, con frecuencia después de la ejecución del contrato, “no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente, respetándose el principio de igualdad de trato” (Auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1994, en el asunto Comisión contra Bélgica). Además, recordar –con el profesor FUENTETAJA PASTOR<sup>7</sup>– que el derecho específico de los contratos de la Administración europea debe ser interpretado y aplicado de conformidad con las Directivas de contratación, porque la interpretación del derecho europeo en su conjunto debe ser uniforme, y porque el derecho administrativo alumbrado por la Unión, ya sea aplicable a los Estados, ya a la Administración europea, no puede contradecirse entre sí.

6. MORENO MOLINA, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, p. 333.

7. FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Los Contratos Públicos de la Administración Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED, n.º 19, 2.º semestre 2010, pp. 227.

En su Recomendación 1/2010, de 21 de diciembre, sobre medios de acreditación de la solvencia, la JCCA de Madrid recomendó a los órganos de contratación que establecieran alternativamente otro u otros medios de acreditación de dichas solvencias previstas en la normativa (hoy artículos 74, 76, 77, 78 y 79 TRLCSP), según correspondiera conforme al tipo de contrato, a resultas de lo cual los candidatos o licitadores pudieran acreditar, en su caso, por algún otro medio, la posesión de la suficiente solvencia para optar a la adjudicación del contrato, garantizando así el cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato entre estos candidatos y licitadores. Disponiendo el art. 79 bis TRLCSP: “La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos”. Por eso, señalar la STJUE de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, para reflejar que, una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. Así, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Aclarándose por el profesor MORENO MOLINA<sup>8</sup> que ha sido el Tribunal de Jus-

8. MORENO MOLINA, J. A., “La Administración Pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración*

ticia quien ha formulado los grandes principios administrativos del derecho comunitario. Para basar tal reflexión, acude al célebre caso *Algera*, de 1957, donde el Tribunal de Justicia había expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le planteaban, a “las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros”. Los principios generales que ha formulado, de esta manera, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, son, indudablemente, principios de derecho público; así, el principio del efecto directo (STJUE *Van Gend & Loos*, de 5-2-1963), el de la primacía del derecho comunitario (STJUE *Costa/ENEL*, de 15-7-1964), o el de responsabilidad interna por incumplimiento del derecho comunitario (SSTJUE *Francovich*, de 19-11-1991; *Wagner Miret*, de 16-12-1993; y *Faccini Don*, de 14-7-1994). Pues bien –concluirá el profesor–, entre estos principios generales, reseñar el principio de legalidad de la Administración, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el principio de proporcionalidad, el principio de seguridad jurídica, el principio de protección de la confianza legítima, el principio de audiencia, el derecho de defensa y el principio de publicidad. El derecho comunitario establece cada vez más obligaciones directas y positivas, que condicionan a los Estados miembros a asumir procedimientos administrativos concretos y específicos. Singularmente, así ocurre, entre otras materias, con las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las cuales establecen toda una serie de normas reguladoras de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos. Es más, los legisladores comunitarios no se han detenido en el establecimiento de una completa regulación de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos públicos, sino que han querido asegurar también el cumplimiento y la aplicación efectiva de la citada normativa. Conviene resaltar –con el profesor ARIÑO ORTIZ<sup>9</sup>– el punto de vista del régimen jurídico de toda Administración, sometida, en cuanto tal, al derecho administrativo, aun cuando la actividad a que dicho funcionamiento se encamine sea actividad privada; por ello, en materia contractual, todo el largo procedimiento de integración de la voluntad y habilitación del gasto es siempre derecho administrativo, aun cuando el contrato sea de derecho privado; ello significa, en materia contractual, que el derecho administrativo se aplica, como he dicho, al íntegro proceso de gestación de cualquier contrato del Estado, constituyendo eso que llamamos “zona común” de la contratación.

*Pública*, n.º 148, Madrid, enero-abril 1999, pp. 343-344 y 357.

9. ARIÑO ORTIZ, G., “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172, Madrid, enero-abril 2007, pp. 92 y 93.

Adjudicado el contrato, comienza su ejecución para cumplir lo pactado. Por eso es determinante el supuesto de modificación del contrato para lograr la salvaguarda de la finalidad pública, así como el respeto a los principios intervinientes, entre ellos el de igualdad de trato. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (Informe 3/2009, de 15 de abril) recordó que la normativa española solo permite modificaciones en los contratos cuando existan razones de interés público y se trate de necesidades nuevas imprevistas. Regulación que debe interpretarse en coherencia con la citada Directiva 2004/18 en relación con el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma, tal y como ha interpretado el TJCE en la sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato.

En cuanto a los supuestos en los que estamos en presencia de una nueva adjudicación, debe destacarse la reciente STJCE de 19 de junio de 2008 (*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*). Recordar asimismo la STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Antwerpse Bouwwerken NV*, asunto T-195/08, que remarcó como contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presentara errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respetara el principio de igualdad de trato y no se modificaran los términos de la oferta, a resultas de saberse (Resolución 46/2013, de 29 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las cláusulas y condiciones por las que se rige la contratación, y estas deben aplicarse a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, y de 19 de junio de 2003, *GAT*).

En cuanto a la posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación basados en la valoración de mejoras consistentes en la ejecución de obras accesorias sin coste para el órgano de contratación, se pronunció la JCCA (Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010) para aclarar que todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características

propias de contrato a ejecutar. Y precisamente para que esto sea posible el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades, y los aspectos del contrato sobre los que son admitidas. En consecuencia, no se habrá respetado el requisito si cuando intentamos proceder a seleccionar la mejor oferta económica, y valoramos la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, en los pliegos no se concretan estas variantes o mejoras ni la forma de valoración, ni cuando esas obras adicionales no guarden relación directa con el objeto contractual.

Por su parte 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, reconoce en su art. 18: “Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”. Para prevenir los conflictos de intereses, según el art.24: “Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos”. En el art. 41 se regula la participación previa de candidatos o licitadores, disponiéndose que: “Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia. [...] El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato”. Para los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos, en el art. 76 se reconoce que “los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos” (con sus equivalentes en los arts. 36, 42, 59 y 93 de la Directiva 2014/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE).

Visto este reconocimiento, recordar que según el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Dictamen n.º 59/1997, de 30 de septiembre, en cuanto a proteger el interés público en la licitación mediante el respeto a los principios de igualdad y no discriminación, dicha finalidad no se conseguiría si la empresa que ha redactado el proyecto y conoce por tanto de forma anticipada las especificaciones técnicas del mismo, pudiera participar en la licitación y ser un posible adjudicatario de las obras mediante la unión con otras empresas, pues tiene el carácter de *lex inter partes* el pliego de condiciones técnicas, constituyendo “un auténtico bloque normativo al que quedan sujetos tanto la Administración como los particulares” (STS de 25 de noviembre de 1985), por lo que si una empresa pudiera participar posteriormente en la licitación, bien a título individual o en unión temporal con otras, se encontraría en clara ventaja con respecto a los otros posibles licitadores, lo que en definitiva supondría una trasgresión del principio de igualdad en la contratación pública<sup>10</sup> (en este sentido, véase también sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2002).

Si sabemos –con el profesor MEILÁN GIL<sup>11</sup>– que, desde los postulados de nuestra Constitución, la razón de ser de la Administración Pública es la satisfacción eficaz de los intereses generales, que ha de realizar de acuerdo con las pautas constitucionales de objetividad y sometimiento pleno a la ley y al derecho, debemos añadir que esas pautas no son el objetivo de la Administración, no constituyen el fin que justifica su existencia. Aquel servicio, como actividad de realización, legitima estructural y funcionalmente a la Administración Pública. Es criterio jurisprudencial (SSTS de 10 de marzo de 1999, 10 de marzo de 1982, 18 de abril de 1979, 11 de marzo de 1980, 20 de abril de 1992, 20 de julio de 1988, 6 de febrero de 1988, 18 de noviembre de 1987 y 23 de enero de 1985) señalar como principio básico de la contratación administrativa que los términos de un contrato (entre otros elementos, el precio es requisito esencial del contrato –informes 28/95, de 24 de octubre, 8/97, de 20 de marzo, y 29/98, de 11 de noviembre, JCCA–<sup>12</sup>) no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, y que los pliegos de cláusulas son ley del contrato, teniendo que estarse a él para su cumplimiento. Recuérdese, con la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de

10. AGUILERA RULL, A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, febrero de 2009, p. 18.

11. MEILÁN GIL, J. E., “La Administración Pública a partir de la Constitución Española de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 47, Madrid, mayo-agosto 1996, p. 76.

12. TORRE NIETO, J. L. DE LA, “Los requisitos para ser licitador y los criterios de adjudicación en los contratos de la Administración”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 3, Valencia, enero-junio 2005, p. 55.

2002 (FD 3.º), que esta realidad es la garantía de que la adjudicación se hará respetando aquellas exigencias públicas, y el principio de concurrencia en igualdad de oportunidades de los licitadores. Sobre esta oferta económica<sup>13</sup>, recuérdese la Resolución n.º 394/2015, de 30 de julio de 2015, del Consejo Consultivo de Extremadura (hoy el órgano administrativo en materia de recursos contractuales de Extremadura, competente para conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación, es el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura, según la disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura); la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, y el artículo 69 de 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, que en cumplimiento de la doctrina del TJUE (entre otras, sentencia de 27 de noviembre de 2001, *Impresa Lombardini Spa. v. Impresa Generale di Costruzioni*) considera que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos que pueden ser planteados son: ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgadas sin contravenir las disposiciones comunitarias, a los que se refiere el artículo 152.3 TRLCSP, y que pueden entenderse suficientemente justificadores, o no, de la oferta y de sus condiciones. Recordar que recientemente se pronunció el Tribunal de Cuentas, en su Informe n.º 1142/2016, de 25 de febrero de 2016, de fiscalización de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ejercicio 2013, para, entre otras recomendaciones habituales en relación con la preparación y adjudicación de los contratos, prever en la número 13 el deber de especificarse la forma de determinar y/o de valorar las ofertas según los criterios de adjudicación establecidos y la manera de la asignación de puntos de los correspondientes baremos, así como el de otorgar al criterio del precio en la valoración de las ofertas un valor más determinante de la adjudicación de los contratos.

13. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 10, 2008, pp. 155-184.

También se debe velar por el principio de no discriminación e igualdad de trato (Dictamen n.º 437/2013, de 24 de septiembre de 2013, del Consejo Consultivo de Extremadura), pues, siendo determinante la obligación de los poderes adjudicadores de someterse a los términos del contrato, se exige la igualdad de trato entre los licitadores (para fomentar y favorecer una competencia sana y efectiva entre las empresas que participen en una contratación pública), así como la existencia de igualdad de oportunidades de los licitadores al presentar sus ofertas, ajenas a los favoritismos o arbitrariedades; y por ello en el anuncio público, de manera clara e inequívoca, deben aparecer todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*).

Principio de no discriminación, tratamiento igualitario y proporcionalidad en la actuación pública, al que acudir, junto al contexto del pliego de cláusulas administrativas particulares (JCCA de Madrid, Informe 1/2014, de 11 de abril), también a la hora de determinar el importe de la garantía definitiva en función de su duración, para así lograr hacer realidad el fin que la justifica, siendo menos restrictiva de los derechos de los particulares, y resultando en definitiva equilibrada. Este principio, en su variante de no discriminación por razón de nacionalidad –según el profesor MORENO MOLINA<sup>14</sup>–, implica, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios sean respetados. A los efectos de nuestro estudio, esta obligación de transparencia, que recae sobre dicha autoridad, consiste en garantizar la imparcialidad en el procedimiento de adjudicación (STJUE *Teleaustria y Telefonadress*, antes citada, apartados 61 y 62), extendiéndose su aplicación mediante la intervención de la Comisión Europea, al publicar una Comunicación interpretativa sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (Diario Oficial n.º C 179 de 01/08/2006), en la que concluye sobre la obligación de respetar en todo caso estos principios generales.

Desde el punto de vista finalista, resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, responde a la idea de que, aunque por su naturaleza privada sus efectos y extinción se rigen por el

---

14. MORENO MOLINA, J. A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2008, n.º 45, pp. 50-51.

derecho privado, ello no obsta para que, por el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos, su adjudicación haya de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación; idea que se ve reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en cuyo art. 3.2 se establecía que: “las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios”, y que, como es sabido, obligaba a aplicar sus preceptos, referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados (Informe 67/1996, de 18 de diciembre, JCCA, sobre la posibilidad de utilización del procedimiento negociado para su adjudicación en los contratos privados). En definitiva, no debemos olvidar que el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que, siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos (STS de 17 de octubre de 2000).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid manifestó que la constitución de la Mesa de contratación en los procedimientos negociados, además de en los abiertos y restringidos, ha resultado muy provechosa para los intereses públicos, por asegurar tanto la calificación de la capacidad de las empresas como el análisis de las ofertas, contribuyendo de manera decisiva al cumplimiento de los principios informadores de la contratación administrativa: objetividad, transparencia, igualdad y no discriminación (Recomendación 4/2000, de 14 de marzo); en la Recomendación 5/2000, de 25 de julio, que los órganos de contratación, al elaborar los pliegos de prescripciones técnicas, deberán tener en cuenta que no procede incluir en los mismos aspectos, circunstancias o declaraciones de contenido jurídico, administrativo y económico, que deben reservarse para los pliegos de cláusulas administrativas particulares; y en su acuerdo 2/2000, de 25 de julio, que la aplicación de los criterios de adjudicación a cada proposición u oferta, en función de las circunstancias de esta, debe quedar justificada suficientemente en el informe-propuesta de adjudicación de la Mesa al órgano de contratación.

De ahí que el profesor GIMENO FELIÚ<sup>15</sup> recuerde la jurisprudencia comunitaria, puesto que la publicidad para hacer efectiva la regla de transparencia no es —ni puede serlo— un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen —técnicos y regulatorios—, debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que “los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados”. La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 16 de septiembre de 2013). No quedando vulnerados los principios de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores (Informe 26/2011, de 23 de noviembre, JCCA Aragón) por el sometimiento a una dualidad de regímenes impugnatorios del acto de adjudicación del contrato, con idéntico régimen jurídico y dictado por el mismo órgano, pues, ya se trate de un acto susceptible de recurso de alzada o susceptible de reposición, el recurso que proceda se podría interponer por cualquier licitador en condiciones de igualdad. No obstante, sí resultarían violados los principios citados anteriormente de admitir el derecho de tanteo a favor de la empresa constructora que suscribiera las acciones de la Empresa Municipal de la Vivienda, en los futuros contratos de obras que la misma Empresa Municipal pudiera adjudicar, pues no está permitido discriminar las ofertas por razón de las características que pueda tener cada una de las empresas licitadoras (Informe 57/10, de 15 de diciembre de 2011, JCCA).

Es trascendental que se respete en el proceso de adjudicación contractual el principio de libre concurrencia; como alertara el profesor MORENO MOLINA<sup>16</sup>, “las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favo-

15. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”, en *obcp.es* (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/recategoria.121/remenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f>), y “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA. Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 147, 2010, pp. 517-535.

16. MORENO MOLINA, J. A., “La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública”, en *obcp.es* (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/recategoria.121/remenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).

ritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción ‘más grave del derecho comunitario en materia de contratos públicos’ (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, apartado 37)”.

Saber que no será posible establecer adiciones a los criterios de valoración del pliego, que los alteren o modifiquen, sobre todo si se hace una vez producida la apertura de los sobres. Este criterio, concretado en la STJUE de 24 de noviembre de 2005, significó que el derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación, establecidos con antelación, siempre que tal decisión no modifique los criterios establecidos en el pliego, no contenga criterios que de haber sido conocidos en el momento de preparación de las ofertas habrían podido influir en tal preparación, y no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (STSJ de Castilla y León de 26 de enero de 2012). Además, la STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, FD 44, reconoció que el principio de igualdad de trato hace que los licitadores deban estar en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como en el de la evaluación de estas por la entidad adjudicadora. Ello implica más especialmente que los criterios de adjudicación se han de formular en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación, de manera que permitan a todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes interpretarlos de igual forma; y que en la evaluación de las ofertas esos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (STJUE de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, EU:C:2011:84, apartados 39 y 40, y STJUE de 25 de octubre de 2012, *Astrim y Elyo Italia/Comisión*, T-216/09, EU:T:2012:574, apartados 35 y 36). En definitiva, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (STJUE de 24 de enero de 2008, *Emm. G. Lianakis AE y otros*, asunto C-532/06).

Ahora bien, los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación (Informe 1/2004, de 1 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura, y Recomendación 4/2001, de 22 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía), basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. El Tribunal Constitucional ya había se-

ñalado, en la STC de 22 de abril de 1993, que la normativa básica en materia de contratación administrativa tenía principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguraran a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas, lo que no es sino manifestación general de la función que los principios generales en el derecho administrativo desempeñan, como asegura el profesor BLANQUER CRIADO<sup>17</sup>, destacando el efecto de su respeto, como es, entre otros, el de la seguridad jurídica, al saberse la convicción compartida por la comunidad política de que es valioso establecer una convivencia pacífica, también en un campo de la trascendencia de la contratación pública.

Asimismo, el respeto a estos principios no es incompatible con la discrecionalidad administrativa; razón que fue base de la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resolución 238/2015, de 29 de junio), para quien “[...] si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada”. Así también la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, reconoce que “los criterios de adjudicación no conferirán a la entidad adjudicadora una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación” (art. 82.4). No violándose el principio de igualdad si existe un grado de concreción de los criterios suficiente para que el licitador<sup>18</sup> se oriente a la hora de formular su oferta (Resolución 416/2015, de 8 de mayo, TACRC). Recordar –con el profesor BERNAL BLAY<sup>19</sup>– que la fijación de los criterios de solvencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares permite el control de su objetividad, utilizando el mecanismo del recurso especial en materia de contra-

17. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho Administrativo. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1235-1236.

18. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “La necesaria interpretación subjetivo–funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, pp. 425 a 439; y “La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, *Revista Presupuesto y Gasto Público*, n.º 60, Instituto de Estudios Fiscales, 2010.

19. BERNAL BLAY, M. Á., “El principio de objetividad en la contratación pública”, *DA. Revista Documentación Administrativa*, n.º 289, enero-abril 2011, pp. 138 y 140.

tación pública, al ser el pliego un acto susceptible de impugnación (art. 40.2 TRLCSP), cuando el contrato sea uno de los que admiten la interposición de este recurso especial (art. 40.1 TRLCSP) (Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón); objetividad en el criterio de adjudicación que recuerdan la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*) y la normativa europea y española (considerando n.º 46 y art. 53 de la Directiva 2004/18, y art. 150 TRLCSP), en la necesidad de que los criterios de adjudicación se encuentren vinculados al objeto del contrato (resoluciones del TACRC 227/2012 y 220/2012, y Resolución 41/2015, de 8 de abril de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi)<sup>20</sup>.

Cabría añadir, pues, que el principio de igualdad de trato constituye la base de las Directivas<sup>21</sup> relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, e implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (SSTJUE de 31 de enero de 2013, T-235/11; de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S*, C-275/98, EDJ 1999/30259; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otro*, C-470/99, EDJ 2002/61297; y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09). No discriminación que, entre otros medios, trata de salvarse agilizando la información, mediante mecanismos como el perfil del contratante, regulado en el art. 53.1 TRLCSP (Informe 12/1998, de 24 de julio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia). En este orden de cosas, analizando la Directiva de Servicios, el profesor GIMENO FELLIÚ<sup>22</sup> apuntó que trata de garantizar el derecho de los prestadores de servicios a la agilidad administrativa, así como que la contratación pública electrónica favorecerá la competencia, ya que facilitará el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio; pero aunque en España existe la posibilidad de búsqueda de anuncios de licitación a través de portales web, es tal el número (de varios miles) que se dificulta a los licitadores tener una visión

20. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup>, “La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 186, septiembre-diciembre 2011, p. 81.

21. MORENO MOLINA, J. A., “Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración”, *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona-Madrid, 2012, p. 142. La Comisión de Defensa de la Competencia ha presentado el pasado mes de febrero una “Guía sobre contratación y competencia”, en las *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*, publicadas en diciembre de 2009 por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

22. GIMENO FELLIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “Directiva de Servicios y contratación pública. Hacia la simplificación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º Extra 12, 2010, pp. 435 y 436.

de conjunto, quebrando el principio de transparencia y en consecuencia el de igualdad de trato y no discriminación, dado que esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia (SSTJUE de 6 de abril de 2006, *ANAV*, apartado 21, y de 15 de octubre de 2008, *Acoset SpA*)<sup>23</sup>.

#### 4

### La subsanación de las ofertas y el respeto al principio de libre concurrencia

Al regularse la clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación, dispone el art. 151.2 TRLCSP: “El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”. Pues bien, la improcedencia de conferir plazo de subsanación en el trámite del artículo 151.2 TRLCSP pretende precisamente salvaguardar, como se ha expuesto, la transparencia y la igualdad de trato entre los licitadores (Resolución n.º 28/2016, de 15 de enero, TACRC).

En materia de subsanación de las ofertas, y en relación con el respeto al principio de libre concurrencia y no discriminación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo (Informe 18/10, de

23. BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, 7.ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 55.

24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que “se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia”.

En clave comunitaria, visto el contenido del art. 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (que dispone: “Los Estados miembros velarán para que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación”), FERNÁNDEZ MALLOL<sup>24</sup> apuntará que obliga a los Estados miembros a que adopten medidas para prevenir, detectar y solucionar de inmediato los conflictos

24. FERNÁNDEZ MALLOL, A. L., “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva Época, n.º 2, julio-diciembre 2014, pp. 4 y 5.

de intereses que puedan surgir en todas las fases de los procedimientos de contratación, a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores. En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios, el mismo autor cita la STJUE de 16 de diciembre 2008 en el asunto *Michaniki* (recurso C-213/2007), en que se resuelve que el derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que, en aras de la consecución de los objetivos legítimos de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, establezca una presunción absoluta de incompatibilidad en dos sectores distintos; y la STJUE de 6 de mayo de 2010 en el asunto *Club Hotel Loutraki AE y otros contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y otros* (recurso C-145/08 y C-149/08), en que se analiza el eventual conflicto de interés en una unión temporal de empresas cuando una de ellas decide accionar y no existe voluntad de todas. Sin olvidarse –como recordaba el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>25</sup>– de que, para respetar el principio de no discriminación de los licitadores, la existencia de circunstancias determinantes de la excepción licitadora (recuérdese el procedimiento negociado, por ejemplo, que en cuanto tal hay que interpretar restrictivamente) debe ser justificada caso a caso en el expediente de contratación (Consejo de Estado, dictámenes de 18 de octubre de 1962 o de 21 de diciembre de 1964), so pena de nulidad de la adjudicación (STS de 18 de febrero de 1964).

Por su parte, este Tribunal ha aplicado el criterio de la citada Junta, entre otras muchas, en las Resoluciones 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, 225/2013, de 12 de junio, y 92/2014, de 5 de febrero, donde ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declaró que carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impositivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación

---

25. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, 14.ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 721.

puedan seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.

Subsanabilidad de la documentación aportada por los licitadores en el trámite del plazo de diez días hábiles (art. 151 TRLCSP) para aportar la documentación exigida en el mismo, que no puede ser rebasado, pues caso contrario supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, con la consiguiente vulneración de los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 139 TRLCSP (resoluciones n.º 311/2015, de 10 de abril, n.º 409/2014, o n.º 28/2016, de 15 de enero de 2016, TACRC). Y respecto a la ampliación de estos diez días al amparo de lo dispuesto en el artículo 49 LRJPAC, fue rechazada por la Resolución 422/2015, de 8 de mayo, TACRC, y por el Informe 44/05, de 19 de diciembre de 2005, JCCA, pues se trata de una cuestión sobre la que el TRLCSP (arts. 151.2 y 99) se pronuncia expresamente, y además cuya aplicación supondría una situación de inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, y por ello contraria, entre otros principios, a la libre concurrencia.

También viene admitiendo el TACRC (resoluciones 614/2013, de 13 de diciembre, y 463/2014) la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica; así, “la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, solo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada”. Resoluciones con base en la STJUE de 29 de marzo de 2012, que, entre otras cuestiones, admitía que, “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”. Siguiendo lo declarado en la Resolución 876/2014, de 28 de noviembre, TACRC, cabe recordar que, como regla general, el artículo 81 RGLCAP solo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (Resolución 151/2013, TACRC), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido, y no a una nueva oportunidad para hacerlo (resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Por su parte, se pronunció el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (resoluciones 31/2013, de 25 de marzo, 123/2014, de 20 de mayo, 39/2015, de 10 de febrero, y 420/2015, de 10 de diciembre), en consonancia con la STS de 6 de julio de 2004 y las resoluciones 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, y 61/2013, de 6 de febrero del TACRC, consoli-

dando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos, porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición, lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad (Resolución 94/2013)<sup>26</sup>.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus informes de 18 de diciembre de 1996 y 4/98, de 2 de marzo<sup>27</sup>, ya recordara, analizando la sumisión de los contratos privados de la Administración, en su preparación y adjudicación, a la normativa de contratación pública, que por el dato fundamental de los fondos públicos con que se financian estos contratos privados, su adjudicación debe llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación. Sobre esta situación ya recordó la profesora Silvia DEL SAZ<sup>28</sup> la postura jurisprudencial (SSTS de 9 de mayo de 1996 y de 27 de noviembre de 1997), al afirmarse que no puede por ello admitirse que la diferencia entre los contratos privados y los administrativos sea solo y únicamente la presencia en estos últimos de cláusulas exorbitantes del derecho común, que serían ilícitas en un contrato privado, por ser incompatibles con el artículo 1256 del Código Civil, que impide dejar al arbitrio de una de las partes contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, tanto más cuando la interpretación que viene realizando la jurisprudencia sobre el alcance de la regla antes mencionada, en concreto en cuanto a la resolución unilateral, no es que las partes no puedan pactar la resolución unilateral del contrato, sino

26. ALONSO HIGUERA, C., *Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 1104 y 1175.

27. AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2000, pp. 349 y 353.

28. SAZ CORDERO, Silvia DEL, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, pp. 340-341.

que ninguna de las partes podrá resolverlo unilateralmente si esta posibilidad no está expresamente contemplada en el mismo<sup>29</sup>.

## 5

### Conclusión

Los principios de igualdad de trato y no discriminación presiden la Administración Pública en cuanto organización personificada –apuntó el profesor RIVERO YSERN<sup>30</sup>, y se han ido consolidando –como recuerda GUTIÉRREZ COLOMINA<sup>31</sup> por la jurisprudencia comunitaria. Así, el principio de igualdad de trato, del que derivan el de no discriminación y el de transparencia, comporta que idénticas situaciones no se traten de manera diferente; y otorgar información esencial y exclusiva solo a un licitador, hará que estos principios resulten conculcados (SSTJUE de 19 de octubre de 1977, *Rucdeschel y otros*, y de 13 de diciembre de 1984, *Sermide*). Además, la STJUE de 18 de octubre de 2001, *Siac Construction*, C/19100, resolvió que la igualdad de trato conlleva la transparencia para poder materializarla; esto es, iguales oportunidades para presentar las proposiciones, y sometimiento a iguales condiciones.

Sobre el aspecto de la discrecionalidad administrativa y la igualdad de trato de los licitadores, recordar que toda valoración técnica implica un juicio de valor de carácter subjetivo que está presidido por criterios técnicos concretos previamente definidos. En el análisis de estos criterios la jurisprudencia dice que la Administración puede valorar las ofertas presentadas dentro de un cierto margen de discrecionalidad técnica. Ello no es obstáculo para afirmar que los tribunales pueden valorar si la actuación de la Administración en la valoración ha sido arbitraria, o si entra dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa (SSTS de 18 de julio de 2000 y de 20 de junio de 2002). Así la STS de 19 de julio de 2000, que señalara que la normativa en materia de contratación administrativa atribuye a la Administración, primero, la facultad de precisar en el pliego de cláusulas los criterios básicos

29. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *Manual de Administración Local*, 5.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 415-519.

30. RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 340.

31. GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009, p. 234; y GIMENO FELIÚ, J. M.ª, “Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008, p. 15.

a tener en cuenta para la adjudicación, y luego, tras la apertura por la Mesa de contratación de las proposiciones presentadas por los licitadores y la elevación del acta y las observaciones pertinentes, la de adjudicar a la oferta “más ventajosa” el correspondiente contrato. Y en el caso de uso de marcas comerciales, aclarar que según la Resolución 116/2011, de 27 de abril, TACRC, constituye una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, y esto supondrá la necesidad de su interpretación restrictiva, llevando al órgano de contratación la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (Informe 62/07, de 26 de mayo de 2008, JCCA).

Ya advirtió el profesor BAÑO LEÓN<sup>32</sup> que la irrupción progresiva del derecho de la Unión modifica profundamente la óptica. Como lo que preocupa a la Unión es la apertura real a la libre competencia de los mercados públicos, tradicionalmente proteccionistas, toda medida que coadyuve al mantenimiento del proteccionismo es vista con enorme sospecha. Concurrencia que, al ser promovida, conlleve que se facilite una de las libertades básicas que se encuentran, en palabras del profesor MESTRE DELGADO<sup>33</sup>, empeñadas en esta materia, poniendo como ejemplo la STJUE de 11 de agosto de 1995, *Comisión/República Federal de Alemania*, que identificó la finalidad de la ordenación comunitaria, al respetar este principio en la adjudicación para proteger al licitador contra la arbitrariedad del órgano de contratación. Igualdad de los licitadores como manifestación de lo que el profesor COSCULLUELA MONTANER<sup>34</sup> incluía en la manifestación del Estado de derecho, como es garantizar la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

La promoción de la transparencia y su consecuencia, la libre concurrencia en la contratación pública, suponiendo esto una manifestación de la buena administración, para el profesor PONCE SOLÉ<sup>35</sup> “implica el aumento de las probabilidades de prevenir y rebajar el nivel de corrupción pública en una sociedad”. Por tanto, en palabras gráficas del profesor GIMENO FE-

32. BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Institut de Dret Públic-Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2013, p. 143.

33. MESTRE DELGADO, J. F., “La contratación local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (coord.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 1582.

34. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 45.

35. 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”, en *Anuario del Gobierno Local 2012*, Institut de Dret Públic-Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona-Madrid, 2013, p. 139.

LIÚ<sup>36</sup>, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (*Comisión contra Reino de España*), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública, al resolver que “el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

---

36. GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública”, *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 44, p. 41.

# Els acords polítics dels ens locals i el dret d'expressió

EDUARD PARICIO RALLO

*Magistrat de la Secció Cinquena  
de la Sala Contenciosa Administrativa  
del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*

- 1. Els actes de vocació estrictament política**
  - 1.1. Formulació legal: de la immunitat històrica al control creixent
  - 1.2. Diversitat dels enfocaments jurisdiccionals
    - 1.2.1. Actes sense repercussió jurídica
    - 1.2.2. Pronunciaments que envaeixen competències alienes
    - 1.2.3. Imperatiu d'imparcialitat respecte a les declaracions polítiques
    - 1.2.4. Elements judicialment assequibles
- 2. El dret d'expressió de les entitats locals i el dels regidors**
  - 2.1. La naturalesa política dels ens locals i la llibertat d'expressió
  - 2.2. La llibertat d'expressió dels electes locals
- 3. Els pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre la declaració de sobirania del Parlament de Catalunya**
- 4. Recapitulació**

## Resum

Aquest article aborda el control jurisdiccional dels actes i decisions de les administracions locals que tenen una naturalesa política, des de la inicial exclusió de la jurisdicció contenciosa administrativa, fins a la situació actual de control ple. Hom posa de manifest les diverses doctrines que han anat utilitzant els tribunals per abordar l'enjudiciament d'aquests tipus d'actes, i quins haurien de ser els paràmetres a considerar per a la construcció d'un model teòric més sòlid en aquest camp.

Paraules clau: *actes polítics de les administracions locals.*

*Article rebut el 19/07/2016; acceptat el 12/10/2016.*

## **Political agreements of local entities and freedom of expression**

### **Abstract**

*This article studies the judicial review of actions and decisions of local entities which are political in nature, which has evolved from its initial exclusion from the contentious administrative jurisdiction to the current full review. The article describes the doctrines used by courts in reviewing these kinds of actions and, afterwards, it analyzes the parameters for building a theoretical model in this field.*

*Keywords:* political actions of local entities.

### **1**

#### **Els actes de vocació estrictament política**

En la nostra història democràtica ha estat habitual l'adopció d'acords dels ens locals que es pronuncien sobre aspectes de naturalesa política, actes que no suposen l'exercici d'una potestat sinó la simple manifestació d'una inquietud social a propòsit de successos generals, com ara declaracions de dol, el rebuig d'atemptats, o la presa de posició contra la violència de gènere; també expressions de solidaritat, de reconeixement o reprovació d'iniciatives generals o de persones que destaquen per alguna raó; o manifestacions de caràcter ideològic.

La varietat de pronunciaments que les administracions locals han efectuat en aquest terreny és prou àmplia: des de meres manifestacions, fins a resolucions adoptades amb un format jurídic encara que amb un contingut simbòlic; des de decisions sense gaire versemblança pràctica com ara la declaració de municipi desnuclearitzat, fins a actes que, tot i mantenir un fort contingut polític, inclouen decisions de naturalesa jurídica. Una altra cosa és què cal entendre per naturalesa jurídica.

La qüestió es planteja als efectes de determinar fins a quin punt és possible el control jurisdiccional d'aquestes decisions, o en quina mida les administracions poden manifestar-se lliurement en aquest àmbit.

#### **1.1**

##### **Formulació legal: de la immunitat històrica al control creixent**

La dada de partida que cal considerar és el tractament que els actes de naturalesa política han rebut en les lleis jurisdiccionals.

La primera jurisprudència del règim contemporani es va generar sota la vigència de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de l'any 1956. Una llei que responia en bona mida al context en el que va néixer el dret administratiu d'arrel continental, específicament al dogma de la separació de poders, de manera que si bé ja s'admetia plenament el control dels actes d'autoritat, encara es mantenia l'exclusió dels actes polítics.

L'exposició de motius de la Llei justifica aquesta exclusió en el fet que la jurisdicció s'ha de limitar a l'aplicació del dret administratiu, de manera que només les resolucions sotmeses a aquesta branca del dret són susceptibles de control jurisdiccional. Es concreta en aquest sentit que els actes polítics no són una variant dels actes discrecionals caracteritzada per un grau màxim de discrecionalitat, sinó que es tracta d'actes essencialment diferents, ja que la funció política és diferent de la funció administrativa.

Consegüentment, l'article 2 de la Llei va excloure de la jurisdicció contenciosa administrativa: *“Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

Alhora, l'exposició de motius limita la categoria d'acte polític exclusivament als actes provinents dels òrgans suprems de l'Estat, més concretament del Govern (article 2). Per tant, la Llei no concep la possibilitat d'actes polítics adoptats per les administracions locals.

Aquesta exclusió dels actes polítics va quedar qüestionada a partir de la Constitució com a conseqüència de diversos principis, específicament els següents: la submissió dels poders públics a la Constitució i a l'ordenament; el dret a la tutela judicial efectiva, dret que queda configurat sense excepcions materials; la clàusula d'interdicció de l'arbitrarietat com a mandat que es refereix als poders públics en general; o el principi de legalitat, que és un imperatiu que afecta tota l'actuació de l'Administració sense excepcions.

Consegüentment el nou règim constitucional va suposar l'abandó de la categoria dels actes polítics.

La nova Llei jurisdiccional de l'any 1998 respon a aquest nou plantejament. L'exposició de motius de la Llei argumenta que el principi de submissió de tots els poders públics a l'ordenament jurídic impedeix que s'exclouï del control jurisdiccional una categoria de decisions, tota una esfera de l'actuació del Govern. La Llei reconduïx la qüestió a la lògica dels actes discrecionals, encara que va més enllà ja que el control dels tribunals no queda limitat als elements reglats de la resolució, com succeeix

en la doctrina clàssica dels actes discrecionals, sinó que s'hi afegixen altres aspectes susceptibles de fiscalització com ara la protecció dels drets fonamentals i també la determinació de les indemnitzacions que s'escaiguin.

D'aquesta manera es desborda en certa mida el plantejament general de l'article primer de la Llei, en el sentit que el control jurisdiccional pot anar més enllà de l'actuació de les administracions públiques sotmeses al dret administratiu. En aquest tipus de decisions de base política, l'òrgan jurisdiccional haurà d'abordar les qüestions referides a la protecció dels drets fonamentals o l'establiment d'indemnitzacions, independentment que quedin referides a actuacions situades extramurs del dret administratiu en sentit estricte, com succeeix també amb el control de l'arbitrarietat dels poders públics, control que va més enllà de la infracció de les normes per entrar en el camp de la raonabilitat de la decisió adoptada.

El cas és que l'article 2 refereix aquest plantejament als actes del Govern o dels consells de govern de les comunitats autònomes, independentment de la seva naturalesa.

Així doncs, la Llei de l'any 1998 manté l'exclusió dels actes de les administracions locals. Un plantejament que respon a la idea expressada a la primera jurisprudència constitucional, en el sentit que l'Estat és el titular de la sobirania, mentre que les comunitats autònomes es caracteritzen per la seva autonomia política, i que les administracions locals disposen d'autonomia merament administrativa (STC 32/81).

Hi ha, doncs, una reticència a reconèixer la naturalesa política de les administracions locals, i a la consegüent adopció de decisions o manifestacions de naturalesa essencialment política per part de les mateixes. Un plantejament que, no obstant això, pugna amb la legitimació democràtica directíssima que gaudeixen els ajuntaments, i amb la seva naturalesa com a representants objectius de les respectives col·lectivitats locals. Sembla com si la política s'aturés a les portes dels municipis, com si no tingués a veure amb les qüestions locals.

Certament la funció legislativa queda limitada als àmbits estatal i autonòmic, però la política no només s'expressa a través de lleis formals, també ho fa mitjançant reglaments i ordenances, pressupostos, plans urbanístics o decisions singulars.

El cas és que la història del règim local va plena de decisions de naturalesa essencialment política, i ben segur que continuarà igual, perquè la vitalitat política de l'Administració local és un fenomen indiscutible en la nostra història. Un fenomen que alhora constitueix una font d'oxigenació democràtica del sistema.

Sigui com sigui, la transcendència de la qüestió ha disminuït molt a partir del nou plantejament jurisdiccional. Si el control de les decisions de base essencialment política ha quedat reconduït de fet a la tècnica clàssica del control dels actes discrecionals, estem allà mateix.

És més, potser convindria afegir a l'article 2 de la Llei jurisdiccional les decisions de les administracions locals, ja que, com s'ha dit, aquest precepte amplia l'àmbit del control jurisdiccional més enllà dels elements reglats, si més no té una major precisió.

## 1.2

### Diversitat dels enfocaments jurisdictionals

El cas és que des de sempre els ens locals han efectuat manifestacions o han adoptat decisions de naturalesa essencialment política, decisions amb les que expressen les aspiracions o els sentiments de les col·lectivitats respectives, sovint més enllà de les competències locals en sentit estricte.

La jurisprudència ha abordat aquests pronunciaments amb una notable varietat de plantejaments. Vegem-ne algunes línies jurisprudencials característiques:

#### 1.2.1

##### Actes sense repercussió jurídica

Tot i que hi ha coincidència en què la formulació de l'acte polític de la vella Llei jurisdiccional de l'any 1956 no era compatible amb la Constitució, el cas és que el Tribunal Constitucional va participar inicialment del plantejament de l'exposició de motius d'aquella norma, en el sentit que el control jurisdiccional s'havia de limitar a l'actuació de l'Administració regida pel dret administratiu.

Així, la sentència núm. 45/90 va abordar una reclamació formulada a l'Estat perquè dotés de més mitjans la infraestructura judicial del País Basc, que es trobava per sota de la mitjana estatal. El Tribunal va declarar en aquest sentit el següent:

*[...] no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 CE, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Tit. V CE, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 CE. A este*

*género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes.*

*Por ello, la falta de respuesta a una genérica reclamación o solicitud de “dación de medios materiales y personales a la Administración de Justicia en el País Vasco”, aun entendida como un rechazo implícito de la misma, no puede considerarse como una actuación administrativa presunta, sometida al control judicial. En realidad, tal tipo de solicitud tendría encaje en el ejercicio del derecho de petición.*

Més enllà encara, la sentència núm. 196/90 va declarar que l'afectació de drets fonamentals tampoc no obria l'accés a la jurisdicció contenciosa administrativa, accés que “*requiere como condición inexcusable que la lesión de derechos fundamentales que el actor invoque se haya producido por un acto que ratione materiae pueda ser conocido y enjuiciado por la correspondiente jurisdicción, en este caso por la del orden contencioso-administrativo*”.

Aquest plantejament ha quedat reformulat en la jurisprudència actual, en el sentit que l'exclusió del control jurisdiccional no depèn del fet que l'acte impugnat es regeixi o no pel dret administratiu, sinó de que tingui repercussió pràctica. En aquest sentit, les sentències del Tribunal Suprem de 9 de febrer de 2004 (recurs núm. 6363/2001) i de 7 de febrer de 2007 (recurs núm. 78/2003) inadmeten els recursos interposats, respectivament, contra un dictamen d'un òrgan consultiu autonòmic i contra una instrucció del Consell General del Poder Judicial, en la mesura que no tenen “força vinculant per a tercers” o no comporten “conseqüències jurídiques”.

En una sentència de 23 d'abril de 2008 el Tribunal Suprem analitza un acord municipal d'adhesió a una associació d'electes bascos –*Udalbiltza*– i arriba a la conclusió que l'acord impugnat no és més que una manifestació de voluntat política que escapa al control de legalitat. Qüestió diferent –diu el Tribunal– seria que l'Ajuntament hagués adoptat algun acord que excedís les competències locals, com ara l'aportació de subvencions per a determinades activitats. No és aquest el cas de la resolució impugnada, que qualifica de mera expressió d'una opinió en l'exercici d'un càrrec públic, expressió que no comporta l'exercici de potestats alienes, ni tan sols pròpies. El Tribunal conclou el següent (sentència de 23 d'abril de 2008, recurs núm. 10444/2003):

*[...] la parte dispositiva del acuerdo no es otra cosa que la simple adhesión o incorporación a una entidad asociativa irregular, al no haber cumplido aquella el requisito que para la publicidad de sus actos se exige*

*en la legislación vasca de asociaciones y carente por ello de efectos prácticos, máxime cuando en el acuerdo municipal en cuestión no se contienen declaraciones susceptibles de producirlos en concreto, con el fin último de favorecer las finalidades puramente políticas que persigue el ente asociativo en cuyo favor se realiza la manifestación de adhesión e incorporación.*

Aquesta línia jurisprudencial ha tingut una expressió relativament recent a Catalunya a propòsit dels recursos adreçats per la Delegació del Govern contra els acords municipals referits a la sobirania fiscal, i d'inici dels mecanismes adients per efectuar el pagament de l'IRPF i l'IVA a l'Agència Tributària de Catalunya.

En termes generals els jutjats van inadmetre els corresponents recursos, en considerar que es tractava d'una manifestació de contingut polític sense efectes jurídics. La secció primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va abonar aquesta posició (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a, sentència núm. 569/2014, de 26 de juny, recurs núm. 73/2014; ponent, Emilio Aragonés Beltrán):

*[...] solo cabe residenciar ante los órganos jurisdiccionales aquellos actos que quepa calificar de jurídicos, esto es, declaraciones de voluntad que tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho. Por tanto, tratándose de manifestaciones políticas o declaraciones de intenciones, sin existencia en el mundo del derecho y, en todo caso, sin ninguna concreción ni efecto práctico ni jurídico posible, las pretensiones deducidas han de declararse inadmisibles.*

*Frente a ello, las alegaciones contenidas en el escrito de apelación no pueden, a juicio de la Sala, ser compartidas, pues no estamos ante la invocada doctrina del “acto político”, que presupone un contenido jurídico del acto, dictado en el ejercicio de funciones de dirección política o en el ámbito de las relaciones constitucionales con plenitud de efectos jurídicos, esto es, de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.*

Un altre supòsit en aquest mateix sentit és el dels casos de resolucions municipals referides a la concessió o retirada d'honors i de distincions. El Tribunal Superior de Justícia de Madrid va abordar, l'any 2012, l'acord adoptat per l'Ajuntament de Madrid de retirada de determinats honors i distincions a l'anterior cap d'Estat, Sr. Francisco Franco. El Tribunal va desestimar el recurs, tot raonant el següent (sentència núm. 858/2012, de 31 de maig; recurs núm. 938/2010):

*[...] el acto administrativo es una declaración de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos.*

*La producción de efectos jurídicos le diferencia de la expresión de simples intenciones u opiniones, de carácter meramente político o simila-*

*res, procedentes de cualquier órgano gubernativo o administrativo (por ejemplo, las denominadas “declaraciones institucionales”), ya que tales manifestaciones no tienen de por sí efectos jurídicos.*

*Dicha distinción tiene evidente relevancia jurídica y así, mientras todo acto administrativo es impugnabile ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las referidas declaraciones institucionales no lo son, precisamente, por su no sometimiento al Derecho Administrativo y por su carencia de efectos jurídicos.*

*Por ello, todas aquellas actuaciones constitutivas de una manifestación de voluntad, deseo, intenciones, etc. que no produzcan efectos jurídicos vinculantes, ni para su destinatario ni para terceros, no pueden calificarse como un acto residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

### 1.2.2

#### Pronunciaments que envaeixen competències alienes

En canvi, la jurisprudència ha estat constant en el rebuig de les resolucions municipals que considera que envaeixen competències alienes o que, simplement, excedeixen l'àmbit de les competències locals.

Normalment en aquests casos el Tribunal constata que no es tracta d'una mera manifestació formal o simbòlica, sinó d'una resolució amb efectes materials –amb repercussió jurídica– que, alhora, afecta competències alienes.

Aquest és el cas, per exemple, de la decisió d'un ajuntament basc consistent en una “negativa a col·laborar amb l'exèrcit, no sols amb el reclutament sinó també en general”. En aquest cas, el Tribunal constata que la Llei atribueix a l'Ajuntament la seva condició d'òrgan de reclutament i que l'acord aprovat té un contingut normatiu que envaeix la competència exclusiva estatal (TSJ País Basc, Sala Contenciosa Administrativa, sentència núm. 453/2002, de 17 de juny).

En el cas esmentat abans dels acords relatius a l'associació d'electes Udalbiltza, el Tribunal va abordar també resolucions de l'ens local atorgant subvencions, i va resoldre la qüestió valorant si es tractava de resolucions amb repercussió jurídica i, alhora, si excedien o no les competències de l'entitat local en qüestió. Així, es constata que l'associació no tan sols té finalitats polítiques referides al futur d'Euskal Herria en general, sinó que també persegueix objectius coincidents amb els de la Diputació foral, que va concedir una subvenció a l'associació esmentada, com era la promoció lingüística, cultural o social (Tribunal Suprem, sentència de 25 d'octubre de 2005, recurs núm. 3026/2003):

*Ha de procederse con cautela a la hora de negar la licitud del otorgamiento de una subvención por parte de un ente público para satisfacción de finalidades que entran en el ámbito de su competencia, cuando esa subvención ha sido otorgada a favor de una entidad cuya legal constitución y registro como asociación no aparece controvertido ni ha sido objeto de impugnación, y que se propone actividades de promoción de esas mismas finalidades. Y ello es así aunque pudieran considerarse teológicamente encaminadas a potenciar la existencia y diferenciación de Euskal Herria como nación y su reconocimiento en el ámbito internacional, en tanto no conste que ese reconocimiento pretenda extravasar “el sentido de su propia nacionalidad” que expresamente reconoce el Estatuto de Autonomía; con mayor razón todavía desde el momento en que la destinataria de la subvención ha dejado claramente estipulado su propósito de exclusiva utilización de vías democráticas y legales en la consecución de sus fines.*

En canvi, la solució és diferent si es tracta d'un ajuntament (Tribunal Suprem, sentència de 21 de juny de 2006, recurs núm. 10442/2003):

*[...] no nos encontramos, pese a que el destinatario final de la subvención sea la misma Asociación, en supuestos idénticos.*

*Ciertamente tanto en el caso de autos como en aquellos estamos ante entes locales, si bien allí de ámbito provincial y aquí ante un ente municipal, es decir de ámbito territorial más limitado.*

*Otra diferencia sustancial es que si bien en los precitados supuestos consta acreditada la suscripción de un convenio para la cooperación, desarrollo de la organización y actividades de las entidades locales mediante los mecanismos que permiten un control de su cumplimiento, incluyendo el reintegro de la subvención y rescisión de aquel, tal hecho no queda aquí justificado.*

*En el supuesto a que se contrae la sentencia objeto de recurso de casación exclusivamente figura la asignación de una partida asignada a Udalbiltza en la sesión ordinaria del Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi de 11 de enero de 2001, acto origen de las actuaciones procesales.*

*Sentado lo anterior ninguna duda ofrece que no resulta aplicable la jurisprudencia expresada en las sentencias precitadas.*

*En consonancia con la doctrina anteriormente expuesta no ofrece duda el abanico competencial del art. 25 LBRL, en concreto su apartado 2 m) en el que cabría encuadrar; tal cual aduce aquí el municipio, [...].*

*[...] tanto material como territorialmente no queda justificada en el supuesto de autos que dicha asignación surta efectos en el término muni-*

*cipal, único territorio que, conforme al art. 12 LBRL, ejerce sus competencias el Ayuntamiento. Son los vecinos del municipio no solo los que contribuyen a las cargas municipales sino también los beneficiarios de los servicios públicos municipales que constituyan sus competencias. En tal sentido resulta certera la sentencia de instancia cuando afirma que la autonomía local, constitucional y legalmente consagrada, nunca es expresiva de soberanía y sí alusiva a los poderes limitados que señala la STC 84/1982, de 23 de diciembre, es decir para la gestión de sus respectivos intereses que, como ya hemos declarado, se encuentran constreñidos al respectivo ámbito territorial.*

En el mateix sentit es manifesta la sentència de 26 de setembre de 2006, cassació núm. 1795/2004.

Com s'ha dit, en els casos expressats el Tribunal constata la repercussió material o jurídica de la resolució, per després contrastar-la amb les competències pròpies de l'entitat local. Hi ha altres casos, però, en què la primera constatació sobre la repercussió material queda obviada, o es fa en termes molt hipotètics.

En la sentència de 25 de març de 1998, recurs núm. 3852/1992, el Tribunal Suprem es va referir a un acord que ordenava instal·lar pasquins prohibint el trànsit pel terme municipal de vehicles que transportessin residus tòxics, incloent-hi alhora una declaració de municipi desnuclearitzat. El Tribunal va desqualificar aquest acord, tot declarant el següent:

*[...] por lo que se refiere a las sustancias y materias nucleares y las disposiciones y los actos que se dicten sobre estas materias la competencia corresponde al Estado. De ello se deduce que por dicha razón el acuerdo municipal sobre el que ahora se discute es contrario a Derecho al carecer el Ayuntamiento de competencia en esta materia.*

*Esta declaración de disconformidad con el ordenamiento no debe limitarse a la prohibición de que circulen por el término municipal vehículos transportando residuos tóxicos (cuestión respecto a la que debe confirmarse la Sentencia del Tribunal a quo) sino que ha de extenderse también a la declaración de municipio desnuclearizado. Respecto a dicha declaración la Sala, a la vista del planteamiento del caso de autos, no puede compartir el criterio del Tribunal Superior de Justicia, ya que no se trata en el supuesto enjuiciado de una mera declaración municipal que podría eventualmente haberse publicado en los medios de información sino de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento y que eventualmente podría producir efectos en derecho. En consecuencia no puede considerarse el punto tercero del acuerdo municipal solo como manifestación de la libertad de expresión, debien-*

*do dársele el tratamiento de un acto administrativo cuyo contenido contraviene el ordenamiento jurídico por las mismas razones que expresa la Sentencia apelada al recoger nuestra jurisprudencia.*

En aquest darrer cas, l'acord impugnat inclou una actuació pràctica amb eventuals conseqüències jurídiques, com és la col·locació dels pasquins prohibint la circulació de vehicles amb matèries nuclears, però l'anul·lació s'estén també a la mera declaració de municipi desnuclearitzat, tot considerant que també aquesta declaració podria arribar a tenir efectes materials, encara que no s'hi esmenta quins podrien ser. En aquest punt la sentència entronca amb els pronunciaments inicials sobre aquests tipus d'acords. Així, una sentència del Tribunal Suprem de 3 febrer de 1988 també es va mostrar contrària a una simple declaració del municipi com a “zona no nuclear”, considerant-se en aquest cas que l'Ajuntament havia exercit una potestat que excedia els fins propis, i que no podia immiscir-se en competències estatals ni tampoc condicionar-ne o orientar-ne l'exercici.

### 1.2.3

#### Imperatiu d'imparcialitat respecte a les declaracions polítiques

Els acords de perfil essencialment polític com els que analitzem, han estat abordats en ocasions a partir del principi d'objectivitat inherent a les administracions públiques.

El Tribunal Superior de Justícia del País Basc va abordar, l'any 2014, la impugnació per part de la Delegació del Govern contra la col·locació d'una pancarta al balcó del Palau foral, amb el lema “*Derechos humanos, solución, paz, presos vascos a Euskal Herria*”, concretament es tractava del recurs d'apel·lació contra la sentència del Jutjat que va declarar la nul·litat d'aquesta actuació i va ordenar la retirada del pasquí.

La sentència raona el següent (TSJ del País Basc, sentència núm. 348/2014, de 14 de juliol; recurs núm. 229/2014):

[...] la razón del pronunciamiento de nulidad de la actuación recurrida no es ya la vulneración del derecho a la dignidad de las víctimas del terrorismo, proclamado por el artículo 6.1 de la Ley 4/ 2008 de 19 de junio del Parlamento Vasco, sino la vulneración de los principios de objetividad y de neutralidad política que deben respetar las entidades de régimen local.

[...]

La sentencia recurrida no niega el derecho de los órganos de representación y gobierno de la entidad local o de sus miembros de expresar sus ideas u opiniones o de formular declaraciones de carácter reivindicativo, social o político.

*La actuación recurrida no ha tenido por objeto una manifestación o expresión de esa naturaleza, dentro del respeto a las leyes y al régimen de competencias de la Administración local, mejor dicho, sin injerencia en las competencias de otras Administraciones o poderes públicos.*

*Lo que la sentencia de instancia ha examinado es una actuación material marcada por su parcialidad (uti singuli) y adhesión a una determinada opción ideológico-política, cosa bien distinta de una reivindicación o declaración favorable a la aplicación uti universi de determinadas medidas o beneficios legales.*

Certament el principi d'objectivitat queda establert a l'article 103 de la Constitució com un dels principis essencials de les administracions públiques. Ara bé, no és menys cert que el govern de les administracions en general correspon a una majoria que ha estat elegida d'acord amb un particular programa polític, programa que té el dret a portar a la pràctica amb la protecció que atorga l'article 23 de la Constitució espanyola. D'aquesta manera, les decisions responen a una determinada parcialitat política que és consubstancial al sistema democràtic; això és la parcialitat de la majoria.

És clar que això no pot suposar que es deixi de banda el principi d'imparcialitat de l'Administració, de manera que cal fer un esforç per articular bé l'encaix d'aquest principi amb la parcialitat intrínseca al sistema de representació política.

Doncs bé, novament tornem a la vessant genuïnament política de les administracions locals. La Constitució predica la imparcialitat de l'Administració pública com a gènere: "L'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals [...]", formulació que repeteix l'article 3 de la Llei 30/92. Una objectivitat que queda referida específicament al compliment dels interessos generals. Sucedeeix però que els interessos generals no són fixats per l'Administració sinó pel Govern, i així succeeix en tots els nivells de Govern, també pel que fa a l'àmbit local (article 3.3 de la Llei 30/92):

*Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y de los correspondientes de las entidades que integran la Administración local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.*

El Govern defineix els interessos generals i fixa les prioritats en l'exercici d'una funció intrínsecament política, a partir de concepcions ideològiques i de partit que no són objectives, i a l'Administració pertoca executar objectivament uns i altres. Aquesta és una dicotomia que es reproduïx a l'àmbit local segons que estableix la mateixa Constitució: "La Constitució garanteix l'autonomia

dels municipis, els quals gaudiran de personalitat jurídica plena. El govern i l'administració municipal correspon als respectius ajuntaments" (article 140).

Certament l'article 6 de la Llei de bases del règim local refereix l'imperatiu d'objectivitat a l'ens local en el seu conjunt, no a l'administració de l'ens en particular. Ara bé, cal interpretar aquesta referència en els termes constitucionals esmentats.

En definitiva, és natural que el Govern del municipi determini quins són els interessos generals i quines les prioritats que haurà d'atendre objectivament l'Administració del municipi. Una funció que desplega bé mitjançant instruments normatius o de planificació, bé a partir de resolucions singulars. El límit d'aquesta funció de govern és l'ordenament jurídic; això és, el conjunt de lleis i, eventualment, els principis generals com ara el d'interdicció de l'arbitrarietat, però no el principi d'objectivitat en sentit estricte.

El Tribunal Suprem s'ha pronunciat recentment sobre l'imperatiu d'objectivitat de les administracions locals a propòsit d'un recurs referit a la presència d'una bandera estelada a un local municipal en el moment de les eleccions. El Tribunal invoca en aquest cas el principi d'imparcialitat, amb un caràcter força general (sentència de 28 d'abril de 2016, recurs núm. 827/2015):

*[La colocación de la bandera es] incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de los Poderes Públicos y las Administraciones, en la medida en que estos toman partido por una posición parcial, es decir, no ajustada a ese deber de neutralidad o equidistancia, sino alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto, y hacemos nuestra también la afirmación de que lo relevante no es que la bandera cuestionada pertenezca a un partido, o se identifique con una concreta formación política, sino que no pertenece a –es decir, no se identifica con– la comunidad de ciudadanos que, en su conjunto, y con independencia de mayorías o minorías, constituye jurídicamente el referente territorial de cualquiera de las Administraciones o Poderes Públicos constituidos en el Estado español, en la Comunidad Autónoma de Cataluña o en la provincia de Barcelona, y por tanto su uso por cualquiera de esas Administraciones o Poderes quiebra el referido principio de neutralidad, siendo notorio que la bandera “estelada” constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes.*

El cas és que el Tribunal refereix el deure d'imparcialitat no a l'Administració sinó al Govern del municipi, atès que la col·locació de la bandera obeïa a un acord del ple.

Ara bé, cal considerar que el cas té peculiaritats significatives. En primer lloc, es refereix a la col·locació de la bandera en un recinte que actua com a administració electoral. El mateix Tribunal assenyala la necessitat pe-

remptòria d'extremar l'objectivitat davant l'acte formal de votació per part dels electors, un acte que queda protegit i aïllat del debat polític ordinari.

En segon lloc, la sentència es refereix a la utilització d'uns símbols, com ho són les banderes; això és, a la utilització institucional d'un símbol aliè als símbols objectivats i formalment establerts per la normativa. Un aspecte que certament ha de merèixer un tractament especial.

#### 1.2.4

### Elements judicialment assequibles

Segons que s'ha avançat, l'antiga Llei jurisdiccional establí una condició per permetre el control dels tribunals en el sentit que l'acte impugnat provingués d'una administració pública i es regís pel dret administratiu. Aquesta condició va ser superada pel ple del Tribunal Suprem a partir de tres sentències de 4 d'abril de l'any 1997; per tant, anteriors a la Llei jurisdiccional de l'any 1998.

Aquestes sentències van ser dictades a propòsit de l'oposició, per part del Govern, a desclassificar una documentació demanada per un jutjat d'ins-trucció. Segons la STS de 4 d'abril de 1997, recurs núm. 726/1996:

*Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar; esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24-1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente assequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.*

*Es esta idea de “conceptos judicialmente assequibles”, la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también assequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminen totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que –ponderando los intereses jurídicos en juego– nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación.*

En aquesta sentència el Tribunal no va qüestionar la constitucionalitat de la Llei de secrets oficials que permetia negar la informació demanada pel Jutjat. Al contrari, va entendre que la documentació en qüestió es referia a mides contra l'activitat terrorista i afectava la seguretat i defensa de l'Estat, però va considerar que el Tribunal podia valorar la intensitat relativa d'aquest interès públic enfront del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, per tal d'establir l'eventual prevalença d'aquest dret. Una prevalença que en efecte va establir tot valorant el fet que la instrucció penal es referia a la investigació d'uns atemptats contra la vida de persones.

Com es pot veure, no sols es van obrir nous camps al control jurisdiccional més enllà dels actes regits pel dret administratiu, sinó que l'àmbit de l'arbitri judicial es va ampliar significativament, atès que el Tribunal va entrar a valorar una situació més enllà de la regulació per legislació ordinària, per aplicació directa dels principis constitucionals. Un plantejament que pot portar a una intervenció tendencialment il·limitada dels tribunals, perquè és habitual que les actuacions dels poders públics incideixin en algun dret fonamental, i és ben difícil trobar alguna en la que no jugui el principi d'interdicció de l'arbitrarietat.

De fet, aquestes sentències van comptar amb sis vots particulars, vots que van posar de manifest que la resolució objecte de recurs va ser anul·lada sense indicar els vicis de legalitat de la mateixa, que la desqualificació del criteri del Consell de Ministres no es va efectuar sobre la base d'un control jurídic, i que el Tribunal va entrar a definir què era el que calia entendre en aquest cas com a seguretat de l'Estat, un concepte de naturalesa política i no jurídica.

Aquesta reconducció del control jurisdiccional als conceptes judicialment assequibles és el plantejament actualment vigent en la jurisprudència ordinària. Tanmateix, aquesta idea no es pot considerar pròpiament un avanç si no es defineix amb una certa precisió què és allò assequible als tribunals.

Doncs bé, la jurisprudència més actual ha assimilat la situació a la dels actes discrecionals (Tribunal Suprem, sentència de 20 de novembre de 2013, recurs núm. 13/2013):

*[...] resulta hoy irrelevante la tradicional e histórica construcción de los actos políticos o de dirección política –como mecanismo de exención del control jurisdiccional– pues su control jurisdiccional no ofrece dudas, pero, obvio es, que circunscrito a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante los citados “conceptos judicialmente assequibles”. Por ello, en la práctica, no resulta apreciable –situados en dicho ámbito– ninguna diferencia entre este control jurisdiccional y el que opera respecto de los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados. Dicho de*

*otro modo, este tipo de actos políticos o de dirección política no son en la actualidad sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo –máximo, si se quiere– margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo para apreciar “los que sean de interés público”, pero sin que, en modo alguno, ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional, ni merezcan, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración.*

Ara bé, el control dels actes de govern no es limita als elements reglats. Com s'ha avançat, la vigent Llei jurisdiccional atribueix a la jurisdicció el control dels actes del Govern central i dels governs autonòmics en allò que es refereix a la protecció dels drets fonamentals, la fiscalització dels elements reglats o la determinació d'indemnitzacions, de manera que juntament amb el control dels elements reglats es manté en paral·lel el plantejament de les sentències de l'any 1997 pel que fa a la protecció dels drets fonamentals. Un control que, almenys en aquell cas emblemàtic, es va produir sense peu en la legislació ordinària i sense limitar-lo als elements reglats de la decisió del Consell de Ministres, sinó sobre la base d'una ponderació de valors directament derivats de la Constitució.

Sigui com sigui, en el cas dels ens locals la Llei jurisdiccional no inclou cap previsió específicament referida a les decisions de govern. Cal deduir-ne, doncs, que la Llei jurisdiccional considera que tota l'actuació local es regeix pel dret administratiu i pot ser objecte d'un control ple, també les decisions de govern.

En aquest context, o bé la decisió no pot ser considerada pròpiament com un acte administratiu perquè no té naturalesa jurídica o no desplega conseqüències pràctiques, o bé estem davant un acte discrecional en sentit estricte.

## 2

### El dret d'expressió de les entitats locals i el dels regidors

#### 2.1

#### La naturalesa política dels ens locals i la llibertat d'expressió

Una part significativa dels acords als que ens referim consisteixen en la simple expressió d'una postura enfront de determinats fets, d'un desig, una petició o una declaració d'intencions. En definitiva, l'expressió d'un sentiment o una convicció.

Cal veure en quina mesura aquestes declaracions queden protegides per la llibertat d'expressió.

Doncs bé, inicialment el Tribunal Constitucional va establir que les institucions públiques no gaudien del dret fonamental a la llibertat d'expressió de l'article 20 de la Constitució (STC núm. 254/93), com tampoc no eren titulars de la llibertat d'informació (STC 14/93). Un plantejament que s'ha anat repetint amb posterioritat fins aquest mateix moment (Tribunal Suprem, sentència de 28 d'abril de 2016, recurs núm. 827/2015).

Cal remarcar que el nostre ordenament no limita la funció dels municipis a la gestió de competències concretes, sinó que els reconeix una funcionalitat com a llera de participació dels ciutadans en els assumptes públics i de canalització dels interessos i de les aspiracions de la col·lectivitat local. En aquest sentit es pronuncien l'article 86.1.3 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i l'article 1 de la Llei de bases del règim local. Per la seva banda, l'article 2 d'aquesta darrera Llei disposa que cal reconèixer als municipis, les províncies i les illes el dret a intervenir en els assumptes que afectin directament el cercle dels seus interessos. En aquesta mateixa lògica, la Carta europea de l'autonomia local estableix una clàusula competencial residual a favor de les entitats locals, de manera que els atribueix llibertat plena per exercir la seva iniciativa en qualsevol matèria que no estigui exclosa de la seva competència, o atribuïda a una altra entitat (article 4.2 de la Carta europea de l'autonomia local de 15 d'octubre de 1985, ratificada per l'Estat espanyol mitjançant instrument de 20 de gener de 1988).

D'aquest plantejament es desprèn inicialment una possibilitat relativament àmplia a l'hora d'adoptar iniciatives d'interès per al municipi, o que expressin el sentiment o les inquietuds de la col·lectivitat local que l'entitat representa.

L'ajuntament és quelcom més que un ens gestor de competències. No estem davant una mera agència administrativa, sinó davant una administració territorial. Aquesta dimensió del municipi com a representant d'una col·lectivitat concreta ens torna de nou a la naturalesa intrínsecament política dels ajuntaments. És difícil, en conseqüència, negar als ajuntaments legitimitat per canalitzar una llibertat d'expressió col·lectiva.

En aquest sentit, més enllà del plantejament general sobre la llibertat d'expressió de les institucions públiques, la nostra jurisprudència ha reconegut la necessitat de respectar les iniciatives locals que responguin merament a la llibertat d'expressió. Sobre això, el Tribunal Suprem ha manifestat el següent (sentència de 18 de maig de 1998, recurs núm. 5292/1992):

*El Ayuntamiento, en el acuerdo plenario impugnado, se limita, por una parte, a manifestar, en la fundamentación o antecedente, su rechazo*

*a la revocación efectuada por quien fue gobernador civil de Navarra de un acuerdo anterior de la propia corporación por el que se realizaba un determinado nombramiento de “hijo predilecto” del municipio, y ello en sí mismo considerado, se comparta o no el criterio de los miembros de la corporación, no es sino la expresión de una opinión en el ejercicio de cargo público cuya libertad garantiza la propia Constitución (arts. 20 y 23). Y, por otra, en lo que pudiera entenderse parte dispositiva del acuerdo el Ayuntamiento no ejercita una potestad administrativa que no tenga atribuida, ni tan siquiera trata de ejercitar potestad administrativa alguna, sino que se limita a manifestar un “deseo de justicia”, una petición a la justicia franco-española de esclarecimiento de los hechos que el Ayuntamiento considera delictivos y de castigo de los culpables, así como a dar publicidad a los acuerdos para el conocimiento de los vecinos de Olazti. Posibilidad de solicitud que, desde el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el carácter público de la acción penal (art. 101 LECrim), no puede ser negada y que, incluso, no cabe considerar ajena a la capacidad de los municipios que, conforme a los artículos 2.1 y 25.1 LRBRL, pueden promover toda clase de actividades para la gestión de sus intereses y la satisfacción de aspiraciones de la comunidad vecinal.*

El Tribunal Superior de Justicia del País Basc ha reconegut també aquesta llibertat d'expressió de les entitats locals, encara que vinculant-la amb la llibertat d'expressió dels membres de la corporació (sentència núm. 69/2010, de 8 de febrer; recurs núm. 86/2008):

*La jurisprudencia ha deslindado con notable claridad los supuestos en que el municipio actúa por mero ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de tales corporaciones locales, incluso en asuntos que no son de la competencia estricta de las mismas, pero siempre al margen de la implicación de las potestades locales.*

[...]

*En el supuesto examinado, el segundo punto del acuerdo plenario, único que podría ser cuestionado pues el contenido del primero es un simple y cortés reproche al momento en el que se realiza la comunicación, el Ayuntamiento no prohíbe sino que “se opone” a las prácticas militares, es decir, no desautoriza los ejercicios militares invadiendo competencias que no le corresponden, sino más bien se revela, muestra su parecer disconforme con un hecho que se va a producir en el municipio, y que ya ha sido autorizado por la Administración con facultades para ello.*

*Por lo tanto, ante una mera expresión teórica carente de virtualidad operativa, desaparece el concepto de acto impugnabile e igualmente el de competencia o incompetencia para acordarlo.*

*Procede, en consecuencia, la estimación del presente recurso de apelación, con revocación de la sentencia apelada; y la desestimación del recurso contencioso-administrativo, con confirmación del acuerdo impugnado.*

Aquesta suma de raons referides a la llibertat d'expressió, la manca d'efectes pràctics de la resolució i els drets dels regidors, es repeteix en la sentència del Tribunal Suprem abans esmentada sobre un acord d'adhesió a una associació d'electes municipals (sentència de 23 d'abril de 2008, recurs núm. 10444/2003):

*Nos encontramos, en definitiva ante una manifestación de voluntad política semejante a las que de manera frecuente adoptan los órganos municipales, aun en asuntos de naturaleza extramunicipal*

*[...]*

*En definitiva lo que se impugna es una actividad municipal carente de efectos prácticos directos, que esencialmente se limita a expresar una opinión política como manifestación de la voluntad concorde de los miembros de la corporación, y, por tanto de los vecinos representados, en el ejercicio del derecho de participación y libertad de pensamiento de los arts. 23.1 y 20.1.a) de la Constitución, carente del contenido administrativo mínimo que la haría residenciable ante esta jurisdicción. Todo ello en línea con la jurisprudencia de este Tribunal manifestada en las sentencias de 18 de mayo de 1998 y 24 de marzo de 1999.*

Així doncs, si bé es manté una jurisprudència que nega d'arrel la llibertat d'expressió de les institucions públiques en general i de les administracions locals en particular, també hi ha pronunciaments molt més matisats que admeten un cert marge en aquest sentit.

## 2.2

### La llibertat d'expressió dels electes locals

Com s'ha vist, algunes sentències semblen fer derivar la legitimitat dels acords locals de la llibertat d'expressió no de l'ajuntament com a tal, però sí dels membres de la corporació, en una mena de vessant col·lectiva d'aquest dret.

Convé en conseqüència aprofundir en l'abast d'aquest dret dels regidors.

En primer lloc, la jurisprudència ha remarcat molt la diferència entre la llibertat d'expressió i el dret a la informació, ambdós recollits al mateix article 20 de la Constitució. En el primer cas es protegeix l'expressió d'opinions o idees, mentre que la llibertat d'informació es refereix a la difusió de fets o dades. En el primer cas el límit essencial és el dret a l'honor de la persona afectada, mentre que en el segon cas el límit rau en la veracitat de la informació divulgada o, més exactament, en el deure de contrastar-la raonablement (STC núm. 216/2013):

*[...] hemos insistido en numerosas ocasiones en la necesidad de distinguir entre “los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables” [...]. La distinción no es baladí pues la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos [...]. Todo ello sin perjuicio de que, en muchos casos, no sea fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos.*

L'aspecte més present a la jurisprudència ha estat precisament la tensió entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor. Una jurisprudència que el Tribunal Constitucional ha desenvolupat a partir dels molts recursos d'empara interposats contra sentències penals de condemna per manifestacions injurioses contra càrrecs públics. Aquesta jurisprudència ha prioritzat notablement la llibertat d'expressió, en la mesura que constitueix un pressupòsit bàsic per a l'existència d'una opinió pública lliure, alhora essencial per al sistema democràtic.

La jurisprudència ha establert la frontera entre un dret i l'altre, d'acord amb determinats criteris que són els següents (Tribunal Constitucional, sentència núm. 216/2013):

*[...] la protección del art. 18.1 CE solo alcanza “a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo,*

*cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido” [...].*

*También es doctrina constitucional reiterada que la ponderación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho al honor y la determinación de sus límites requiere tener en cuenta diversas circunstancias como –el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y, por encima de todo, el dato de si, en efecto, contribuyen o no a la formación de la opinión pública, incidiéndose en que este límite se debilita o pierde peso en la ponderación a efectuar cuando los titulares del honor ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, siendo en estos casos más amplios los límites de la crítica permisible, pues estas personas están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna [...] [T]ambién se ha puesto de manifiesto que, incluso en el ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate.*

La protecció de la llibertat d'expressió enfront del dret a l'honor ha estat especialment intensa quan les crítiques s'adrecen a un personatge públic, específicament als càrrecs públics. En aquests casos el Tribunal ha remarcat la necessitat d'una “*mayor tolerabilidad, o deber de resistencia a la crítica, exigible a los personajes públicos*” (STC 89/10). Segons la STC 216/06:

*[...] los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político”, a diferencia de un simple particular, puesto que “se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por la totalidad de los ciudadanos; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia”. [...] ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, estos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “duelan, choquen o inquieten” (STC 76/1995, de 22 de mayo) o sean “especialmente molestas o hirientes” (STC 192/1999, de 25 de octubre), o en definitiva, puedan resultar inoportunas o desmesuradas cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado en este recurso, ninguna de dichas críticas o revelaciones se fundan o dan a conocer datos ob-*

*jetivos que racionalmente puedan afectar a la dignidad y a la opinión pública sobre la honradez del recurrente.*

A partir d'aquest plantejament, s'ha anat produint una jurisprudència casuística que ha col·locat els càrrecs públics en la posició d'haver de suportar un notable marge de crítica i desqualificació.

En aquest sentit, el Tribunal constitucional ha anat admetent crítiques certament punyents, com ara les següents:

- L'acusació de corrupció o el suggeriment que el càrrec públic en qüestió *“pudiera tener algún tipo de relación con actividades de ese carácter”*. El Tribunal considera que, en el context en el que es va expressar aquesta opinió, la mateixa *“no tenía como finalidad el puro insulto o la humillación, sino que lo que se pretendía era denunciar la dificultad de compatibilizar los intereses públicos y privados en el ámbito urbanístico”* (STC 216/2013).
- L'apel·latiu xenòfob, que es considera que no pot ser considerat insultant o humiliant en la mesura que es basa en un fet verídic com ara una denúncia a la Policia per aquest motiu, i no es tractava d'una expressió formalment vexatòria, en tant que gratuïta o innecessària, per a la informació que es pretenia transmetre en aquell cas (STC 29/2009).
- La imputació a un regidor de concedir llicències urbanístiques irregulars, l'adjudicació d'un lloc de treball de recaptador municipal a un amic personal o l'obstrucció a la justícia en la persecució de les infraccions esmentades (STC 89/2010).
- La informació publicada en un diari *“en la que se afirma o insinúa, con base en datos ilícitamente obtenidos, y además faltando a la verdad, que [el cargo público] es propietario de un lujoso chalet, cuya verdadera titularidad se oculta mediante testaferros, que desde un cargo público se ha favorecido a determinados amigos, que no se ha pagado el principal de un crédito ni sus gastos e intereses, todo ello (siempre en opinión del recurrente) en el contexto explícito del proceso sobre los ‘fondos reservados’ y del conocido escándalo protagonizado por sobresueldos y comisiones de determinadas personas con responsabilidades políticas en el Ministerio del Interior”* (STC 216/06).

Però el que aquí interessa no és pròpiament la posició dels electes locals com a subjectes passius de la llibertat d'expressió, sinó la seva condició com a titulars d'aquest dret, i el cas és que la jurisprudència constitucional ha remarcat que la llibertat d'expressió dels càrrecs públics té una intensitat especial, atès que en aquest cas conflueixen la llibertat d'expressió de

l'article 20 CE i el dret d'accés als càrrecs públics de l'article 23 CE (STC 136/99):

*[Sobre las libertades de expresión y de comunicación] [n]o cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles “especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar” (STC 157/1996, fundamento jurídico 5.º aunque se refiere a un ámbito distinto del electoral).*

*[...]*

*En suma, cabe concluir que, cuando esas libertades aparecen “conectadas a los procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE)”, deberá garantizarse la máxima libertad –y los mayores medios– para que los individuos y los grupos hagan llegar a los electores cualquier tipo de opiniones o informaciones “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos”.*

En el mateix sentit s'ha expressat el Tribunal Europeu de Drets Humans. Segons la sentència de 30 de gener de 1998:

*[...] la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos.*

D'altra banda, en la sentència de 23 d'abril de 1992, assumpte Castells contra Espanya, el TEDH va dir:

*42. El Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, esta libertad es aplicable no solamente a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática” (véase, entre otras, la sentencia “Handsyde vs. Reino Unido”, de 7 de diciembre de 1976; serie A, núm. 24, p.23, § 49, y “Observer y Guardian” antes citada, Serie A, núm. 216, p. 30, § 59, a).*

*La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores.*

*expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto.*

En definitiva, la llibertat d'expressió dels regidors és un element a tenir en compte. Després de tot, el que hi ha darrera d'un acord municipal és la voluntat dels regidors que l'han votat; o, dit d'una altra manera, els càrrecs electes s'expressen també col·lectivament en els debats i les resolucions que adopten.

### 3

#### **Els pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre la declaració de sobirania del Parlament de Catalunya**

Cal considerar finalment els pronunciaments recents del Tribunal Constitucional a propòsit de la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, aprovada pel Parlament de Catalunya en data 23 de gener de 2013, i també de la posterior Declaració de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015.

Certament, es tracta de declaracions que provenen d'un Parlament, circumstància que les diferencia significativament de les declaracions locals que aquí tractem. Ara bé, no és menys cert que la doctrina que maneja el Tribunal Constitucional és susceptible d'extrapolació a l'àmbit local, i així s'ha fet en el cas de declaracions municipals de contingut similar.

En la primera de les declaracions esmentades el Parlament acorda iniciar el procés per fer efectiu el dret a decidir, en tant que subjecte polític i jurídic sobirà. El Tribunal Constitucional aborda la qüestió d'acord amb els següents paràmetres:

- La Declaració constitueix un acte acabat i definitiu, no un mer acte de tràmit.
- Es tracta d'un acte polític adoptat per un poder públic, encara que també té naturalesa jurídica.
- Tot i així la impugnació només serà viable si, a més, la Declaració té la capacitat de produir efectes jurídics, encara que sigui de manera indiciària. El Tribunal remarca en aquest sentit que “[e]l simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución, en efecto, no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”.

- No es pot considerar que es produeixen aquests efectes jurídics respecte als ciutadans en general, perquè la Declaració és en aquest sentit una mera exhortació als mateixos.
- La Declaració tampoc no té eficàcia com a acte d'impuls de l'acció del Govern.
- Ara bé, el Tribunal considera que la Declaració del poble de Catalunya com a subjecte polític i jurídic sobirà, es podria entendre com un reconeixement d'unes atribucions inherents a la sobirania pels qui hagin de materialitzar el procés. Unes atribucions superiors a les pròpies d'una comunitat autònoma.
- En segon lloc, es constata que la resolució inclou una declaració de naturalesa assertiva com ara l'acord d'endegar el procés per fer efectiu l'exercici del dret a decidir, declaració que no té únicament naturalesa política perquè es tradueix en accions concretes.
- *En aquest context, hom declara inconstitucional el fet que la Declaració identifiqui un subjecte sobirà diferent del poble espanyol en el seu conjunt. Aquesta declaració no és susceptible d'interpretació conforme.*
- *Pel que fa al dret a decidir, es considera que la Declaració no exclou necessàriament la canalització d'aquest dret per vies constitucionals.*
- Finalment, el Tribunal recorda que són legítimes les concepcions que tinguin per objecte la modificació de l'ordre constitucional, però cal que es canalitzin per sistemes que no vulnerin els principis democràtics ni la Constitució en el seu conjunt; això és, cal que es canalitzin dins les vies de reforma que preveu la mateixa Constitució.

Així, segons la STC núm. 42/2014:

*En este caso el Tribunal aprecia que, en principio, respecto de los ciudadanos de Cataluña, la Resolución contrae sus efectos a exhortarlos en su acción política, sin efecto vinculante de naturaleza alguna, pues quienes así son animados gozan ya, al amparo de la Constitución y sin necesidad de llamamiento parlamentario alguno, de la más amplia libertad política (STC 31/2010, FJ 12).*

*Como acto de impulso de la acción del Gobierno, la Resolución carece igualmente de eficacia vinculante, como tiene declarado este Tribunal respecto de actos parlamentarios de este género (SSTC 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 2; 40/2003, de 27 de febrero, FJ 3 y 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3).*

*Sin embargo, lo jurídico no se agota en lo vinculante. Pudiera sostenerse que la Resolución impugnada no tiene sobre la ciudadanía, el Gobierno de la Generalitat o el resto de las instituciones catalanas efectos jurídicos de otro tipo, como pudieran ser los de autorización o habilitación para actuar en determinado sentido, visto que ninguna norma del ordenamiento autonómico condiciona a la adopción por el Parlamento de un acto como el impugnado la validez de la acción del Gobierno o la actuación de la ciudadanía o de las instituciones. Pero el Tribunal, en primer lugar, entiende que el punto primero de la Resolución impugnada, en cuanto declara la soberanía del pueblo de Cataluña (“Soberanía. El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”) es susceptible de producir efectos jurídicos, puesto que, insertado en el llamamiento a un proceso de diálogo y negociación con los poderes públicos (principio cuarto) encaminado a “hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo” (parte inicial de la Declaración), puede entenderse como el reconocimiento en favor de aquellos a quienes se llama a llevar a cabo el proceso en relación con el pueblo de Cataluña (especialmente el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat), de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española. En segundo lugar, el carácter asertivo de la Resolución impugnada, que “acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir”, no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento (art. 146.4 RPC). [...] la identificación de un sujeto dotado de la condición de sujeto soberano resultaría contraria a las previsiones de los arts. 1.2 y 2 CE.*

[...]

*b) Respecto a las referencias al “derecho a decidir” cabe una interpretación constitucional, puesto que no se proclaman con carácter independiente, o directamente vinculadas al principio primero sobre la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, sino que se incluyen en la parte inicial de la Declaración (en directa relación con la iniciación de un “proceso”) y en distintos principios de la Declaración (segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo). Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución [...].*

*El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable.*

La segona sentència es refereix a la Declaració del mateix Parlament de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015.

El Tribunal repeteix el plantejament anterior, per arribar a la conclusió que la Resolució té un caràcter asseveratiu en allò que es refereix a la proclamació de l'obertura d'un procés constituent adreçat a la creació d'un estat català independent (STC núm. 259/15):

*En segundo lugar, el carácter aseverativo de la Resolución, al proclamar de presente la apertura de un proceso constituyente dirigido a la creación de un estado catalán independiente en forma de república, “no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y ese cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento” (art. 165 RPC) [...].*

*[...] las “medidas” encomendadas al “futuro gobierno” lo son desde una resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional y a la espera de un comportamiento consecuente por parte del Gobierno de la Generalitat.*

*[...]*

*El sometimiento de todos a la Constitución es “otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente” [SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6.b)]. En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 C), “requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella”.*

El plantejament que el Tribunal Constitucional ha seguit en aquestes dues sentències constitueix ara per ara el cànon jurisprudencial vigent.

En efecte, paral·lelament a les declaracions del Parlament es van aprovar un notable nombre de declaracions municipals en les que es declarava el

municipi respecteiu com a territori català lliure i sobirà, afegint-hi, alhora, diversos acords mitjançant els quals s'instava el Parlament, el Govern i altres institucions a endegar el procés d'independència.

Prèviament alguns ens locals havien ja adoptat una primera generació d'acords de naturalesa semblant, en aquest cas referits a la sobirania fiscal. Ja s'ha esmentat que el Tribunal Superior de Justícia va considerar que aquests acords no desplegaven efectes jurídics, de manera que va declinar-ne el control jurisdiccional.

La primera reacció dels jutjats davant aquesta segona generació d'acords municipals va ser la mateixa, de manera que es van inadmetre els recursos formulats per la Delegació del Govern. Tanmateix, en el moment de resoldre les apel·lacions corresponents, el Tribunal Constitucional ja havia dictat les sentències esmentades en aquest apartat, de manera que la situació va canviar, atès que el perfil de les declaracions municipals era substancialment igual al de les declaracions del Parlament. Així doncs, s'han dictat un seguit de sentències disposant que, si més no, els recursos havien de ser admesos i tramitats pels jutjats (Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, secció 5a, sentència de 4 de juny de 2015, apel·lació núm. 63/14).

El cas és que el Tribunal Constitucional recolza la seva posició en tres aspectes que considera determinants: que els acords tenen una naturalesa jurídica independentment de la seva naturalesa política; que alguns aspectes de la decisió tenen alhora una naturalesa assertiva o asseverativa; i, finalment, que la declaració pot tenir efectes pràctics, específicament el reconeixement d'unes atribucions inherents a la sobirania en favor de qui hagi de materialitzar el procés.

El plantejament no és gaire clar perquè el Tribunal no explica on estaria pròpiament o en què consistiria la naturalesa jurídica de les declaracions, o com s'arriba a aquesta conclusió. Tampoc no es pot deduir per què el caràcter assertiu hagi de ser quelcom necessàriament indicatiu de la naturalesa jurídica d'una proposició, almenys si estem al significat de la paraula “*aserto*” al diccionari, això és, l'afirmació de la certesa d'alguna cosa o, en termes científics, una afirmació susceptible de crítica. Fins i tot considerant que el Tribunal s'hagués volgut referir a la naturalesa resolutiva de la proposició –si aquest fos el sentit que volia donar a la referència de la “naturalesa assertiva” de la declaració–, tampoc no tindria gaire sentit. Per exemple, la condemna d'un acte de violència de gènere succeït a la població té un caràcter resolutiu sense que això afecti la seva naturalesa estrictament política.

Pel que fa a la naturalesa jurídica, d'acord amb el plantejament de Kelsen, cal entendre com a tal la qualitat que tenen determinats actes o manifestacions als que l'ordenament atribueix efectes jurídics, entenent com a tals l'afectació de drets, deures o conseqüències que en tot cas són obligats

pel seu destinatari i exigibles pels seus beneficiaris o afectats. La coactivitat o l'exigibilitat és la característica essencial de la naturalesa jurídica. Més enllà, els actes sense aquesta nota es mouen en el terreny de la mera manifestació, terreny en general indiferent al dret i a la jurisdicció.

Així doncs, cal estar finalment a la idea que allò rellevant és si l'acte impugnat desplega efectes jurídics, és a dir, uns efectes susceptibles d'exigibilitat jurídica.

## 4

### Recapitulació

Fins aquí hem vist les respostes que la jurisdicció ha donat als pronunciaments municipals de perfil polític. Respostes prou diverses, sovint no gaire precises i, de vegades, no exemptes de contradiccions. Estem davant una matèria que encara no ha trobat un tractament jurídic prou sòlid.

Certament no es pot atribuir a la jurisprudència la càrrega d'elaborar les respostes doctrinals als problemes que quotidianament van apareixent de bell nou. No és a la jurisdicció a qui pertoca la funció de definir els models teòrics de resposta a les necessitats que la progressió social i jurídica va demanant; tampoc al Tribunal Constitucional.

No hi ha dubte que els tribunals han aportat històricament construccions doctrinals molt brillants. Però succeeix que la reflexió judicial es genera al voltant del cas concret, mentre que una doctrina ben assentada s'ha de construir en un marc de generalitat i d'abstracció que desborda la resposta jurisdiccional. Aquesta és una funció que pertoca genuïnament a l'àmbit universitari.

No és menys cert que la societat progressa dia a dia i planteja constantment nous problemes. La resposta legal és lenta i ordinàriament també la doctrinal, de manera que els tribunals han d'assumir la responsabilitat d'oferir solucions amb els materials disponibles. Unes solucions que han de ser provisionals i sotmeses a una crítica que és imprescindible per contrastar i calibrar adequadament les doctrines apuntades en l'àmbit jurisdiccional.

Doncs bé, amb l'anterior intenció cal destacar algunes qüestions que susciten els diversos plantejaments jurisdiccional segons allò que s'ha anat exposant als apartats anteriors.

Cal remarcar que el que aquí importa no és la solució final que es pugui donar a l'admissibilitat o l'abast dels pronunciaments polítics de les administracions locals, problema la solució del qual constitueix alhora una decisió política. El que aquí importa és la qualitat jurídica amb la que s'articula la resposta, i que aquesta consideri tots els valors en joc.

Doncs bé, l'evolució seguida fins ara posa en relleu la necessitat de considerar algunes qüestions, com ara els següents:

- Els ajuntaments apleguen una doble funció de govern i d'administració del municipi; funcions que no han de ser confoses, essent la primera de naturalesa genuïnament política. Una naturalesa política que és congruent amb la legitimació democràtica directa que els ajuntaments reben dels ciutadans.
- El control jurisdiccional no es pot limitar a contrastar l'acte impugnat amb les competències locals en sentit estricte. Cal considerar també la competència residual que reconeix la Carta europea de l'autonomia local. Així mateix cal tenir en compte la funció dels municipis com a representants objectius de la col·lectivitat local i dels seus interessos.
- Cal considerar així mateix la llibertat d'expressió dels membres de la corporació, expressada individualment o col·lectivament. Un dret al que la jurisprudència ha reconegut no sols l'expansivitat inherent als drets fonamentals en general, sinó també la protecció especial que mereix la seva vinculació amb la formació de l'opinió pública i, en definitiva, amb les bases democràtiques del sistema.
- Un dels requeriments per fer possible el control és la constatació que l'acord tingui posteriors repercussions materials; això és, que no s'esgota en si mateix. Cal considerar, tanmateix, en quina mida és necessari que aquestes conseqüències siguin certes, concretes i versemblants, i no meres hipòtesis. També cal considerar fins a quin punt és possible posposar el control al moment en què es materialitzin els efectes, si aquests no són obvis ja d'entrada. En aquest sentit, hi ha jurisprudència que considera suficients unes conseqüències hipotètiques o no gaire concretades (STS de 25 de març de 1998 sobre la declaració de municipi desnuclearitzat), i també n'hi ha que es limita a constatar que l'acord impugnat no preveu conseqüències concretes (STS de 23 d'abril de 2004 sobre l'adhesió a l'associació d'electes “Udalbilitza”).
- També cal reflexionar sobre el tractament que es dona als actes de perfil merament simbòlic; això és, els que, tot i la seva forma jurisdicoadministrativa, evidencien la seva única funció d'expressar un posicionament.
- La doctrina actualment vigent dels “valors judicialment assequibles” i l'assimilació del control de l'acte polític al de l'acte discrecional ha de ser precisada per tal de no obrir un camp tendencialment il·limitat de fiscalització d'actuacions de naturalesa intrínsecament política, per aplicació directa de valors constitucionals genèrics, o mitjançant un control de raonabilitat dut a terme al fil del control de l'arbitrarietat.

# Las competencias de las diputaciones provinciales

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad de A Coruña*

1. Introducción
2. El nuevo modelo competencial de la Ley 27/2013
3. Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013

## Resumen

El nuevo régimen de las competencias en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local de 2013 subraya el protagonismo de las diputaciones provinciales en relación con los cometidos de los pequeños ayuntamientos.

Palabras clave: *Administración local; competencias públicas; diputaciones provinciales; ayuntamientos.*

## ***The competences of intermediate local governments***

### **Abstract**

*The new distribution of competences framework designed by Law 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of local administrations, reinforces the competences of intermediate local governments related to the assistance of small municipalities.*

**Keywords:** local administration; competences; intermediate local governments; municipalities.

---

*Artículo recibido el 24/05/2016; aceptado el 12/10/2016.*

# 1

## Introducción

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, como es sabido, afecta, entre otras cuestiones, al diseño competencial de la Administración local realizado por mor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

En efecto, la Ley 7/1985, de 2 de abril, estableció un régimen competencial abierto que reconoció el derecho de los municipios, las provincias y las islas a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses. A partir de la autonomía local, reconocida y garantizada constitucionalmente, se encomienda al legislador estatal y autonómico la atribución de las competencias que procedan, en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local<sup>1</sup>. Este amplio criterio está en línea con el artículo 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL), en el que se reconoce el principio de subsidiariedad como principio rector de la asignación de responsabilidades entre los diferentes niveles de la Administración<sup>2</sup>.

Sin embargo, la proyección de este capital principio jurídico y político en la legislación española está, a pesar del tiempo transcurrido, pendiente. Tal hecho se debe a que la realización del principio de subsidiariedad, como criterio de asignación de responsabilidades entre las diferentes Administraciones, implica la articulación de mecanismos de evaluación de la capacidad de gestión y administración de cada entidad política. Sin el conocimiento de la realidad, de las concretas posibilidades de gestión y de administración de cada uno de los entes públicos, es imposible asignar racional y eficazmente competencias, por lo que a efectos prácticos el principio de subsidiariedad es nominal entre nosotros. Ahora, sin embargo, aunque no se cita expresamente, la Ley de 2013 intenta asignar competencias a los entes locales a partir precisamente de la capacidad de gestión de acuerdo con el coste efectivo de los servicios.

---

1. Artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, hoy modificado, como veremos más adelante, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

2. El artículo 4.3 del Instrumento de Ratificación, de 20 de enero de 1988, de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo, dispone lo siguiente: “El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

El legislador, en realidad, a pesar de sus declaraciones generales, nunca llegó a articular, hasta el momento, técnica alguna que garantizase la correlación entre capacidad de gestión y ejercicio de competencias. Más bien encargó tal responsabilidad al legislador sectorial, de forma y manera que el modelo de determinación competencial, expansivo en su definición, se articuló a partir de tres elementos. Veamos.

En primer lugar, se estableció una cláusula general de habilitación para la prestación de cuantos servicios y actividades contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (art. 25.1 Ley 7/1985, de 2 de abril). Respecto de las diputaciones, tal cláusula se contiene en el artículo 36.1.e), tomando como referencia los intereses peculiares de la provincia<sup>3</sup>. Para resolverlos conflictos normativos que provocaba tan amplia habilitación, el artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, fomentó la expansión de la actividad municipal a aquellos espacios en los que, en principio, no se prevé su intervención, recogiendo expresamente la posibilidad de que los municipios –al margen de toda previsión en la legislación sectorial correspondiente<sup>4</sup>– realicen actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las atinentes a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad, y la protección del medio ambiente<sup>5</sup>.

En segundo lugar, se diseñó un sistema de doble lista por materias y por servicios, buscando modular las fuerzas centrífugas del carácter bifronte del régimen local mediante la fijación de unos servicios mínimos a prestar por los ayuntamientos en función de la población<sup>6</sup>, así como un listado de materias en las que, en todo caso, los legisladores estatal y autonómicos deberán atribuir competencias concretas a los municipios<sup>7</sup>.

Finalmente, con fundamento en el artículo 128.2 constitucional, se reconoció la iniciativa pública de las entidades locales en la actividad económica siempre que la actividad desarrollada fuera de utilidad pública, adecuada, pues, al interés general, y que se prestara dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.

3. Vid. J. M. VÁZQUEZ PITA, “Las competencias de los municipios y de las diputaciones provinciales”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA y M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, Comares, Granada, pp. 30-31.

4. Cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ, “Las competencias propias de las corporaciones locales”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo I*, Iustel, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 491-482, 430.

5. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 30.

6. Art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

7. Art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

El modelo expuesto, como señala VÁZQUEZ PITA, se cierra con un listado de potestades que corresponderán a los municipios, provincias e islas dentro de la esfera de sus competencias, y cuya desconexión con las competencias complementarias y con los servicios y actividades desarrollados en el ejercicio de la iniciativa pública para la actividad económica, relegó en la práctica la actividad competencial a mera actividad prestacional<sup>8</sup>.

Como era de esperar, la indefinición propia de un esquema fundado en conceptos jurídicos indeterminados como capacidad de gestión, círculo de intereses o necesidades o aspiraciones de la comunidad vecinal, condujo a un crecimiento exponencial de la actividad prestacional que terminó, a partir del recurso permanente a la deuda, por desequilibrar las Haciendas locales. Sobre todo si tenemos en cuenta que tal proceso, en muchas ocasiones, se desarrolló sin una clara vinculación de tales servicios con el interés general local a través de medidas y decisiones suficientemente motivadas.

Pues bien, para atender a la gestión de estas nuevas actividades y servicios, los entes locales se lanzaron a una frenética búsqueda de fuentes de financiación alternativas —como las provenientes del urbanismo—, apelando también al crédito privado o a la financiación afectada proveniente de las comunidades autónomas. La situación, en un contexto de crisis económica y financiera, se hizo a todas luces insostenible, reclamándose reformas normativas de calado que resolvieran esta espinosa y delicada cuestión. En este contexto, el recurso a la deuda también se convirtió en el mundo local en una forma ordinaria de financiación de los servicios, incluso de la actividad prestacional ordinaria, incrementándose exponencialmente la deuda.

En este marco, la pertinencia de garantizar la consolidación fiscal del Estado animó a los principales partidos con representación parlamentaria a aprobar, el día 27 de septiembre de 2011, una innecesaria reforma singular de la Constitución Española, elevándose nada menos que a rango constitucional los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>9</sup>.

En efecto, la reforma del artículo 135 de la Constitución Española, polémica donde las haya, incide radicalmente en el ámbito local, pues vincula

8. Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España, p. 51.

9. El Consejo de Estado, en el Dictamen 164/2012, relativo al Anteproyecto de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, afirmó que “la estabilidad presupuestaria se configura como un límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad, y también como una orientación constitucionalmente vinculante, que prescribe un programa constitucional obligatorio [...]”. En la misma línea se pronuncia el Dictamen 567/2013, relativo al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que constituye un razonable y sabio ejercicio de equilibrio y moderación jurídica.

constitucionalmente los ingresos y los gastos de los entes públicos, de todos los entes públicos, de forma y manera que el principio de estabilidad presupuestaria se refuerza como límite constitucional de la autonomía local. Tal modificación constitucional, de haberse entendido en sus justos términos el artículo 31.2 de nuestra Carta Magna, no hubiera sido necesaria, pues en este precepto, desconocido en buena medida, se encuentran reconocidos los principios de economía, eficiencia y equidad en la programación del gasto público.

En 2012, el Gobierno de la Nación, como es sabido, aprueba el Programa Nacional de Reformas, en cuyo marco se plantea la eliminación de duplicidades y la clarificación de competencias de los diferentes niveles territoriales de Gobierno<sup>10</sup>. Tal planteamiento, sin embargo, no es novedoso, pues ya en 1992 desde la Xunta de Galicia, presidida entonces por el profesor Manuel Fraga Iribarne, se propició una idea, la Administración Única, Ordinaria, Integrada o Sincronizada, desde la que se buscaba la misma finalidad, también con el objeto de reducir las estructuras administrativas y liberar recursos para la reactivación de la actividad económica y la creación de empleo.

El problema de estas operaciones administrativas de poda y eliminación de estructuras es que prime la visión financiera, y se olvide la naturaleza servicial de los Gobiernos y Administraciones Públicas, especialmente de las locales, las más cercanas a los ciudadanos. Entonces, de apostarse por un planteamiento fundamentalista de la vertiente financiera, el servicio objetivo a los intereses generales queda en segundo plano, y se ponen en marcha reformas presididas única y exclusivamente por la eficiencia.

En este sentido, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local de 27 de diciembre de 2013 persigue clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades de forma, dice la Exposición de Motivos, y que se haga efectivo el principio “una Administración, una competencia”. Tal principio es expresión de la llamada hace unos años Administración Única, Común, Integrada o Sincronizada, que quiere decir no tanto que solo haya una Administración para la gestión de las materias concurrentes o compartidas, como que la estructura de presencia de las Administraciones que convergen sobre una competencia en el territorio, porque así lo ha diseñado la Constitución, sea una. Esa es la consecuencia de que el artículo 103 disponga que la Administración, en singular, sirva con objetividad los intereses generales.

---

10. Plan Nacional de Reformas, apartado 2.3.

Sin embargo, aunque la reciente Ley de 2013 establezca las competencias propias de los entes locales, y disposiciones concretas para las delegaciones competenciales del Estado y las comunidades autónomas a los entes locales, pienso que tal cuestión debiera abordarse, por su magnitud y relieve político, en una reforma en profundidad de la Constitución, a fin de diseñar un modelo integral de competencias para todas las Administraciones y Gobiernos.

El Estado descentralizado es, fundamentalmente, el garante de que la diversidad y la igualdad sean compatibles. Porque, como decía ORTEGA Y GASSET en relación con la denominada entonces cuestión regional, fortalecer la condición estatal es fortalecer cada una de sus partes integrantes, y fortalecer cada uno de sus componentes equivale igualmente a fortalecer al Estado. Esto es así porque en nuestro modelo, como dice la Constitución en su artículo 137, las comunidades autónomas y los entes locales forman parte del Estado, que es lo mismo que decir, como ha señalado el Tribunal Constitucional, que las comunidades autónomas y los entes locales son corporaciones públicas de naturaleza estatal. Además, como muy bien intuyó hace años MADARIAGA, para comprender España es necesario situarse en las coordenadas del equilibrio dinámico que debe guiar las relaciones entre los diversos componentes territoriales del Estado.

En términos generales, se puede afirmar que el Estado de las autonomías ha descentralizado en gran medida el Estado español en estos casi treinta y cuatro años transcurridos desde 1978. Es verdad que el poder público se ha acercado a los ciudadanos. Sin embargo, el paradigma al que han tendido las autonomías y no pocos entes locales ha sido el del Estado-nación, produciéndose en muchos casos una verdadera réplica de su estructura, con las consecuencias que trae consigo copiar o plagiar estructuras ajenas para revestir la propia identidad. Además, en un contexto de intensa y extensa intervención pública, se ha creado un sector público autonómico de colosales proporciones. Por si fuera poco, también la financiación de las autonomías se acostumbró al recurso a la deuda como sistema ordinario de provisión de bienes y servicios, lo que condujo a parámetros económicos y financieros de déficit y de deuda realmente insostenibles. Por otro lado, los entes locales, que bien podrían haber sido convocados, a su vez, a una segunda descentralización en aquellas materias en que estuvieran en mejores condiciones de prestarlas que las comunidades autónomas, por regla general han sido preteridos y, en muchos casos, obligados a prestar muchos servicios y a asumir muchas competencias impropias porque, de no hacerlo, podrían producirse quiebras muy importantes del Estado de bienestar.

Pienso en una reforma global, no en un simple ajuste organizativo o un proceso, más o menos intenso, de simplificación y racionalización de competencias, de estructuras burocráticas o de personal. La cuestión, a mi juicio, es de más enjundia. Afecta al modelo mismo de Administración en un Estado compuesto como es el Estado de las autonomías, un modelo que requiere relevantes transformaciones porque se trata de un medio para la mejora continua y permanente de las condiciones de vida de los ciudadanos. Y hoy, por más que nos pese, tal modelo se ha convertido en un obstáculo para que los ciudadanos puedan realizarse mejor en el ejercicio de su libertad solidaria. Por eso, de lo que se trata es de repensar desde el marco constitucional un mejor diseño organizativo, competencial e institucional. Un diseño que requiere, es verdad, de la reforma constitucional del Título VIII de la Constitución para perfilar mejor las competencias del Estado, las competencias de los entes autonómicos, dando entrada, en la Carta Magna, a las competencias de los entes locales, a quienes debe reconocerse la autonomía política claramente, sin ambages, porque no es solo de orden administrativo; es, sobre todo, de naturaleza política.

La Ley 27/2013 introduce, como es bien sabido, una nueva clasificación de las competencias municipales: competencias propias, delegadas y competencias distintas de las propias y de las delegadas<sup>11</sup>, que se refieren a la anterior categoría de competencias complementarias. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, apuesta por un modelo que elimina todos aquellos espacios de intervención local ya ocupados por otras Administraciones o que se encuentran carentes del oportuno respaldo financiero<sup>12</sup>.

Sin embargo, la dificultad de amputar de la esfera local el conjunto de servicios y actividades que han venido desarrollando las entidades locales sin un título competencial específico<sup>13</sup> explica que el principio de “una Administración, una competencia”, inexacto constitucionalmente hablando, al que alude esta Ley en su Exposición de Motivos, no se concrete de inmediato. Más bien, deberá realizarse gradual y paulatinamente a través de la articu-

11. Denominación propuesta por el Consejo de Estado en sustitución de la más expresiva “competencias impropias”, recogida en Libro Blanco para la reforma del gobierno local y en el Anteproyecto elevado al Consejo de Estado.

12. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 33.

13. Dificultad que, como señala atinadamente VÁZQUEZ PITA, no deriva únicamente de la innegable resistencia política a adoptar medidas de un calado socioeconómico tal como la cesación en la prestación de servicios económicos y no económicos por las entidades locales, sino también de la cláusula de competencia residual recogida en el artículo 4.2 de la CEAL, según el cual “las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad” (J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 33).

lación de un complejo sistema fundado en la jerarquización de servicios<sup>14</sup>, en la sostenibilidad financiera y en la evaluación de la eficiencia de cada ente local como criterios de asignación de los recursos financieros disponibles, sin olvidar en ningún momento, en nuestro país, que la hipótesis de ejercicio único por una Administración de la totalidad de las facultades y atribuciones sobre una materia es ciertamente polémica, cuando no ilusoria.

## 2

### El nuevo modelo competencial de la Ley 27/2013

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y el instrumento de ratificación de la Carta Europea de la Autonomía Local sobre todo, a pesar de la referencia implícita en la primera, y explícita en el segundo, aluden al principio de subsidiariedad como principio inspirador de la distribución de competencias entre los diferentes niveles de la Administración<sup>15</sup>.

En efecto, el principio de subsidiariedad, sin rango constitucional explícito en nuestro sistema, es un criterio inspirador de cualquier modelo de descentralización política, sea en el orden nacional o en el orden internacional. Al igual que tampoco el principio de cooperación, como tal, se encuentra en la Constitución, y no por ello se desconoce, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, su papel esencial.

La subsidiariedad supone, como sabemos, que la construcción de los modelos político-administrativos se realice pensando en la persona, de forma que los entes políticos más cercanos a los ciudadanos sean quienes dispongan de las potestades, poderes, medios y competencias necesarios para gestionar los asuntos públicos de mayor incidencia real en la vida de los ciudadanos con eficacia y sentido de servicio. Es decir, la autoridad y el poder público deben ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficaz y eficiente aplicación de las medidas de que se trate en cada caso, teniendo presente que lo fundamental no es la estructura política o administrativa,

14. Cfr. J. M. DÍAZ LEMA, “El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?”, *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, mayo 2013, pp. 47-91, 56.

15. Vid. J. RODRÍGUEZ ARANA, *Estudios de Derecho Local*, Montecorvo, 1998, pp. 60 y ss., o L. PAREJO ALFONSO, “Algunas notas sobre la última evolución del principio de subsidiariedad en el derecho comunitario europeo”, comunicación a la ponencia de J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 92-106, 10.

sino la mejora de las condiciones de vida de las personas, criterio que debe ser preferente en los procesos de distribución y ejercicio de competencias.

La subsidiariedad postula, en principio, que la ordenación política y administrativa, y los correspondientes ordenamientos jurídicos, se construyan de abajo arriba, resolviendo en cada nivel cuanto sea posible, lo más cerca de la base y de los legítimos intereses correspondientes. Por tanto, el espacio local se nos presenta, en aplicación de este criterio, como el espacio propio para el ejercicio y la gestión de las competencias que inciden realmente en la vida de los vecinos, en la denominada esfera de los intereses generales de naturaleza local.

En el fondo, como es sabido, el fundamento del principio de subsidiariedad es la satisfacción del bien común, del bienestar integral de las personas, la consecución de las necesidades colectivas, lo que justifica que su tutela, gestión y promoción se encuentren en las instancias más próximas a los ciudadanos.

Nuestro ordenamiento jurídico, aunque no reconoce expresamente la subsidiariedad, contiene principios aplicables al régimen jurídico de los entes locales que contienen rasgos comunes con el principio de subsidiariedad. En efecto, en el artículo 137 de la Constitución aparece la idea de un Estado descentralizado, que reserva a cada instancia pública con incidencia espacial un ámbito territorial delimitado por el respectivo interés general vinculado al territorio correspondiente. El artículo 140 de la Constitución subraya la misma consideración, asignando el gobierno y la administración municipal a los ayuntamientos. En el artículo 2 de la Ley de bases del régimen local, como bien sabemos ya, nos encontramos con la organización de los poderes públicos a partir del principio de proximidad al ciudadano, cuando señala que se deberá atribuir competencias a los entes locales “en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del ente local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Cuestión, la de la organización, que debe repensarse, pues no parece que la homogeneidad, excepción hecha de las llamadas grandes ciudades, deba ser en los tiempos que corren la característica general del modelo, como tampoco ha sido razonable la copia del modelo organizativo estatal al que se han entregado en cuerpo y alma las comunidades autónomas y algunos entes locales. Por su parte, el artículo 28 de la Ley de bases, en sede de actividades complementarias de los municipios, concibe determinadas materias como áreas en donde siempre cabe un desarrollo más detallado en el ámbito local.

Otro supuesto en el que opera la subsidiariedad como reserva de un espacio competencial a la instancia local, pese a la existencia de entes supralocales, lo encontramos en el artículo 43.4 de la Ley de bases, cuando proscribire la creación de comarcas, cuando estas traigan consigo la pérdida

de las competencias municipales para prestar los servicios esenciales señalados en el artículo 26, o la privación de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el artículo 25.2 de la Ley de 2 de abril de 1985.

Asimismo, resulta de gran interés, al tratar del principio de subsidiariedad y de su relación con los entes locales, una breve glosa de la Carta Europea de la Autonomía Local. Elaborada en el marco del Consejo de Europa, y ratificada por nuestro país el 20 de enero de 1988, su trascendencia es innegable, puesto que se trata de un texto normativo incorporado a nuestro derecho interno y, por tanto, plenamente invocable ante los tribunales de justicia españoles. Esta invocabilidad es, precisamente, una de las características que le otorga mayor actualidad y justifica que le dediquemos nuestra atención, aunque sea por escasos minutos, ya que seguro que se ha tratado con anterioridad.

Entre los principios que la Carta Europea de la Autonomía Local consagra, destacan la suficiencia de recursos, la autonomía para el gasto y el ingreso, el derecho a ser oído cuando se dicten medidas y criterios de redistribución de los recursos, la preferencia de subvenciones y el libre acceso al mercado para concretar operaciones de crédito destinadas a gastos de inversión.

Ahora bien, lo que la Carta proclama a los cuatro vientos es que los entes locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes, y que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Ello viene a suponer, en definitiva, la asunción de competencias propias sobre una parte muy relevante, en cantidad y calidad, de los asuntos públicos, así como la financiación suficiente para ejercer dichas tareas con responsabilidad y calidad. Y, sobre todo, elimina cualquier sospecha, más o menos velada, sobre la naturaleza política de la autonomía de los entes locales.

En la Carta se parte directamente de dos principios: uno que ya ha sido mencionado anteriormente, el de subsidiariedad, y otro directamente relacionado con este superior criterio descentralizador, el de proximidad: la cercanía a los ciudadanos como criterio de atribución competencial. Así se expresa la Carta en el punto primero del apartado tercero del artículo 4, al establecer que:

“El ejercicio de las responsabilidades públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos”.

Al mismo tiempo, el mismo apartado tercero en su punto segundo señala que: “La atribución de una responsabilidad a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

Ciertamente, si en nuestro modelo siguiéramos, más o menos, el criterio de proximidad, nos encontraríamos con que un determinado número de competencias que no están ubicadas en el escalón local, debieran residenciarse en él. Claro está, mientras la Constitución no disponga un listado competencial del poder local, las cosas serán como son, o quizás un poco mejor, pero siempre en el marco de la necesaria cooperación para que el ejercicio de los poderes públicos mejore realmente las condiciones de vida de los ciudadanos.

Además, hay otros tres elementos normativos también muy importantes. Por una parte, la potestad reglamentaria se realiza, según el artículo 3 de la Carta, “en el marco de la Ley”. De otra, existe libertad de los entes locales para ejercer iniciativas en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Y, finalmente, se establece una reserva reglamentaria en materia de organización local.

La Carta afirma el principio de autogobierno, al señalar en el ya citado artículo 3 que la gestión de los asuntos públicos la realizará el ente local bajo su propia responsabilidad. Este principio de autogobierno es, sin duda, un instrumento interpretativo fundamental con relación al régimen de las competencias de los entes locales.

Hay otro aspecto de la Carta Europea que no podemos dejar de mencionar, por la conexión que se está produciendo, últimamente, entre el principio de subsidiariedad y el problema del déficit democrático de las instituciones de la Unión Europea. Me refiero a la conexión de la autonomía local con el principio democrático. En efecto, el preámbulo de la carta señala a los entes locales como un ámbito privilegiado de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos: “La defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representa una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización”.

Asimismo, la propia Carta recoge el principio de subsidiariedad al contemplar la proximidad a los ciudadanos como criterio de atribución competencial, estableciendo que el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. Se trata, así, de acercar la Administración al ciudadano. Algo que aquí, en España, se ha dado en llamar Administración común, preferente u ordinaria, y que, como señalaré más adelante, plantea la necesidad de adecuar y adaptar a la realidad local la estructura y funcionalidad de las comunidades autónomas, muchas veces seguidoras de un cierto centralismo que se debe combatir.

La Administración única, sincronizada, integrada, común, exige que sean los entes locales, por ser los más cercanos a la ciudadanía, los que pres-

ten un mayor número de servicios y, por tanto, asuman mayor protagonismo administrativo. La doctrina de la Administración común supone, pues, un claro reforzamiento del ente titular de competencias en su propia demarcación territorial, lo cual debe propiciar un papel más relevante de ayuntamientos, cabildos, consejos y diputaciones en el ejercicio de las competencias sobre su propio territorio

La Administración única, sincronizada, integrada, o común, pues, no es incompatible con la función que la Constitución asigna a las corporaciones locales. Muy al contrario, ya que el proceso de redistribución de competencias no se completaría si no se produjese un proceso paralelo de descentralización de competencias, de la Administración autonómica hacia las Administraciones locales, en todos aquellos servicios en que su prestación por estos entes redundara en un mejor servicio al ciudadano, que es en definitiva la pieza clave del sistema en función del cual debe reorientarse todo el aparato administrativo.

El artículo 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, como sabemos, interioriza el principio de subsidiariedad, reconociendo “a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. La realidad, empero, certificó el escaso interés del legislador general por diseñar técnicas concretas que permitieran llevar la subsidiariedad a la práctica, entre otras razones, a causa del nulo entusiasmo que tal criterio suscita a los dirigentes de las comunidades autónomas, sean de la tendencia política que sean.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, que mantiene prácticamente intacta esta redacción, introduce en la enumeración de principios jurídicos a considerar en la atribución de competencias los de eficacia y eficiencia, así como la estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>16</sup>. Pero de reconocimiento explícito de la subsidiariedad nada de nada. Por eso, en la futura reforma de la Constitución, que se nos antoja próxima, debiera reconocerse el principio de subsidiariedad como un criterio básico para la actividad y organización de las diferentes Administraciones Públicas.

---

16. Véase, asimismo, la nueva redacción del artículo 25.4, en el que se reiteran los citados principios como inspiradores de la atribución e implantación de las competencias propias municipales.

La principal novedad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en esta materia, se refiere al establecimiento de determinados mecanismos diseñados para delimitar la esfera competencial de cada municipio, en función de su capacidad de gestión. Veamos.

Como se sabe, el Anteproyecto de Ley sometido a dictamen del Consejo de Estado preveía una evaluación de la capacidad de gestión basada en la técnica de coste estándar de cada uno de los servicios de prestación obligatoria. En el supuesto de que la evaluación fuese negativa, se produciría automáticamente la traslación forzosa de la competencia al nivel superior de Gobierno, esto es, a la diputación provincial. La evaluación de la gestión se realizaría para cada entidad y de forma periódica, lo que daba lugar a un modelo competencial dinámico y flexible, estructurado en dos niveles<sup>17</sup>: un primer nivel (estático) de atribución legal de competencias, en que el legislador debería identificar la concurrencia de intereses de naturaleza local (municipal o provincial) y, consecuentemente, definir la modalidad de intervención de las Administraciones locales en el concreto ámbito material; y un segundo nivel (dinámico) en el que se condiciona el ejercicio de la competencia legalmente atribuida en función del grado de capacidad de gestión manifestado en el proceso de evaluación<sup>18</sup>. Este sistema permitiría una aplicación coherente del principio de subsidiariedad, pues permitiría poner en relación capacidad de gestión y ejercicio de competencias.

Ahora bien, es necesario advertir que la aplicación del principio de subsidiariedad, así entendido, no conduciría necesariamente a una “segunda descentralización”, sino que determinaría un proceso dinámico de “ida y vuelta” en el que la esfera de actuación administrativa se expande o se contrae en función de la evaluación de la gestión desarrollada. Es decir, una aplicación tecnocrática de la subsidiariedad, presidida no tanto por la búsqueda de la Administración en la que la materia se pueda gestionar mejor para los ciudadanos, para los vecinos, para los habitantes, sino por la traslación de competencias exclusivamente desde la perspectiva financiera y hacendística.

Tales previsiones fueron objeto de crítica, pues conducían de alguna manera a la “constricción”<sup>19</sup> e incluso al “vaciamiento”<sup>20</sup> competencial al que se

17. Cfr. L. PAREJO ALFONSO, “Algunas notas sobre la última evolución del principio de subsidiariedad en el derecho comunitario europeo”, comunicación a la ponencia de J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 92-106, 96.

18. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 35.

19. Dictamen 567/2013, relativo al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, & V.a.1.

20. Dictamen 567/2013, relativo al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, & V.a.3.

abocaba a los municipios de menor tamaño<sup>21</sup>. Así, de esta manera, se lesionaba esencialmente la autonomía local, y, por ende, el sentido primigenio del principio de subsidiariedad, que, lejos de eliminar las instancias más próximas de gobierno, busca su potenciación y desarrollo al servicio de los ciudadanos.

También se censuró la regulación de la técnica del coste estándar, tanto por el gran poder que se transfería al Gobierno de la Nación ínsito en la competencia para el cálculo de dicho coste<sup>22</sup>, como por las dificultades propias de un índice nacional para reflejar las peculiaridades de los diferentes modelos de asentamiento poblacional.

El Proyecto de Ley sometido a tramitación parlamentaria incorporó dichas recomendaciones, suprimiendo la técnica de evaluación de la eficiencia basada en el coste estándar por la de la comparación entre el “coste efectivo” de la prestación municipal del servicio y el coste de ese mismo servicio en los supuestos de prestación supramunicipal. Esta solución permite identificar el nivel de Gobierno más eficiente para la gestión de un servicio concreto, refuerza la transparencia de la actuación administrativa, y fomenta una competencia por la eficiencia entre las diferentes entidades locales que actúan sobre un mismo territorio. Así, de esta forma se potencian las diputaciones, cabildos y consejos insulares en lugar de reforzar a los ayuntamientos, que son ciertamente las instancias de gobierno y administración más cercanas a los ciudadanos. Nos encontramos, pues, en una versión, si se quiere, de subsidiariedad vertical.

El problema, insisto, se encuentra en que, efectivamente, tales operaciones comparadas solo contemplan la dimensión económico-financiera y, por ello, corren el peligro de vaciar las competencias de los entes locales al servicio de un pretendido dogma economicista que terminaría por operar, de facto, una recentralización de competencias en la instancia del Gobierno provincial.

A pesar de las bondades “técnicas” del método de comparación entre costes efectivos, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, como señala VÁZQUEZ PITA, devalúa notablemente la incidencia de la evaluación de la eficiencia

21. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 73. Asimismo, vid. J. L. MEILÁN GIL, “Municipios y estructuras políticas”, en R. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (dir.), *Reformar la Administración territorial. Municipios eficientes y viables*, Netbiblo, 2009, pp. 21-39.

22. Vid. Dictamen 567/2013, relativo al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, & V.a.2. Asimismo, la técnica del coste estándar suscitó el rechazo unánime de la doctrina española. Por todos, vid. F. VELASCO CABALLERO, “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, número 6, Madrid, 2013, pp. 23-60, 32 y ss.

en la delimitación de la esfera competencial municipal, en relación con el modelo definido en el Anteproyecto de Ley<sup>23</sup>. En efecto, en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, la evaluación de la eficiencia únicamente tendrá efectos visibles en la devolución a la esfera municipal de los servicios coordinados *ab initio* por la diputación provincial (recogida y tratamiento de residuos, limpieza viaria, abastecimiento de agua, accesos a núcleos de población y pavimentación de vías)<sup>24</sup>.

En los restantes casos, la evaluación de la gestión mediante la comparación entre costes efectivos se limita a un mero ofrecimiento de colaboración o a la inclusión de fórmulas de prestación supramunicipal<sup>25</sup>, pero sin que la identificación del nivel de Gobierno óptimo para la gestión del servicio produzca un efecto directo en la esfera competencial local<sup>26</sup>.

El único parámetro de evaluación de la capacidad de gestión de la entidad local será el grado de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y el principal<sup>27</sup> cauce formal de realización del principio de subsidiariedad en su vertiente dinámica será el plan económico-financiero, pues será este plan el que prevea la adopción de las siguientes medidas (artículo 116 bis): supresión de las competencias que ejerza la entidad local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación en primer lugar, y gestión integrada o coordinada, en segundo término, de los servicios obligatorios que presta la entidad local para reducir costes.

La remisión contenida en el artículo 116.bis.2.b) a los servicios obligatorios, no puede interpretarse como una llamada a la gestión integrada o coordinada de la totalidad de dichos servicios, sino que la identificación de los servicios a gestionar de forma integrada o coordinada deberá determinarse a la luz del principio de proporcionalidad, y en atención al grado de incumplimiento del principio de sostenibilidad financiera. El mismo criterio interpretativo ha de seguirse respecto de la supresión de las competencias que ejerza la entidad local que sean distintas de las propias y de las ejerci-

23. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 36.

24. Nueva redacción del artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, según el cual: "Cuando la diputación o entidad equivalente acredite en un informe, a petición del municipio, que este puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión decidida por la diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios".

25. Arts. 36.1.h) y 36.2.a).

26. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, *ibidem*.

27. Principal, si bien no el único, dado que el plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal podrá incorporar asimismo fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir costes efectivos (art. 36.2).

das por delegación, a las cuales el artículo 116.bis.2.a) parece remitirse en bloque<sup>28</sup>.

La graduación de la intervención con arreglo al principio de proporcionalidad otorga una gran flexibilidad al modelo, que tendrá una gran capacidad de adaptación a las concretas circunstancias económicas de cada uno de los más de 8000 municipios españoles.

Por lo demás, se mantienen las limitaciones ya previstas en el Anteproyecto al ejercicio de actividades económicas y de las competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación, contenidas en la nueva redacción de los artículos 7 y 86. Tales limitaciones, en la medida en la que se basan exclusivamente en la existencia de duplicidades administrativas o la sostenibilidad financiera de la entidad, derivan directamente del conjunto de los principios constitucionales que se erigen como límite y fundamento del propio principio de subsidiariedad<sup>29</sup>.

Por lo tanto, la Ley 27/2013 conserva en parte las cualidades del modelo propuesto inicialmente: flexibilidad y dinamismo. El nuevo régimen competencial es dinámico en tanto el espacio competencial de cada entidad es susceptible de variar en el tiempo, y flexible en la medida en la que la evaluación es individual para cada entidad y las medidas a adoptar capaces de adaptarse a sus necesidades y características. El conjunto es un régimen en el que –al menos potencialmente– la esfera competencial de los municipios españoles se expandirá o contraerá en función de su capacidad para prestar los servicios demandados por la colectividad, dentro de los límites de la sostenibilidad financiera<sup>30</sup>.

La fuerte resistencia con la que se encontró el diseño competencial esbozado en el Anteproyecto, cristalizó en la sustitución de los mecanismos automáticos de reajuste competencial por mecanismos de concertación entre los diferentes niveles de Gobierno implicados. Es lógico porque la integración y sincronización, formas de concertación entre los diferentes niveles de Gobierno y Administración, encajan con el espíritu constitucional, más propicio al diálogo y a la colaboración que a la imposición de esquemas mecánicos y automáticos.

La necesidad de la concertación deriva de que la coordinación o prestación integrada de los servicios municipales, y la supresión de las competencias que ejerza la entidad local que sean distintas de las propias y de

28. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 36.

29. Cfr. J. M. BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 26 y ss.

30. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 37.

las ejercidas por delegación, requieren del consentimiento del municipio afectado. Consentimiento que se manifiesta en la aprobación y ejecución del plan económico-financiero que contempla la adopción de tales medidas (art. 116.bis).

En este sentido hay que subrayar el voluntarismo y el deseo de concertación que se encuentra en la redacción final del artículo 26.2 de la LBRL, según el cual el ejercicio de la competencia provincial de coordinar la prestación de los servicios enumerados en dicho apartado<sup>31</sup> exige del previo consentimiento de los municipios afectados, así como la posterior aprobación por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas e informe preceptivo de la comunidad autónoma. Es decir, el ejercicio de la competencia provincial de coordinación exige poner de acuerdo a la totalidad de los niveles de Gobierno existentes en el Estado español.

Es decir, la efectiva implantación del sistema competencial dinámico diseñado por la Ley 27/2013, dependerá en todo caso de la concertación, de la integración, de la sincronización entre los diferentes niveles de Gobierno y, sobre todo, del grado de intervención que pretenda implantar la diputación sobre los municipios de la provincia<sup>32</sup>. Esta integración, sujeta a las coyunturas políticas de cada momento y entidad local, que debe ser potenciada, condiciona ciertamente el impacto de la modificación introducida por la Ley 27/2013, que, en mi opinión, debería haber aclarado suficientemente que la dimensión operativa de las diputaciones provinciales debiera orientarse en función de una subsidiariedad bien entendida, es decir, al servicio de la paulatina y gradual potenciación de los ayuntamientos, no para incrementar el poder local de las diputaciones.

La lesión de los objetivos de sostenibilidad financiera, no trae consigo la transferencia automática de la competencia para la prestación de los servicios obligatorios a la diputación provincial, sino que determina el nacimiento de la obligación de la formulación del plan económico-financiero previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>33</sup>. En dicho plan –que con carácter general será aprobado por el pleno de la corporación local<sup>34</sup>– se prevé la in-

31. Recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías y tratamiento de residuos.

32. Opción por la que se pronunciaba el Libro Blanco para la reforma del gobierno local en el diseño de un nuevo marco de relación entre las diputaciones y los ayuntamientos, que debería basarse en el trabajo en red y la concertación. *Vid.* Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España, pp. 80 y ss.

33. Obligación que se puede soslayar adoptando las medidas previstas en el artículo 25 de la citada Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

34. Véase la nueva disposición adicional decimosexta de la Ley de bases del régimen local, introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad

clusión obligatoria de medidas de contracción de la esfera competencial del municipio afectado.

Es decir, la coordinación o prestación supramunicipal de los servicios municipales es el resultado de un acuerdo adoptado por el propio municipio en el ejercicio de su autonomía política. De ahí la dificultad de concebir la coordinación o prestación supramunicipal del servicio como un atentado a la autonomía local constitucionalmente garantizada<sup>35</sup>.

Estas mismas reflexiones son de aplicación a la coordinación de los servicios municipales, regulada en la nueva redacción del artículo 26.2 de la Ley de bases de 1985, en tanto la determinación de la forma de prestación supramunicipal del servicio requerirá del consentimiento de los municipios afectados. Desde la perspectiva del nivel de intervención al que conduce la aprobación del plan económico-financiero, debe descartarse la vulneración de la autonomía local por la Ley 27/2013. En efecto, a diferencia del Anteproyecto, el Proyecto de Ley no preveía de forma ineludible la transferencia de la prestación del servicio al nivel de Gobierno superior, sino únicamente la gestión integrada o coordinada de los servicios municipales de prestación obligatoria (art. 116.bis.2.b)<sup>36</sup>.

La primera de las modalidades de intervención –coordinación de los servicios municipales– presupone el ejercicio de la competencia por la entidad coordinada. Si la coordinación se ha diseñado y se ejerce en atención al principio de proporcionalidad, no cabe afirmar que vulnera la autonomía local constitucionalmente garantizada<sup>37</sup>.

La Ley 27/2013 insiste en este límite al agregar un nuevo apartado 4 al artículo 10, según el cual “las funciones de coordinación serán compatibles con la autonomía de las entidades locales”, al tiempo que introduce como criterio de evaluación de la proporcionalidad de la coordinación el cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 10.3).

Mayores problemas, dice VÁZQUEZ PITA, conlleva la gestión directa (art. 26.2) o prestación unificada (art. 36.1.c) del servicio municipal por la diputación provincial. En este caso el ayuntamiento carece de representación directa en la gestión provincial, debido a que la Ley Orgánica del régimen

---

de la Administración local, en cuya virtud se atribuye la competencia para la aprobación del plan económico-financiero a la junta de gobierno con carácter excepcional y cuando el pleno de la corporación local no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para su aprobación.

35. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 41.

36. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, *ibidem*.

37. *Vid.* STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 6, o STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 13.

electoral general de 1985 no garantiza que todos los ayuntamientos tengan representación en el pleno provincial. Pero aun en el caso de que así fuese, el estatuto del concejal electo diputado provincial no conlleva la competencia de representación del ayuntamiento en lo que concierne a la gestión de los servicios municipales<sup>38</sup>.

Este inconveniente se solventaba en el Anteproyecto sometido a dictamen del Consejo de Estado mediante la creación de un consejo de alcaldes, del que formarían parte los alcaldes de los ayuntamientos cuyos servicios fuesen transferidos, y que se concebía como un órgano de cooperación en el proceso de transferencia.

La redacción final de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, no prevé dicho órgano, cuyo mantenimiento hubiera contribuido innegablemente a una mejor gestión del servicio y al refuerzo de la autonomía de los municipios afectados. No obstante, incluso en el supuesto de gestión directa del servicio por la diputación provincial no desaparece toda participación municipal en la gestión del servicio, dado que no alcanza a su ordenación fiscal, que se mantiene en la esfera municipal<sup>39</sup>.

El nuevo modelo garantiza la participación del municipio en la gestión de cuantos asuntos le atañen, al tiempo que posibilita la graduación de tal intervención en función de su capacidad de gestión y del nivel de afectación de los restantes intereses constitucionales en juego (señaladamente, la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera).

La vinculación entre autonomía local y principio democrático<sup>40</sup>, exige que toda intervención sobre la esfera competencial local esté debidamente justificada en razones concretas de interés general<sup>41</sup>. Es decir, que atienda a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>42</sup>. Principios que son expresión y manifestación de la motivación y justificación ínsita en el ejercicio de poderes discrecionales. Por eso la razonabilidad es un criterio a considerar cuando se trata de adoptar medidas de intervención de la entidad local.

---

38. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, *ibidem*.

39. *Vid.* art. 26.2 LBRL.

40. *Cfr.* F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local* (sexta edición), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 55 y ss.

41. F. SOSA WAGNER advierte de la necesidad de que el Tribunal Constitucional, siguiendo los pasos de su homólogo alemán, incorpore técnicas complementarias a la garantía institucional con la finalidad de evitar el denominado “silencioso vaciamiento de la autonomía local”, tales como el principio de proporcionalidad. *Vid.* F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local*, *op. cit.*, p. 54.

42. *Cfr.* R. ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, pp. 11-29.

El test de razonabilidad exige verificar que la intervención competencial es “idónea” para la consecución de la finalidad conseguida (estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del municipio). En los casos en los que la financiación del servicio corra por cuenta del municipio, la idoneidad de la intervención requiere que los costes previsibles de prestación del servicio, en caso de coordinación o gestión integrada, sean inferiores a los costes efectivos previos a la intervención. Este presupuesto está presente tanto bajo la nueva redacción del artículo 26.2 como bajo la del artículo 116.bis.2, por lo que, en este último caso, la diputación provincial deberá justificar la idoneidad de la medida propuesta en la formulación del plan económico-financiero<sup>43</sup> en razones de interés general concretas y argumentadas.

Además, la intervención debe ser “necesaria”. La necesidad viene referida a la sostenibilidad financiera del municipio en el supuesto previsto en el artículo 116.bis.2, y a la mejora de la eficiencia en los supuestos previstos en el artículo 26.2. Una interpretación del tenor del artículo 116.bis a la luz del principio de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio, conduce a afirmar que la coordinación o gestión integrada no tiene por qué abarcar la totalidad de los servicios obligatorios del municipio, sino únicamente aquellos que sean necesarios para alcanzar el fin perseguido: la sostenibilidad financiera del municipio. De ahí que la identificación de aquellos servicios que se sujetarán a coordinación o gestión integrada deberá ir precedida de la adecuada ponderación y motivación, que descansará fundamentalmente en el coste efectivo del servicio y en las capacidades de la diputación para asumir su coordinación o prestación. Consecuentemente, debe descartarse una interpretación según la cual la simple inclusión en situación de inestabilidad determina la gestión integrada o coordinada de la totalidad de los servicios municipales de prestación obligatoria, y con abstracción de cuál sea la causa o el montante del desvío, o de si dicha intervención competencial es o no necesaria para corregirlo.

Por último, la intervención competencial deberá ser “proporcionada” al fin perseguido. La elevación a rango constitucional de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y la incidencia supra-

---

43. En este sentido, el nuevo artículo 26.2 de la Ley de bases del régimen local dispone que “cuando la diputación o entidad equivalente acredite en un informe, a petición del municipio, que *este puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor* que el derivado de la forma de gestión decidida por la diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios”. Por su parte, el artículo 116.bis.2.b) prevé que el plan económico-financiero incluya la “gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local *para reducir sus costes*”.

municipal de la consolidación fiscal, refuerzan la prevalencia de las medidas de intervención sobre los principios afectados por la constricción de la esfera competencial local<sup>44</sup>.

Los procesos de gestión competencial previstos en la Ley 27/2013 deberán tener presente, en todo momento, el principio de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio a la hora de determinar el alcance de la afección sobre la actividad municipal.

### 3

#### Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013

Como es bien sabido, el entorno del Gobierno local se ha modificado sustancialmente en estos últimos años. Han surgido nuevos fenómenos que demandan respuestas inteligentes y de vanguardia, ya que existen numerosos factores que facilitan el cambio y la transformación de las Administraciones Públicas. Quisiera destacar, en este sentido, algunos factores que, en mi opinión, certifican esta voluntad de cambio en el modelo de Administración Pública y de Gobierno municipal, y que, obviamente, se plantean en el presente debido a la profunda incidencia de la dimensión local como espacio adecuado para la emergencia de nuevos modelos, pensados para gestionar nuevas competencias que surgen como consecuencia de la operatividad creciente de los intereses públicos locales.

En efecto, es innegable la influencia de los factores económicos, ya que hoy se reclama a todas las Administraciones Públicas sin excepción que trabajen mejor y cuesten menos. Asimismo, el impacto de las nuevas tecnologías debe tener consecuencias prácticas, ya que la ciudadanía confía en que estos modernos instrumentos ayuden a resolver algunos de los problemas endémicos del sector público. En concreto, en materia de Administración Pública se trata de continuar un proceso de simplificación de trámites administrativos y de simplificación de las estructuras, caracterizado por una atención rápida y profesional y por el incremento de la calidad y la cantidad de información que se proporciona a los ciudadanos. Se apuesta, pues, por la calidad en el servicio a través de las denominadas Cartas de servicios públicos, por la profesionalización de los empleados públicos y por la plena utilización de las posibilidades que ofrecen estas nuevas tecnologías.

---

44. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 43.

Por otra parte, a pesar de los fenómenos globalizadores a los que estamos asistiendo, el escalón local se convierte en una instancia clave para el desarrollo de la actividad económica para el bienestar social, para generar un nuevo consenso político y, consiguientemente, para promover la aparición de una nueva dimensión de la política más humana y social, puesto que la dimensión local es el ámbito donde mejor puede apostarse por alcanzar altas cotas de la calidad de vida de los ciudadanos.

Además, tampoco debe olvidarse que la percepción que la ciudadanía tiene de las Administraciones Públicas, lo sabemos bien, no es quizás todo lo buena que sería deseable. Hay una creciente desconfianza de los ciudadanos hacia la Administración, aunque la ciudadanía realmente no deja de valorar como misión fundamental de las Administraciones Públicas la de servir a los ciudadanos de la manera más eficaz, y con el uso más eficiente posible de los recursos.

Así pues, a mi juicio, los tres retos principales que las Administraciones y Gobiernos locales habrán de abordar son los siguientes: proximidad a los ciudadanos, compromiso con la igualdad y la solidaridad, e innovación dentro de la cooperación y colaboración con otros entes públicos y privados.

En esta línea hay que reconocer que el Gobierno local, por encima de competencias reguladoras aún relevantes como la urbanística (ampliamente discutida por las instancias supralocales), se caracteriza por la prestación de servicios. Servicios que son de carácter diario, directo y básico para la ciudadanía. Son, por tanto, servicios que se prestan cotidianamente a tal o cual vecino o vecinos. Recordemos asimismo que se trata de servicios divisibles y que presentan grandes variaciones en la demanda. Variaciones que pueden ser de carácter personal, o pueden ser de calle, barrio o núcleo de población.

Otra característica igualmente importante es el fuerte nivel de relación directa que existe a nivel local entre el ente prestador del servicio y el usuario. Esta circunstancia plantea la necesidad, si es posible, de individualizar el servicio, al margen de los ámbitos más universales e indiferentes de prestación centralizada. Las Administraciones y Gobiernos locales difícilmente pueden mantener en vigor los esquemas weberianos de anonimato, indiferencia y despersonalización que se asumen, en ocasiones, en los servicios centrales. Al mismo tiempo, y probablemente debido a factores como estos y otros, los distintos servicios tienen tendencias centrífugas, dejándose llevar más por la lógica del servicio encomendado, o del territorio o clientela a servir, que por la lógica central que postula la coherencia de sus decisiones y su transitoriedad territorial y de servicio a servicio.

En sede de competencias, la realidad de los entes locales es criticable por la inexistencia de un marco claro y concreto que delimite el espacio funcional de ejercicio del poder público. Por ello, según los momentos y las modas, se ha ido trabajando en esta materia. Así, a comienzos de los años 90, en plena huida del Derecho Administrativo, era frecuente encontrarse con un sinfín de patronatos y empresas municipales, mediante la utilización de distintas tipologías societarias para desarrollar determinadas actividades, lo que provocó que gran número de ellas sean prácticamente inoperantes. Todo ello, insisto, bajo el manto de la pretendida huida del Derecho Administrativo, que, a la larga, ha suscitado precisamente lo contrario: la vuelta al Derecho Administrativo.

También es interesante dejar constancia, brevemente, de las tendencias de las corporaciones locales a asumir cada vez, aunque sea “de facto”, más competencias, no siempre con financiación suficiente, para promover una mayor generación de empleo, el fomento de la economía, y el desarrollo socioeconómico de la población, lo que supone un salto cualitativo respecto a la visión tradicional y arcaica de los entes locales como embalses estancados de competencias no productivas. Parece, por ello, que el desarrollo competencial de los entes locales debe pasar por el fenómeno del asociacionismo, otorgando un papel importante a las áreas metropolitanas y a las mancomunidades de municipios. Todo ello, acompañado de una reflexión sobre el papel de la provincia y de la isla como instancias garantizadoras y promotoras de los servicios en los pequeños municipios.

Hay que recordar que desde el propio Parlamento se ha instado a la redefinición del marco competencial a partir del principio de subsidiariedad. En este sentido, el significado del Pacto local supone, pues, dar respuesta a la insuficiencia de instrumentos jurídicos para definir positivamente, y hacer eficaz, el contenido competencial concreto que la autonomía local reclama para la gestión de los intereses propios. Lógicamente, una demanda de esta naturaleza supone un cambio relevante del régimen jurídico instaurado, en materia competencial, por la Ley de 1985.

A este respecto, la situación actual de las competencias de los entes locales ha motivado que diversos sectores hayan apuntado una progresiva pérdida del papel que deben desempeñar las corporaciones locales en el conjunto del Estado autonómico, con la consiguiente disminución de su poder de iniciativa y de respuesta, cuya causa, entre otras, reside en una cierta, y falsa, percepción de cierta incapacidad por parte de las instituciones supralocales, que implícitamente les acusan de no haberse conducido con el dinamismo necesario para dar satisfacción al autogobierno de los intereses locales.

El 17 de julio de 1998 se aprobó, como es sabido, el conjunto del paquete de medidas conocido como Pacto Local y que, en realidad, no es más que un paso del llamado Pacto local. Estas medidas fueron el resultado de un amplio consenso entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria y la Federación Española de Municipios y Provincias, esfuerzo que ha significado la reforma de tres leyes orgánicas y cinco leyes ordinarias.

En sede de Pacto local resulta imprescindible glosar las funciones o materias que puedan ser delegadas o transferidas a los entes locales, desde la dimensión estatal y desde el ámbito autonómico.

El objetivo primero de este traslado o trasvase competencial ha de consistir en delimitar aquellas materias y funciones vinculadas al denominado espacio local. En este sentido, las competencias deben estar referidas a lo que es la prestación del servicio, sin perjuicio de que las materias relativas a la ordenación general puedan seguir siendo ejercidas por la Administración estatal o autonómica titular de la competencia, y de que la atribución de la correspondiente potestad planificadora dentro de su ámbito territorial se desarrolle en el marco de la planificación general del titular de la competencia.

Otra cuestión es determinar cuál es el método más idóneo para proceder a dicha atribución competencial. A este respecto caben varias posibilidades: la utilización de figuras como la transferencia de competencias, la delegación, la encomienda de gestión, o los convenios y conciertos, como mecanismos adecuados de cooperación, especialmente cuando se trate de la prestación de servicios compartidos o complementarios entre varias Administraciones Públicas.

¿Cuáles serían las materias que pueden gestionar los entes locales en virtud del elemento territorial y del interés propio? La Federación Española de Municipios y Provincias las divide en las siguientes áreas: deportes, educación, empleo, servicios sociales, juventud, y mujer, señalando como especialmente prioritarias las relacionadas con aspectos urbanísticos, transporte y vialidad, seguridad ciudadana y turismo. Como se puede comprobar, se trata de materias, muchas de ellas, competencia de la comunidad autónoma o, en algún caso, del Estado, o compartidas o concurrentes, por lo que la atribución lo será siempre sin perjuicio de la titularidad autonómica, con todo lo que eso supone.

La realidad municipal española también exige, por otra parte, que la delimitación de funciones y materias trasladables al ámbito del Gobierno local se lleve a cabo teniendo en cuenta la efectiva capacidad de gestión, tomada como medida en las competencias que incorporan prestaciones de servicios, calibrada ya sea a través del número de habitantes, ya sea por el volumen, dentro del presupuesto anual, ya sea por la verificación de la efec-

tiva implantación y dimensión de los servicios obligatorios. También ha de tenerse en cuenta la inserción de los municipios en estructuras de segundo grado eficientes; esto es, huir de la consideración aislada del municipio y reflexionar acerca del papel de las mancomunidades de municipios, de las diputaciones provinciales y de los cabildos y consejos, como entidades de apoyo real a los municipios para una correcta prestación de los servicios que estos tengan encomendados.

En los últimos años se ha planteado una revisión general de las competencias de los entes locales, inspirada en varias reflexiones. Primera, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas únicamente deberán asumir aquellas competencias que no sea posible residenciar en la Administración local. Segunda, debe permitirse –es más, fomentarse– que los entes locales desarrollen políticas propias mediante el reconocimiento de potestad normativa. En este sentido, podrían buscarse fórmulas que no atentaran contra el principio constitucional de reserva de ley aplicado a la Administración local. Tercera, la atribución de competencias no debe limitarse a funciones meramente ejecutivas. Cuarta, debe potenciarse la descentralización de funciones sin perjuicio de la delegación, y, en cualquier caso, deberán evitarse las restricciones que minoren la efectividad de la autonomía local. Y quinta, en aquellas comunidades autónomas donde no existan, deberían constituirse comisiones autonómicas de régimen local, como mecanismo que permita a las entidades locales participar en los procesos de planificación y ordenación de los asuntos que les afecten.

En cualquier caso, el equilibrio territorial que se predica desde aproximaciones abiertas y plurales demanda que las competencias se atribuyan a los entes públicos que estén en mejores condiciones de prestarlas, de manera que se incida positivamente en las condiciones de vida de las personas. En los inicios de un nuevo siglo hemos de abandonar las perspectivas unilaterales y patrimoniales de las competencias y funciones, porque las instituciones públicas se construyen y funcionan en la medida en que están al servicio objetivo, como dice la Constitución, de los intereses generales.

No nos engañemos, el Pacto local sigue pendiente en su mayor parte porque las autoridades autonómicas no son lo sensibles que debieran a la realidad local, tantas veces condenada injustamente, con el más o menos deliberado propósito de subrayar, desde el pensamiento único, una única instancia territorial a la que se intenta dotar de omnímodos poderes que acaban por anular una autonomía reconocida en la Constitución como es la local.

La dimensión local debe estar presente en los asuntos territoriales, abordando temas como el de la necesaria redefinición de la Administración peri-

férica provincial. A ver si va a ser que el aparato periférico del Estado es el único que debe adaptarse a la realidad del Estado compuesto. En mi opinión, también el esqueleto periférico de la Administración autonómica debe adecuarse a la realidad del modelo. En este sentido me permito volver a plantear una vieja aspiración sobre la que trabajé ya en los primeros años de la década de los noventa del siglo pasado: pensar en las diputaciones provinciales como órganos de ejecución de políticas propias de la comunidad autónoma en el territorio provincial. De esta manera, además de utilizar a las diputaciones para una función para la que están más que preparadas personal y materialmente, por su conocimiento de la realidad del territorio provincial, iniciaríamos un camino en el que las relaciones intergubernamentales es posible que se despolitizaran, porque una cosa es la definición de las políticas públicas autonómicas y otra su ejecución en determinados entornos territoriales.

En fin, el camino para situar la dimensión local en el lugar que le corresponde pasa por subrayar más el carácter político de la autonomía política local, por evitar las más que previsibles asechanzas del mundo autonómico a los entes locales, perfeccionando su sistema competencial y evitando la petrificación institucional y su condena a la subordinación, por darles entrada en el Senado y facilitar así que el multilateral escenario en que se convertiría la Cámara Alta albergara armónicamente los intereses de todos los territorios: comunidades autónomas y entes locales.

La tarea no es fácil y el panorama político del presente en mi opinión no augura buenos tiempos para los entes locales. A pesar de ello, pienso que no podemos renunciar bajo ningún aspecto a que también la dimensión única prevalezca en el ámbito territorial, por la sencilla razón de que la realidad es plural, y pluralmente ha de ser contemplada y aplicada.

La Ley 27/2013 introduce, como hemos señalado, una nueva clasificación de las competencias municipales, de naturaleza financiera, pues establece una primacía entre las mismas a la hora de asignar los recursos financieros disponibles.

De acuerdo con el artículo 7 de esta Ley de 2013, las competencias de las entidades locales, como comentamos con anterioridad, se clasifican en competencias propias, atribuidas por delegación, y distintas de las propias y atribuidas por delegación. El ámbito de actuación municipal se completa con la iniciativa pública en la actividad económica prevista en el artículo 86 de la LBRL.

La principal novedad de esta clasificación consiste en la supresión de las denominadas competencias complementarias (antigua redacción del artículo 28) y la creación de las denominadas “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, denominación que sustituye a

la más gráfica contenida en el Anteproyecto de “competencias impropias”, y considerada como inapropiada por el Consejo de Estado en su Dictamen 567/2013<sup>45</sup>.

De forma coherente con la implantación de un sistema competencial dinámico basado en la estabilidad presupuestaria y en la sostenibilidad financiera, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, establece un orden de prelación en la asignación de los recursos financieros entre las diferentes clases de competencias y actividades municipales. Este orden de prelación conlleva una valoración por el legislador del interés público de cada una de las actividades municipales en atención a los servicios o materias sobre los que recaen.

De entre las diferentes clases de actividades y servicios municipales, la Ley 27/2013 otorga preferencia a la prestación de los servicios obligatorios sobre el resto de las competencias propias, y a estas sobre las distintas de las propias y atribuidas por delegación. Las competencias atribuidas por delegación quedan al margen de esta clasificación en tanto la nueva regulación garantiza su adecuada y suficiente cobertura financiera, por lo que su ejercicio (al menos en teoría) no debe tener incidencia en la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la entidad<sup>46</sup>.

Más allá de la modificación del listado de los servicios de prestación obligatoria, la Ley 27/2013 introduce un cambio sustancial en el régimen de su prestación, dado que será precisamente sobre estos servicios sobre los que descansará la mayor parte del sistema competencial dinámico que pretende implantar. En este sentido, debe subrayarse la atribución a las diputaciones provinciales de la competencia para la coordinación de los siguientes servicios en los municipios de población inferior a los 20 000 habitantes: recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías y tratamiento de residuos.

45. El Dictamen del Consejo de Estado 567/2013, relativo al Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, & VI, dispone: “En este sentido, procede en primer lugar objetar que se consagre legalmente como expresión para denominar una categoría formal de competencias la de ‘competencias impropias’. Se trata, ciertamente, de un *tertium genus* distinto de las competencias propias y de las delegadas –de hecho, no se encuentran definidas como tales, sino solo por su exclusión de las otras clases de competencias– y, precisamente por ello y porque el Anteproyecto incorpora diversas normas sustantivas en relación con tales competencias, no parece apropiado acudir a dicha expresión para referirse a ellas. Se sugiere por ello asignarles otra denominación (por ejemplo, competencias atribuidas o competencias por atribución) o simplemente identificarlas como ‘competencias distintas de las propias y de las delegadas’”. Coincide en lo inapropiado de esta denominación VELASCO CABALLERO, quien puntualiza que en propiedad debe hablarse de “*competencias precisas o determinadas* y competencias genéricas o generales”. *Op. cit.*, p. 41.

46. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 43.

Sin embargo, lejos de establecer las concretas potestades en las que se traduce tal coordinación, la nueva redacción del artículo 26 dispone que, para su ejercicio, la diputación “*propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas*”.

La necesidad de contar con el consentimiento de los municipios afectados, así como la posibilidad de que la coordinación consista en la prestación directa del servicio por la propia diputación u otras entidades intermedias, nos permiten concluir que, más que de coordinación, el legislador está regulando un mecanismo concreto de cooperación para la prestación de servicios obligatorios<sup>47</sup>.

Conjuntamente con la transferencia a la diputación provincial de la competencia para la prestación concertada de los servicios enumerados en el artículo 26.2 de la Ley de 2013, se regula la devolución al municipio de dicha “prestación y coordinación”<sup>48</sup> a partir de la evaluación de la eficiencia.

La evaluación de la eficiencia, se realizará mediante la comparación entre el coste efectivo del servicio prestado por la diputación provincial y su coste hipotético en el supuesto de prestación municipal. Esta evaluación (“justificación”, según el texto legal) deberá realizarse ante la diputación, pero no se especifica el órgano competente, la periodicidad ni la metodología para el cálculo de tal hipotético coste<sup>49</sup>, lo que es tanto como entregar a las conveniencias de la política provincial la efectiva implantación del modelo que inspira la reforma, algo muy pero que muy censurable.

Otra de las novedades a destacar es la eliminación de la técnica de delegación entre entidades locales, al suprimir la referencia a estas de la definición del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 27 LBRL.

Tal supresión responde a la marcada verticalidad del diseño competencial de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, que prevé que toda competencia que no pueda o deba ser asumida por el municipio sea prestada por el nivel de Gobierno superior. La consecuencia más visible será la sustitución de la

47. Cfr. L. PAREJO ALFONSO, “La autonomía local en la Constitución Española”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo I*, Iustel, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 47-210, 186 y ss.

48. Expresión profundamente desacertada, como señala VÁZQUEZ PITA (*op. cit.*, p. 51), dado que la coordinación presupone la concurrencia de dos o más entidades sobre el mismo espacio competencial. Por ello, más que asumir la coordinación, esta desaparece.

49. En tanto el artículo 116.ter únicamente establece los parámetros de cálculo del coste efectivo.

delegación en la diputación de las competencias municipales por la coordinación o gestión integrada, lo que refuerza notablemente el peso de las diputaciones en el entramado local y dota a las relaciones entre las diputaciones y los municipios de un cierto sentido jerárquico<sup>50</sup>.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, asumió la difícil tarea de encajar el papel tradicional de las diputaciones provinciales en un mapa institucional radicalmente nuevo tras la emergencia de las comunidades autónomas. Las limitaciones a las que tuvo que hacer frente el legislador no eran pocas: a las constricciones competenciales derivadas de la distribución constitucional de competencias, se le agregaba un régimen electoral provincial basado en la representación de segundo grado, que conduce a las diputaciones a desempeñar un papel funcional o de asistencia, frente a las competencias materiales que exigen de mecanismos directos de representación política<sup>51</sup>.

A tal fin, y de forma coherente con la definición constitucional de la provincia como “entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado”, la Ley de 1985 atribuyó a las diputaciones provinciales un doble papel.

En primer lugar, garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales (art. 31.1 Ley de 1985) a través de una serie de cometidos que evidencian el carácter subsidiario de la actividad provincial en el Gobierno local<sup>52</sup>.

Y, en segundo término, el legislador general las conformó como entidades de gestión ordinaria de los servicios autonómicos, con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de las comunidades autónomas (art. 37 Ley de 1985). Función esta última que perseguía racionalizar el crecimiento de la estructura administrativa autonómica. Sin embargo, la realidad, que pudo haber aconsejado que las diputaciones jugaran un papel determinante en la Administración periférica autonómica, discurrió por otros derroteros, con la consiguiente presión administrativa existente en la actualidad a nivel provincial.

La Ley de bases de 1985 estableció, como es bien sabido, una cláusula general de competencia consistente en “el fomento y administración de los intereses peculiares de la provincia” (art. 36.1.e). La dificultad de deslindar entre los intereses provinciales, autonómicos y locales, tarea cada vez más

50. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 51.

51. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 56.

52. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Navarra, 2007, p. 288.

necesaria para el legislador, incluso para una reforma constitucional, incorpora a esta cláusula un gran poder expansivo, bajo cuyo amparo las diputaciones provinciales desarrollaron actividades y servicios en ocasiones más propios del espacio autonómico que del interés local.

La realidad, sin embargo, condujo al crecimiento exponencial de las autonomías, que prescindieron de la solución apuntada por el legislador de régimen local, y optaron por desarrollar un potente aparato periférico que desplazó a las diputaciones provinciales del eje gravitatorio de la gestión municipal<sup>53</sup>.

En efecto, en lugar de buscar fórmulas de colaboración, de integración o sincronización, la capacidad financiera y competencial autonómica permitió, como señala VÁZQUEZ PITA, a las autonomías competir con las diputaciones incluso en su función de garantes de la solidaridad y del equilibrio intermunicipales, bien a través de programas de financiación de servicios y actividades municipales, bien ejerciendo competencias de asistencia técnica y administrativa a los ayuntamientos<sup>54</sup>.

En este sentido, en el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, las diputaciones provinciales asumían la prestación de gran parte de los servicios municipales de los ayuntamientos de población inferior a los 20 000 habitantes, cuando de la evaluación de los servicios resultase que la prestación municipal, ya fuera en razón de la naturaleza del servicio, la población, o la sostenibilidad financiera, no cumpliera con el coste estándar o fuere ineficiente en atención a las economías de escala. Es decir, a partir de un entendimiento vertical de la subsidiariedad, se prefería intervenir directamente el ente municipal en lugar de fortalecerlo o fomentar esquemas de colaboración intermunicipales.

La traslación competencial se producía en el Anteproyecto de una forma casi automática y ajena a la voluntad del ayuntamiento afectado, requiriendo únicamente un acuerdo del pleno provincial aprobando la asunción del servicio<sup>55</sup>.

Las resistencias políticas a la depredación provincial de una gran parte de los pequeños municipios, así como las consideraciones vertidas por el Consejo de Estado en su Dictamen 567/2013, facilitaron un proyecto de ley que sustituyó los mecanismos automáticos de traslación competencial por

53. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, p. 289, o M. SÁNCHEZ MORÓN, “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo I*, Iustel, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 337-389, 351 y ss.

54. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 57.

55. Vid. redacción dada al artículo 26 por el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

un sistema basado en la concertación entre las diferentes Administraciones implicadas.

El resultado final es un texto en el que toda traslación competencial a la diputación exige de su previa aprobación por el ayuntamiento, lo que devuelve a las diputaciones a su papel tradicional basado en la cooperación y en la asistencia a municipios. Papel, por cierto, que es el que mejor define el servicio y la funcionalidad de unas instituciones que conocen como nadie la realidad provincial en todos los órdenes, y que cuentan con personal altamente cualificado.

Por otra parte, frente a esta función se subraya la provincia como demarcación o área para el planeamiento a gran escala de aquellos servicios municipales que, por sus características, para su óptima y eficiente prestación requieren de una planificación y prestación a nivel supramunicipal.

En fin, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 26.2:

*En los municipios con población inferior a los 20 000 habitantes será la diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:*

- a) *Recogida y tratamiento de residuos.*
- b) *Abastecimiento de agua potable a domicilio y evaluación y tratamiento de aguas residuales.*
- c) *Limpieza viaria.*
- d) *Acceso a los núcleos de población.*
- e) *Pavimentación de vías urbanas.*
- f) *Alumbrado público.*

A diferencia del texto del Anteproyecto –que preveía por ministerio de la ley una suerte de transferencia de la competencia para prestar estos servicios–, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, exige que para dicha coordinación la diputación “*propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas*”.

El uso del término “coordinación” no está exento de polémica por su consideración jerárquica, y además podemos preguntarnos, con VÁZQUEZ PITA: ¿qué sucede si el municipio no otorga la conformidad a la propuesta de la diputación provincial? Del tenor transcrito parece deducirse que dicha propuesta no podrá tramitarse, por lo que la diputación no podrá ejercer la mal denominada “coordinación”<sup>56</sup>.

56. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 59.

En realidad, si en lugar de “coordinación” se hubiera escrito “cooperación” o “colaboración”, expresiones técnicamente más correctas, el precepto adquiriría sentido, puesto que la cooperación, y no la coordinación, demanda el consentimiento de los municipios afectados.

Entonces, si la actuación de la diputación es concertada, no se entiende que su ejercicio requiera de la aprobación del Ministerio de Hacienda y del informe preceptivo de la comunidad autónoma afectada. Esta intervención en la organización y prestación de los servicios municipales excede, en mucho, del control de legalidad, e invade la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Mención especial merece la nueva redacción que se da al artículo 36 de la Ley de bases por parte de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. En efecto, de la lectura de dicho precepto es menester tener en cuenta la supresión de la anterior competencia relativa al “fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia”, que constituía una cláusula competencial abierta discordante con el ánimo de contención competencial que inspira la Ley 27/2013.

En efecto, dicha omisión reduce la configuración legal del interés provincial definidor de la autonomía institucional de las diputaciones a la propia de una Administración netamente subsidiaria y centrada en la actividad municipal. Algo lógico que, unido a su vocación de Administración periférica de nivel provincial por excelencia, conforma la esencia y la naturaleza de la diputación provincial.

Desde esta perspectiva, el artículo 36.1.d) cobra un nuevo sentido. Este apartado –cuya redacción no se modifica– permite a las diputaciones “cooperar” al fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas. Es decir, se busca la Administración integrada o sincronizada.

Eliminada la cláusula general de competencia, la referencia a la “cooperación” subordina la actividad provincial a la actuación de otra Administración con competencia en la materia –sea o no local–. Esto significa que las diputaciones no podrán seguir desarrollando políticas de fomento económico y social propias, desligadas de las promovidas por las restantes Administraciones Públicas, evitando, con ello, evidentes duplicidades administrativas<sup>57</sup>.

La segunda novedad que introduce la Ley de 2013, en su nuevo artículo 36, se refiere al fortalecimiento de la competencia mal denominada de coordinación de los servicios municipales –letras a), c), h) e i)–.

57. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 60.

En efecto, el ejercicio de la mal llamada coordinación de los servicios municipales, tal y como se regula en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, exige del consentimiento de los municipios afectados, por lo que, como antes comentamos, más que de coordinación debemos tratar de una modalidad específica de cooperación interadministrativa. Dicha cooperación hasta la fecha podía articularse a través de la delegación. Sin embargo, tras la eliminación del artículo 27 de la técnica de la delegación entre entidades locales, la traslación a las diputaciones del ejercicio de la competencia para la prestación de servicios municipales deberá efectuarse a través de la ahora denominada coordinación para la prestación unificada. Este cambio de denominación permite diferenciar, como apunta VÁZQUEZ PITA, entre la delegación del Estado y de las autonomías en las entidades locales –sujeta a estrictos condicionantes financieros– y la delegación de los municipios a las diputaciones<sup>58</sup>, sujeta a condiciones financieras más laxas<sup>59</sup>.

La voluntad de centrar la actividad de las diputaciones en la asistencia a municipios, explica asimismo la enunciación de ciertas funciones que tenían perfecto encaje en el artículo 36.1.b) LBRL –asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, garantía de las funciones públicas necesarias, apoyo en la selección y formación de personal, soporte para la tramitación de procedimientos administrativos y realización de actividades materiales y de gestión–, o bien que ya se preveían en la legislación sectorial: prestación de servicios de administración electrónica<sup>60</sup> y contratación centralizada<sup>61</sup> en municipios de población inferior a los 20 000 habitantes<sup>62</sup>.

58. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 60.

59. Las condiciones financieras de la coordinación para la prestación unificada serán las reguladas en el plan económico-financiero (art. 116.bis) o en el artículo 26.2, para los supuestos allí regulados, según el cual: “Cuando la diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la diputación o entidad equivalente, será a esta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios”.

60. *Vid.* disposición final tercera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en cuyo apartado cuarto se dispone: “4. En el ámbito de las entidades que integran la Administración local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las diputaciones provinciales, o en su caso los cabildos y consejos insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos”.

61. *Vid.* arts. 204 y 205 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.

62. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 60.

Por último, se atribuye a las diputaciones la función de seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados en la provincia (art. 36.1.h), que deberán ser calculados por cada entidad con arreglo a la metodología que a tal efecto establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 116.ter).

A la obligación del seguimiento se une el obligatorio ofrecimiento de colaboración a los ayuntamientos, para la gestión coordinada de aquellos servicios municipales cuyos costes de prestación sean superiores a los de los servicios coordinados o prestados a nivel provincial.

Esta competencia fortalece la dimensión asistencial de las diputaciones, ya que con anterioridad no se obligaba a las mismas a ofrecer sus servicios a los ayuntamientos para la prestación de servicios, aunque se advierte que en la medida en que dicho ofrecimiento se limita a los servicios efectivamente coordinados o prestados por la diputación, el alcance de la obligación dependerá del catálogo de servicios asumido voluntariamente por esta.

La intervención de la diputación prevista en el artículo 116.bis, para el saneamiento económico-financiero de los ayuntamientos, refleja las tres notas características del nuevo esquema competencial: evaluación de la capacidad de gestión sobre la base de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; focalización de la actuación provincial en la asistencia a municipios, y concertación como presupuesto operativo de la vertiente dinámica del principio de subsidiariedad<sup>63</sup>.

---

63. J. M. VÁZQUEZ PITA, *op. cit.*, p. 61.

# Las ofertas de empleo público y la precariedad de la función pública: la Directiva 1999/70/CE, frente a las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado

ANTONIO SERRANO PASCUAL

*Doctor en Derecho. Secretario general de la Diputación Provincial de Huesca*

- 1. Introducción**
- 2. La interinidad en el empleo público**
  - 2.1. La regulación de los funcionarios interinos
  - 2.2. La interinidad en el sector público: cifras para la reflexión
  - 2.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las amortizaciones de plazas cubiertas interinamente
  - 2.4. Una nueva doctrina del Tribunal Supremo: consecuencias indemnizatorias en los supuestos de provisión reglamentaria de las plazas cubiertas con contratados laborales indefinidos no fijos
  - 2.5. La línea de separación entre funcionarios de carrera e interinos se debilita jurisprudencialmente
- 3. La oferta de empleo público**
- 4. El efecto de las leyes de Presupuestos Generales del Estado en la interinidad de los empleados públicos, a través de las limitaciones en las ofertas de empleo público**
- 5. La nueva perspectiva del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 29 de octubre de 2010, y el retroceso de las sentencias de 13 de noviembre de 2013 y de 2 de diciembre de 2015**

---

*Artículo recibido el 28/09/2016; aceptado el 11/10/2016.*

## 6. El impacto de las directivas comunitarias en el empleo público

- 6.1. La aplicación de las directivas comunitarias y su incidencia en relación con la legislación nacional
- 6.2. La lucha frente a la precariedad en el empleo público. La Directiva 1999/70/CE y el asunto *Mascolo, Napolitano y otros*

## 7. A modo de reflexiones finales

## 8. Nota final

### Resumen

Las prohibiciones y restricciones en materia de ofertas de empleo público, contenidas en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, están provocando el efecto de envejecimiento de las plantillas, de un incremento de las tasas de empleo interino y de un mayor coste económico a largo plazo, debilitando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Al mismo tiempo, ante el abuso de la interinidad, se está vulnerando la Directiva 1999/70/CE, que obliga a promover políticas de empleo conducentes a evitar la temporalidad, como así ha sido interpretado, referido al Estado italiano, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014.

Palabras clave: *ofertas de empleo público; empleo temporal e interino; leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado; Directiva 1999/70/CE.*

***Public employment positions and the instability in the public employment: Directive 1999/70/EC vis a vis Spanish annual budgetary laws***

### Abstract

*The prohibitions and restrictions in public employment, established in the annual budgetary laws, are leading to the ageing of the public personnel, an increase of the temporal employment and a higher economic cost in the long term, weakening the principles of equality, merit and capacity.*

*At the same time, taking into account the abuse of the temporality, the article argues the violation of Directive 1999/70/EC, which obliges the promotion of employment policies avoiding temporality. In this line, the article*

*highlights the judgment of 26 November, of 2014, of the Court of Justice of the European Union.*

**Keywords:** public employment positions; temporal employment; annual budgetary laws; Directive 1999/70/EC.

## 1

### Introducción

El mito de la estabilidad presupuestaria, consagrado constitucionalmente en España a partir de la reforma del artículo 135 de la Constitución española de 1978 (CE), en el verano de 2011, ante las presiones de la Unión Europea y especialmente del Banco Central Europeo, que exigió medidas para devolver la credibilidad a la deuda pública española, ha dado nuevas alas a un problema que ya se arrastraba tradicionalmente en la Administración Pública española, el de las altas tasas de interinidad de los empleados públicos.

El sombrío panorama que supusieron las cesantías decimonónicas, reflejadas en la literatura costumbrista del siglo XIX, de la que es un buen ejemplo PÉREZ GALDÓS, con su obra *Miau*, ahora se nos presenta con renovados bríos, bajo el nuevo cuño de las interinidades, quebrando el revolucionario principio de igualdad de oportunidades, que dejaba atrás el Antiguo Régimen, y haciendo que la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera opere cada vez en menor medida.

Como se intentará demostrar en este artículo, nada tiene que ver la pretendida regulación de las diferentes leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado con la estabilidad presupuestaria, cuando estamos ante plazas estructurales que no han sido amortizadas, cuyas vacantes son cubiertas interinamente durante años, y que conllevan un mayor coste incluso del que supondría su provisión reglamentaria.

Los efectos demoledores se observan sin ningún esfuerzo en el conjunto de las Administraciones Públicas, con una cada vez mayor edad media de los funcionarios de carrera, que hacen difícilmente sostenible a corto plazo el modelo vigente, y en las que los procedimientos constitucionales de acceso al empleo público, basados en la igualdad, el mérito y la capacidad –apoyados en la publicidad de las convocatorias–, son postergados, a favor del acceso a la condición de interino sin las garantías exigidas por el derecho fundamental de configuración legal de acceso en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos, que se recogieron en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y que hoy se contienen en

el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), especialmente en el artículo 10 y en el Título IV, sobre adquisición y pérdida de la relación de servicio.

La vulneración de la igualdad de oportunidades y la existencia de personal interino, de las que deriva la precariedad de los empleados públicos, hacen comprensible que la sociedad desconfíe de los aparatos administrativos, que carecen de los requisitos imprescindibles para servir a los ciudadanos con objetividad, imparcialidad e independencia, frente a los Gobiernos respectivos.

Nos encontramos ante un modelo de burocracia politizada, presente en la provisión de puestos de trabajo –ante el crecimiento imparable de la libre designación–, en los puestos de confianza o asesoramiento especial, o en la ausencia de una función directiva profesional, pero que se encuentra arraigada mucho antes, en el acceso a la condición de funcionario de carrera, en su reclutamiento, con uno de sus puntos más débiles, por mor de una legislación de Presupuestos Generales del Estado que provoca el efecto de inducir mecanismos de corrupción, al eludir la igualdad de oportunidades y provocar la ablación del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas contemplado en el artículo 23 CE.

Ante este estado de cosas, incardinado dentro de los males que aquejan al empleo público español, una abortada corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, centrada en los principios constitucionales de acceso al empleo público, y sobre todo la novedosa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), interpretando la Directiva 1999/70, al combatir la utilización abusiva del empleo temporal, suponen una esperanzadora piedra de toque para la solución de un problema enquistado y que requiere un giro copernicano.

## 2

### La interinidad en el empleo público

#### 2.1

#### La regulación de los funcionarios interinos

El artículo 10 de la LEBEP, al regular con carácter básico a los funcionarios interinos, diferencia el supuesto de interinidad para cubrir plazas vacantes cuando su cobertura no sea posible por funcionarios de carrera –al que nos vamos a referir en este trabajo–, de otros supuestos, como son los interinos nom-

brados para la sustitución transitoria de los titulares de las plazas, así como para la ejecución de programas de carácter temporal con el límite temporal de tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública, y para los casos de exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

En todas estas circunstancias, el citado artículo 10 exige la concurrencia de razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, y el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, a través de procedimientos ágiles.

El supuesto de interinidad con cargo a vacante es contemplado específicamente en el apartado 4 de este mismo precepto, indicando que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Con anterioridad a esta regulación, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, no contenía una previsión singular sobre los interinos con cargo a vacante, sino que reconducía su situación, en el artículo 18 de esta norma, a la oferta de empleo público, debiendo contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallasen vacantes, e indicando las que de ellas debían ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes.

La disposición transitoria cuarta del EBEP –actualmente, de la LEBEP– previó la consolidación de empleo temporal, facultando para efectuar procesos de consolidación de puestos o plazas de carácter estructural que estuviesen dotados en los presupuestos, y se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005, con arreglo a las reglas que en dicha disposición se contienen, precepto que desde la perspectiva de la Constitución española tiene muy difícil encaje.

Hay que recordar, en este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional –por todas, la STC 130/2009–, en la que se declara que el artículo 23.2 CE, en relación con el artículo 103.3, también de la Carta Magna, contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, a lo que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública, así como, en principio y salvo excepciones, las llamadas pruebas restringidas para el acceso a la función pública. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado como situación excepcional y transitoria la derivada de la construcción del Estado autonómico y la consolidación de sus Administraciones emergentes.

Pero lo que pudo tener una justificación, hoy día carece de ella, porque el Estado autonómico está plenamente desarrollado y no concurren ya las circunstancias que pudieron impulsar a soluciones extraordinarias en el acceso al empleo público, sino la aplicación rigurosa y estricta del mandato constitucional, y no puede plantearse la consolidación de empleo interino como una solución, porque supondría una diferencia de trato injustificable, provocada por la propia Administración Pública, y la ablación del derecho fundamental, el *ius ad officium*, de configuración legal de acceso en condiciones de igualdad, proclamado en el artículo 23 CE.

## 2.2

### La interinidad en el sector público: cifras para la reflexión

El problema es de una gran magnitud, porque según el Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de enero de 2015, los empleados públicos a esa fecha son 2 544 804, en torno a 140 000 menos que los existentes en enero de 2012. De ellos, 214 831 corresponden a la Administración del Estado, 147 115 a las Universidades, 1 284 026 a la Administración de las comunidades autónomas, y 577 164 a la Administración local.

Pues bien, la distribución del total de empleados públicos arroja el dato de que el personal funcionario de carrera asciende a 1 575 535, el personal laboral a 621 844, y en el epígrafe “otro personal”, en el que se comprende agregadamente a interinos y a eventuales, la cifra es de 347 425 personas. Debe precisarse también que dentro del personal laboral, en el Estado, del total de 52 588 contratados laborales, tiene carácter temporal en torno a un 7 %, sin desagregarse en el boletín la circunstancia de dicha temporalidad, y no figura ese dato tampoco respecto del empleo de las comunidades autónomas y el de las entidades locales.

El informe del Defensor del Pueblo, de 2003, sobre funcionarios interinos y sobre la provisionalidad y temporalidad en el empleo público, y el informe del Consejo Económico y Social, de 2004, sobre la temporalidad en el empleo en el sector público, revelaron el injustificado aumento intenso en los últimos años de la temporalidad continuada de los empleados públicos, manifestado intensamente en la sanidad, en la educación y en las Administraciones de las entidades locales y de las comunidades autónomas.

A su vez, la Comisión de expertos designada para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, por la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, abordó la problemática de la interinidad y de las ofertas de empleo público, constatando la excesiva tasa de temporalidad existente

en el empleo público español, y constató que, entre las causas que habían provocado su aumento más allá de lo razonable, se encontraban la ausencia de normas que impusiesen la inclusión de las vacantes en las ofertas anuales de empleo público, la falta de agilidad de los procesos de selección, la falta de planificación de personal, los problemas de ordenación de los efectivos humanos y las dificultades para su movilidad. Asimismo, sostuvo que este estado de cosas se veía propiciado por las limitaciones derivadas de las leyes de Presupuestos Generales del Estado, afirmando que la interinidad o la temporalidad no justificaban la inaplicación de las garantías de igualdad, mérito y capacidad en su selección, aunque debiesen ser ágiles.

En cualquier caso, a pesar de esos diagnósticos certeros y de la entrada en vigor del EBEP, podemos afirmar que más de un 20 % del empleo público español es interino con cargo a vacante presupuestaria, porcentaje que se va incrementando año tras año, porque la aplicación de las leyes de Presupuestos Generales del Estado provoca que los interinos con cargo a vacante, debido a las tasas de reposición de efectivos y a la lenta ejecución de los procesos selectivos, aumenten año tras año.

### 2.3

#### **La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las amortizaciones de plazas cubiertas interinamente**

Como se ha indicado, el artículo 10.4 del EBEP obliga a incluir las plazas cubiertas interinamente con cargo a vacantes en la oferta de empleo público, salvo que se decida su amortización, y, en lo que se refiere al personal laboral del sector público, venía siendo considerada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como un título válido para extinguir la relación laboral, sin derecho a indemnización, ya que sostenía el Alto Tribunal que se trataba de contratos sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de estas plazas, y por tanto la amortización impedía tal provisión y el contrato quedaba extinguido *ex* artículos 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y 1117 del Código Civil.

El impacto de la crisis económica, y en el marco de la reforma laboral de 2012, ha provocado amortizaciones de plazas que estaban siendo cubiertas por contratados interinos o por contratados indefinidos pero no fijos en las Administraciones Públicas, surgiendo una nueva jurisprudencia, que supone un cambio radical en esta materia.

En concreto, esta jurisprudencia se inicia con las sentencias, de 24 de junio y de 14 de julio de 2014, en las que se rectifica la doctrina anterior, con

apoyo en la disposición adicional 20.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, que al dar prioridad de permanencia al personal fijo afecta también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante, aplicando respectivamente los artículos 51 y 52.c) al personal laboral de las Administraciones Públicas, en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos por causas individuales por causas objetivas.

El Tribunal Supremo considera ahora que se está ante una obligación a plazo, a término, y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita, con el siguiente razonamiento (FJ 2.º de la Sentencia de 24 de junio de 2014):

*De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4.2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que [...] no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del EBEP). La amortización de esos puestos de trabajo, [...] no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse [...].*

A su vez, en la Sentencia de 14 de julio de 2014, el Tribunal Supremo reitera estos argumentos, insistiendo en que los contratos de interinidad por vacante están sujetos al cumplimiento del término pactado (la cobertura reglamentaria de la plaza) y no a una condición resolutoria, porque las obligaciones condicionales (artículos 1113 y ss. del Código Civil) son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto, en tanto que en las obligaciones a término se sabe que el plazo necesariamente llegará, en forma determinada (se conoce que llegará y cuándo ello tendrá lugar) o indeterminada (se cumplirá, pero se desconoce el momento); y se añade, en su FJ 2.º:

*Por ello, tanto en los supuestos de nuda interinidad por vacante, como en los de su transformación en indefinido no fijo por el transcurso del plazo máximo [...] a) La amortización de la plaza desempeñada por mo-*

*dificación de la relación de puestos de trabajo no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos, porque no están sujetos a condición resolutoria, sino a término; y b) Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (cauce ya previsto por la disposición adicional 20.ª del Estatuto de los Trabajadores).*

Destacamos, pues, de esta novedosa jurisprudencia que la amortización de plazas en las plantillas de personal, y de los correspondientes puestos en las relaciones de puestos de trabajo, no va a ser suficiente en orden a la extinción de los contratos de trabajo por interinidad o de los indefinidos no fijos, sino que habrá que seguir los cauces de los artículos 51 y 52.c) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, para los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos por causas individuales por causas objetivas, respectivamente, con las consecuencias indemnizatorias que de ello se derivan, frente a la anterior jurisprudencia.

Igualmente, no ha de pasar desapercibido el hecho de que el Tribunal Supremo, en el ámbito del personal laboral, declare que necesariamente se han de cubrir las vacantes a través de la oferta de empleo público –salvo el supuesto de amortización–, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 70 del EBEP, y de que considere que el plazo se ha fijado por la norma y que “depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección”, sin reparar en las previsiones de la respectiva ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

## 2.4

### **Una nueva doctrina del Tribunal Supremo: consecuencias indemnizatorias en los supuestos de provisión reglamentaria de las plazas cubiertas con contratados laborales indefinidos no fijos**

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, dictada en unificación de doctrina, ha analizado y resuelto sobre las consecuencias que debe conllevar en el plano indemnizatorio el cese de un trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública, cuando dicho cese se lleva a cabo a causa de la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, pasando a ocupar dicha vacante la persona que ha superado las pruebas reglamentarias convocadas al efecto, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El Alto Tribunal recuerda la sentencia citada, de 24 de junio de 2014, sobre amortización de plazas cubiertas con interinos o con indefinidos no fijos, y declara en su Fundamento Jurídico 3.º que se ha llevado a cabo un proceso reglamentario, con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, que han conducido al nombramiento para la plaza ocupada por la actora de la persona que ha superado esas pruebas, y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, *ex* artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores; y añade que la solución indemnizatoria prevista en la letra c) del citado precepto es aplicable a este caso: “desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones ya explicadas en relación con los principios de acceso a puestos públicos”.

El referido artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores —completado con la previsión contenida a su vez en su disposición transitoria 13.ª— establece que el contrato se extinguirá por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, añadiendo que a la finalización del mismo, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a ser indemnizado, concretada dicha indemnización en ocho días por cada año de servicio.

A esta solución llega también el Tribunal Supremo a partir de la doctrina del TJUE, mediante Auto de 11 de diciembre de 2014, recaído en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 1 de Granada, sobre el alcance de la Directiva 1999/70 del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, y en relación con el cese sin indemnización de una trabajadora, que había estado contratada con diferentes contratos de duración determinada, por la cobertura reglamentaria de una plaza del Ayuntamiento granadino de Huétor Vega.

Acerca del impacto de la Directiva 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada, tendremos ocasión más adelante de efectuar una valoración más extensa, pero digamos de entrada que este Auto de 11 de diciembre de 2014 declara que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una ley nacional, que no incluye ninguna medida efectiva para evitar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, y que corresponde al juez

interno señalar qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador, por considerar que esta medida es suficientemente efectiva para sancionar los abusos.

Como vemos, se da un nuevo paso, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en orden a reconocer el derecho a ser indemnizado no solamente cuando se amortizan las plazas cubiertas interinamente o con indefinidos no fijos, que requiere el cumplimiento de los trámites para el despido individual o colectivo, según los casos, lo que supuso una novedad como hemos visto en las sentencias referenciadas de 2014, sino también ahora cuando se cubre reglamentariamente la plaza cubierta con un indefinido no fijo, entendiéndose que estamos ante un cese y no ante un despido, como consecuencia precisamente de la provisión reglamentaria de la plaza. Con esta doctrina se ha abierto un panorama nuevo, cuyas consecuencias todavía no se han valorado suficientemente en las Administraciones Públicas, y que a buen seguro avanzará por terrenos inexplorados actualmente.

Nos estamos refiriendo, en concreto, a la temporalidad en el empleo público, no ya en régimen laboral, como hemos ido reflejando, sino como funcionario con nombramiento interino, de forma que toda la arquitectura institucional establecida ante la figura de los funcionarios interinos con cargo a vacante, en muchos casos con esa relación funcional mantenida durante largos años, al trasladar la doctrina del TJUE, contenida en la repetida Sentencia de 11 de diciembre de 2014, va a suponer un serio cuestionamiento de la figura de los nombramientos interinos.

Las prohibiciones y limitaciones contenidas en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, sobre las ofertas de empleo público, pueden acabar suponiendo la obligación de indemnizar también cuando se cubran reglamentariamente las plazas que han venido siendo provistas por funcionarios interinos, con lo que además de una mayor cotización derivada de la condición de interinidad, por la cobertura de desempleo, la pretendida estabilidad presupuestaria quedará en evidencia, porque además de la vulneración del acceso en condiciones de igualdad, no habrá existido ningún ahorro respecto de las plazas que por su carácter estructural no hayan sido amortizadas.

## 2.5

### **La línea de separación entre funcionarios de carrera e interinos se debilita jurisprudencialmente**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia *del Cerro Alonso*, de 13 de septiembre de 2007, al reconocer el derecho al percibo

de trienios de los funcionarios interinos, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE, dio un aldabonazo para evitar la discriminación sin base objetiva entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, afeando la conducta al legislador del EBEP, que había establecido en su artículo 25 que la efectividad de dichos trienios se produciría a partir de la entrada en vigor del propio EBEP, es decir, el 13 de mayo de 2007, sin reparar en que el plazo para trasponer la citada Directiva había vencido ya el 10 de julio de 2001, fecha a partir de la cual ya era plenamente exigible a la Administración Pública española el abono de trienios por su personal interino.

Asimismo, en la citada Sentencia se declaró que la Directiva se oponía a la legislación española que, en materia de promoción interna, desconociese el tiempo trabajado como funcionario interino para entender cumplido el requisito temporal que habilitaba el acceso a dicha promoción interna.

Este mismo criterio se mantiene en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 2011, recurso 39/2009, declarando que los efectos retroactivos de los trienios del personal interino de las Administraciones Públicas no pueden limitarse a la entrada en vigor del artículo 25.2 del EBEP, sino que tienen que comprender, dentro del plazo de prescripción, el período a partir de la obligación de transposición de la Directiva 1999/70/CE, que, como se ha dicho, es de 10 de julio de 2001.

El Tribunal Supremo, también, en la Sentencia de 22 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación en interés de la ley núm. 5303/2011, ya se pronunció favorablemente a la equiparación de los profesores funcionarios interinos con los profesores funcionarios de carrera, aplicando la doctrina contenida en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el Auto del mismo Tribunal, de 9 de febrero de 2012 (asunto C-556/11), a los efectos de reconocerles el derecho a “sexenios”.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 2015, tomando como base los pronunciamientos anteriores del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el Auto *Lorenzo Martínez*, de 9 de febrero de 2012, en que el Tribunal comunitario consideró que la Directiva 1999/70 se oponía a una normativa como la española que limitaba, sin ninguna justificación por razones objetivas, el reconocimiento de sexenios a los profesores funcionarios de carrera de educación secundaria, sin extenderlo a los interinos, estima el recurso de amparo interpuesto y declara que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2015 declara que la reducción de jornada al margen del artículo 47 ET no debe impedir que se extienda la protección de desempleo a los funcionarios interinos a tiempo parcial, ante el Decreto-ley 1/2012, de la Comunidad Valenciana, aunque se trate, como dice la mencionada Sentencia, de relaciones de derecho administrativo, y precisa que: “no están comprendidas ni las reducciones definitivas ni las que se extiendan a todo el periodo que resta de vigencia del contrato de trabajo”.

### 3

#### La oferta de empleo público

El artículo 70 del EBEP—hoy contenido en el mismo artículo de la LEBEP—establece que las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, serán objeto de la oferta de empleo público o de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que conllevará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un 10 % adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

Sigue diciendo este precepto que la oferta de empleo público o instrumento similar se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, y deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente, y que podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos. Como ya señalamos, este precepto debe ponerse en conexión con el artículo 10.4 de la LEBEP, ya que aquí se concreta que, en el supuesto de interinidad con cargo a vacante, las plazas desempeñadas por interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en el siguiente, salvo que se decida su amortización.

El tenor literal de estos preceptos es suficientemente claro. De modo imperativo, se establece la obligación de aprobar ofertas de empleo público, que deberá desarrollarse en el plazo improrrogable de tres años, para cubrir las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria, y dentro de la oferta de empleo público deben incluirse necesariamente las

plazas cubiertas interinamente con cargo a vacante, en el ejercicio en que se produce el nombramiento interino y, si no fuera posible, en el siguiente, salvo que se decida su amortización.

En el debe del citado artículo 70 está, no obstante, la previsión de que la oferta deba desarrollarse en el plazo improrrogable de tres años, lo que ha hecho, con una interpretación literal del mismo, que lo que se planteó como un elemento positivo para conseguir que no se prolongasen innecesariamente los procesos de ejecución de las ofertas de empleo público, haya devenido en una frustración, porque no se ha establecido sanción alguna ante la negligencia que, en su caso, haya podido propiciar la superación del plazo de los tres años, y porque esa interpretación ha llevado a declarar la caducidad de algunas ofertas de empleo, provocando así el efecto de un mayor incumplimiento del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad.

Lamentablemente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no fija obligaciones de publicidad activa para el sector público, referidas a las ofertas de empleo público o a los procesos de selección de empleo interino, a lo que responden parcialmente algunas leyes autonómicas, o el artículo 16 de la propuesta de Ordenanza tipo en materia de transparencia de la FEMP, de 27 de mayo de 2014.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 1 de abril de 2009, recurso de casación 4203/2004, señalaba en su FJ 5.º, sobre el alcance que debe otorgarse a una oferta de empleo público: “a) consiste tan solo en determinar las plazas vacantes que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio anual a que está referida; b) no conlleva ni produce la iniciación del correspondiente proceso administrativo destinado a seleccionar y nombrar las concretas personas que habrán de ocupar dichas plazas, pues esto corresponde a la ulterior convocatoria que ha de realizarse con esta finalidad”.

Llegados a este punto, podemos empezar a respondernos a la pregunta que nos debemos plantear, es decir, ¿qué ha sucedido para que nos encontremos con que los preceptos básicos del EBEP han sido desactivados por las Administraciones Públicas con la excusa pueril de la crisis económica, la cual no ha impedido sin embargo que se haya transformado personal funcionario de carrera en personal interino, ocupando plazas estructurales?

## 4

### **El efecto de las leyes de Presupuestos Generales del Estado en la interinidad de los empleados públicos, a través de las limitaciones en las ofertas de empleo público**

Con anterioridad al EBEP, las diferentes leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, con escasas diferencias entre ellas, determinaban que el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público sería, como máximo, igual al 100 % de la tasa de reposición de efectivos, incluyendo dentro de ese límite todas las plazas desempeñadas por personal interino, nombrado o contratado en el ejercicio anterior, excepto aquellas sobre las que existiese una reserva de puesto o que estuviesen incursas en procesos de provisión, con algunas previsiones específicas respecto de las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o las Policías autonómicas, así como en el ámbito de la Administración local.

Asimismo, una nota característica en ellas era también que, con independencia de las limitaciones del 100 % de la tasa de reposición de efectivos, las Administraciones Públicas podían convocar las plazas que, estando dotadas en los presupuestos, se encontrasen desempeñadas interina o temporalmente en el anterior ejercicio presupuestario. Además, los nuevos nombramientos y contrataciones de personal interino, efectuados para casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, computaban a efectos de cumplir el límite máximo de la tasa de reposición de efectivos en la oferta de empleo público correspondiente al mismo año en que se producían y, si no era posible, en la siguiente oferta.

La voluntad concretada por el legislador básico del EBEP había que ponerla en relación, a partir de su entrada en vigor, con las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, para ver el impacto real en el empleo interino, y si observamos la regulación contenida en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, ya se es consciente de que el camino seguido por esta legislación iba a desactivar el EBEP, apenas unos meses después de su entrada en vigor.

En efecto, en lugar de acomodarse al EBEP la citada Ley 51/2007, lo que se dispuso en su artículo 23 fue que, dentro del límite del 100 % de la tasa de reposición de efectivos, siguiera computándose a los nombramientos interinos o a los contratos temporales, y, además, no se obligaba a convocar los puestos o plazas dotados presupuestariamente desempeñados interina o temporalmente, que como posibilidad contemplaba la LPGE para el año anterior. A consecuencia de ello, en lugar de transitar por el camino abierto por el artículo 10.4 del EBEP, se vino a dar carta de naturaleza a que el empleo

interino en España fuese incrementándose, como se puso de manifiesto con la serie de leyes de Presupuestos Generales que se aprobaron a continuación.

Pues bien, del examen de las leyes de Presupuestos Generales del Estado, en el período analizado 2007-2016, se desprende que se ha producido un proceso significativo en la reducción de las ofertas de empleo público, partiendo de una tasa de reposición de efectivos del 100 %, pasando por el 30 %, el 15 % y el 10 %, hasta llegar a las leyes para 2012, 2013, 2014 y 2015, en las que se prohíbe la incorporación de nuevo personal, salvo el derivado de ofertas de empleo público de ejercicios anteriores, y de las excepciones también señaladas hasta llegar al 10 % en determinados sectores, al 50 % en 2015, o al cien por cien en el caso de la policía local y de prevención y extinción de incendios, así como en 2016 para determinados sectores. Al mismo tiempo, desde la posibilidad de convocar las plazas desempeñadas por personal interino –sin computar dentro de la oferta de empleo público, que se señalaba en la LPGE para 2007–, sorprende y merece un serio reproche jurídico que, ya a partir de la LPGE para 2008, en plena vigencia del EBEP, no figure esta posibilidad, apartándose así de la letra y del espíritu del EBEP.

Igualmente, el hecho de que los nombramientos interinos y las contrataciones temporales, aunque sujetos a restricciones –ampliadas a partir del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público–, se hayan venido produciendo en el marco de las disponibilidades presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas, ha venido provocando un panorama insostenible del empleo público envejecido y precario, unido a la pérdida de puestos de trabajo en el conjunto del sector público.

Ha pasado desapercibida para la doctrina la circunstancia introducida por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que ha seguido en las de 2015 y 2016, previendo que, junto a los límites que se introducen, incluido el de la aprobación de la oferta de empleo público antes de la finalización del año natural correspondiente, se supedite la validez de la oferta a un nuevo condicionamiento –que constituye una patente de corso para mantener el actual sistema de precariedad del empleo público español–, es decir, la publicación de la convocatoria de las plazas en el Diario oficial de la comunidad autónoma o, en su caso, del Estado, en el plazo improrrogable de tres años, a contar desde la fecha de la publicación de la Oferta de Empleo Público en la que se incluyan las citadas plazas, con los requisitos establecidos en el párrafo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Con esta previsión, la Ley de Presupuestos Generales del Estado vuelve a apartarse de las previsiones contenidas en el artículo 70 del EBEP, a pesar de que se le invoca con escaso rigor, ya que este precepto lo que establece es que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, mientras que ahora la norma presupuestaria lo que hace es alargar el proceso de la oferta de empleo público, subrepticamente, lo que apreciaremos con claridad si se ilustra con un simple ejemplo.

Pensemos, en este orden de cosas, en la oferta de empleo público de una Administración local para 2016 –que supone abarcar plazas vacantes existentes en 2015–, con posibilidad de ser válidamente aprobada hasta el 31 de diciembre de 2016, y cuya publicación no se señala expresamente en la normativa examinada, por lo que podría ampliarse en el tiempo. Pero aunque dicha publicación se efectuase dentro del mismo 2016, ahora la norma presupuestaria no dice que deba ser ejecutada la oferta en el plazo de tres años, sino que la convocatoria de las plazas se efectúe en el plazo improrrogable de tres años a contar desde la fecha de publicación de la oferta, con lo que siguiendo con nuestro ejemplo nos podríamos encontrar con una convocatoria efectuada a finales de 2019, todavía pendiente de ejecutar y que podría alargarse en el tiempo, de forma que como muy rápido podríamos hablar de la finalización de los procesos selectivos de dicha oferta avanzado 2020, es decir, un periodo de cinco años en el que se habrá contado con personal interino y sin dar satisfacción al derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Siguiendo con el ejemplo anterior, ello supondrá además que no se habrá puesto coto al empleo interino preexistente al margen de la tasa de reposición de efectivos, y se considerará como normal lo que debía tener justificación desde el punto de vista de la urgencia, pero no desde el de una política de recursos humanos ajustada a la Constitución española de 1978 y, como veremos más adelante, al derecho comunitario, que proscribía los abusos en la temporalidad del empleo, tanto del privado como del público.

Ante esto, puede sostenerse que la auténtica voluntad del legislador, puesta de manifiesto año tras año, es la de perpetuar un modelo de empleo público precario y facilitar el desarrollo de políticas que no remuevan los obstáculos existentes para el acceso de los servidores públicos de acuerdo con los principios constitucionales, como si no interesase abandonar de una vez las nuevas cesantías decimonónicas, en las que parecen encontrar acomodo los actores intervinientes: representantes sindicales, aquellos interinos que han abandonado la idea de ingresar en la Administración sobre la base del mérito y la capacidad y prevén estar durante años y años, acaso hasta la

jubilación, en una situación a todas luces irregular, y unos órganos de gobierno no especialmente proclives a contar con personal funcionario de carrera.

## 5

### **La nueva perspectiva del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 29 de octubre de 2010, y el retroceso de las sentencias de 13 de noviembre de 2013 y de 2 de diciembre de 2015**

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de octubre de 2010, RJ\2010\8233 –recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona–, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la oferta de empleo público del Gobierno de Aragón para 2007, en el recurso de casación promovido por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de mayo de 2008, que casa y anula, y estima el recurso contencioso-administrativo, declarando contrario a derecho y anulando el Decreto 67/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprobó dicha oferta de empleo público para 2007, “en tanto omite en la misma todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos”.

El Alto Tribunal rechaza, en primer lugar, la oposición de CC.OO., que alegaba la falta de legitimación de la Asociación, anulando la oferta de empleo público de 2007, sobre la base de las previsiones del artículo 10.4 del EBEP, en el sentido de que todas las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Considera el Tribunal Supremo que estamos ante una ilegalidad que afecta a un derecho fundamental, el previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española de 1978, de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, derecho fundamental de configuración legal, y lo razona de la forma siguiente:

*[...] pues no hay mayor negación de derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Frente a dichos preceptos no cabe admitir los argumentos de la Administración recogidos en la Sentencia de que el hecho de no sacar todas las plazas de interinos se debía a la razón de mejorar los procesos selectivos futuros, impidiendo que bajara la calidad de los seleccionados y que en el futuro no pudiera haber ofertas públicas, al no existir vacantes. Pero ello ocurrirá si los tribunales calificadoros no cumplen con el rigor de la exigencia de la capacidad y*

*mérito necesario a la hora de seleccionar, no teniendo por qué cubrirse todas las vacantes en el mismo proceso de selección. Tampoco cabe alegar motivos económicos y de autoorganización, pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental alegado por los recurrentes.*

El fallo no puede ser más claro y tiene consecuencias decisivas para el empleo público español, como ha tenido ocasión de comentar SÁNCHEZ MORÓN, en dictamen<sup>1</sup> de septiembre de 2011, página 5, que parte de reconocer las altas tasas de interinidad, y afirma que: “no tienen justificación alguna, ni en términos jurídicos ni de buena administración”, situación que, añade: “beneficia en exclusiva a quienes accedieron a un empleo público de manera supuestamente provisional mediante criterios poco o menos rigurosos o incluso, en no pocos casos, sin publicidad y competencia alguna, y excluye la posibilidad del resto de los ciudadanos de participar en procedimientos de selección en condiciones de igualdad”.

En realidad, el Tribunal Supremo considera irrelevante la limitación contenida en la LPGE para 2007, que, como hemos visto, precisaba que, dentro del límite del 100 % de la tasa de reposición de efectivos, estaban comprendidos los puestos y plazas desempeñados interinamente –salvo los reservados–, y ello tiene una enorme trascendencia, porque lo sustancial es que si existen interinos con cargo a vacantes, salvo que se lleve a cabo su amortización, necesariamente han de incluirse en las oportunas ofertas de empleo público, es decir, deben incluirse todas las plazas cubiertas por funcionarios interinos, como ha manifestado el Tribunal Supremo con una claridad que no precisa de ningún esfuerzo hermenéutico.

En el indicado dictamen sobre esta Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, se señala en su página 16, ante las limitaciones presupuestarias:

*En la práctica, si incluyen, como es legalmente necesario, todas esas plazas vacantes en la oferta de empleo público correspondiente, pero aplicando la tasa máxima permitida de reposición, podrían perder muchos efectivos (se refiere a las Administraciones Públicas). En consecuencia, Gobiernos autonómicos y locales encuentran en ello otro motivo para incumplir la ley, no publicando la oferta de empleo público en*

1. El Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino puede consultarse en: <http://www.aciaae.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html>.

*ciertos años o aplicando la tasa de reposición solo a las plazas vacantes no desempeñadas por interinos, que son las únicas que, con esos límites cuantitativos, se incluyen en las ofertas de empleo público. El efecto real que ello produce suele ser un incremento del número de empleados en situación de interinidad, pues por un lado no se reduce el que ya ocupa vacantes y, por otro, se acude con cierta frecuencia a nuevos nombramientos o contrataciones puntuales sin el trámite previo de la oferta de empleo público.*

Por ello, hay que celebrar la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 10 de febrero de 2012, recaída en un nuevo recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa, recurso núm. 328/2011, procedimiento especial de derechos fundamentales, en esta ocasión contra el Decreto 83/2011, de 5 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2011, y el Decreto 133/2011, de 14 de junio, que modifica la anterior disposición.

La Asociación demandante solicitaba la inclusión en la oferta de empleo de 2011 de todas las plazas reservadas a funcionarios y trabajadores, cubiertas por personal interino o temporal —que afectaban a prácticamente un tercio de la plantilla—, a las que venía legalmente obligado el Gobierno de Aragón, con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, y, con rotundidad, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en Sentencia de 10 de febrero de 2012, declara:

*Pues bien, a tenor de la anterior doctrina es obvio que la Administración demandada vulneró el principio de igualdad en el acceso a la función pública, al omitir en la oferta de empleo público la relación de las vacantes cubiertas por personal interino sin que pueda inferirse conclusión distinta de las leyes de Presupuestos estatal y autonómica [...].*

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón añade: “sin que a tenor de la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo referida pueda sostenerse que exista identidad entre la oferta de plazas de nuevo ingreso para el sector público, que como máximo será el 10 % de la tasa de reposición de efectivos, con la oferta de empleo público de las plazas cubiertas por personal interino, que con arreglo a los preceptos legales y doctrina enunciada deben ser incluidas, sin que la Administración a tenor de lo expuesto pueda aducir motivos económicos y de autoorganización para no dar cumplimiento a lo anterior”, dejando sin efecto los decretos citados, que se anulan y se dejan sin efecto, “en cuanto omiten en los mismos todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos [...]”.

La celebrada Sentencia de 29 de octubre de 2010 sufrió, sin embargo, una primera matización por el propio Tribunal Supremo, en la nueva Sentencia de 20 de noviembre de 2013, 5591/2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CC.OO. frente a la oferta de empleo público en el ámbito del Ministerio de Justicia, para 2012. En ella se declara: *[...] independientemente de lo vertido en la STS de 29 de octubre de 2010, debe estarse al marco regulador del periodo controvertido. No ha de olvidarse que en la antedicha STS recaída en el recurso de casación 2448/2008 constaba en su FJ segundo que el art. 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad de Aragón sostiene que “las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios”.*

Pero recientemente se ha podido constatar que el Tribunal Supremo vuelve a insistir en esa matización, como ha sucedido con la Sentencia, de 2 de diciembre de 2015, recaída en recurso interpuesto por la referida Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa frente al Real Decreto 228/2014, que aprueba la oferta de empleo de la Administración del Estado para el año 2014, declarando de nuevo que, independientemente de lo vertido en la STS de 29 de octubre de 2010, debe estarse al marco regulador del periodo controvertido, y que no había de olvidarse que el artículo 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad de Aragón sostiene que las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios, añadiendo: “En consecuencia, si el poder legislativo decidió establecer una determinada tasa de reposición de empleo público para el período de vigencia de la Ley 22/2013, a ello debemos estar”.

El Alto Tribunal no aprecia que se infrinja el artículo 23.2 de la Constitución española por no incluir en la oferta de empleo público de 2014 plazas de nuevo ingreso y, entre ellas, las desempeñadas por funcionarios interinos, que no se ofertan por la prohibición comprendida en el artículo 21 de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, e insiste en que:

*A mayor abundamiento, aquella Oferta de Empleo Público –se refiere a la de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2007– no se encontraba limitada, como acontece ahora, por una norma de superior rango, cual es la LPGE que impide expresamente “incorporar nuevo personal en el sector público”, a excepción de un 10 % de la tasa de reposición en determinados sectores, reiterando que la indicada STS, de 29 de octubre de 2010, no es aplicable en este recurso: “ya que el supuesto contem-*

*plado en esta se resolvía sobre un supuesto en la OEP de la Comunidad de Aragón que no se ajustaba a la normativa de función pública de la misma aplicable en aquel momento, lo que no es nuestro caso”, manifestando también que la citada sentencia: “no es aplicable al supuesto de autos, por referirse a un Decreto autonómico y a ‘funcionarios y empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Aragón’, al tiempo que se trata de un recurso, el de la instancia, seguido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona”.*

Concluye el Tribunal Supremo que, según el Tribunal Constitucional, con invocación de la STC 178/2006, la LPGE es un instrumento idóneo para limitar la oferta de empleo público como medida de política económica, y que: “En consecuencia, no puede admitirse el argumento de la recurrente de que el artículo 21 de la Ley 22/2012 infringe el artículo 23.2 de la CE por el solo hecho de restringir temporalmente la OEP como medida de política económica, ni, por tanto, su pretendida inconstitucionalidad, ni la del Real Decreto impugnado que aprueba, con arreglo a dicha norma legal, la OEP para 2014”.

El valiente avance mostrado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de octubre de 2010 parece que ha agotado su recorrido, y que se ha impuesto un claro retroceso con una sutileza<sup>2</sup> argumental rechazable en estas dos últimas sentencias, y especialmente en la de 2 de diciembre de 2015. Decimos esto porque el Tribunal olvida que concurriendo los mismos supuestos llega a una solución contraria, ya que tanto en la Ley de Presupuestos para 2007 como en la Ley de Presupuestos para 2014 existían límites –aunque fueran diferentes<sup>3</sup>–, y si en 2010 razonó que no había excusas presupuestarias y declaró que había que incluir *todas* las vacantes –conviene subrayar esto– cubiertas interinamente, su apartamiento por un nuevo criterio, en la nueva línea jurisprudencial, resulta incomprensible. Insistimos en que

2. Dicho o concepto excesivamente agudo y falto de verdad, profundidad o exactitud, según la definición del Diccionario de la RAE.

3. En la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, su artículo 22 establecía el límite del 100 por 100 de la tasa de reposición de efectivos, incluyendo dentro del mismo las plazas cubiertas interinamente con cargo a vacante, nombradas en el ejercicio anterior, pudiendo convocar, además, las plazas desempeñadas interinamente con anterioridad a 1 de enero de 2005; y, como también se ha dicho, en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, el artículo 21 permite ofertar el 10 por ciento de la tasa de reposición de efectivos en determinados sectores, con la previsión de poder alcanzar el cien por cien de la tasa de reposición de efectivos en plazas de personal de los servicios de prevención y extinción de incendios.

en ambos momentos históricos había limitación para las ofertas de empleo público.

Igualmente grave resulta la afirmación contenida en la citada Sentencia de 2 de diciembre de 2015 cuando señala que: “Los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública han de respetarse en las convocatorias que se hayan de efectuar para atender la oferta de empleo público, pero no, en la OEP que no existe”. No parece importar al Alto Tribunal, en este sentido, el grado de descomposición del acceso al empleo público, y la vulneración a través del empleo interino de las mismas plazas que se impide ofertar de acuerdo con los principios constitucionales, lo que supone además un mayor coste económico para las arcas públicas.

Si dudaba de la constitucionalidad de la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, debió, en su lugar, haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad, y no cambiar radicalmente de doctrina, sin el adecuado razonamiento exigible; o mejor aún, el Tribunal Supremo, como veremos seguidamente, debe inaplicar las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado por incumplir la Directiva 1999/70/CE, interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## 6

### El impacto de las directivas comunitarias en el empleo público

#### 6.1

#### La aplicación de las directivas comunitarias y su incidencia en relación con la legislación nacional

La incorporación de España a la Comunidad Europea –hoy Unión Europea– supone un cambio cualitativo en la consideración de las normas aplicables en nuestro país, partiendo de la primacía del derecho de la Unión, el originario y el derivado, que forma parte igualmente del ordenamiento español.

Según tiene declarado el Tribunal Constitucional (véase, por todas, STC 215/2014, FJ 3.a), el fenómeno de la integración europea y el artículo 93 CE, a través del que se instrumenta el principio de primacía del derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, aunque no dotan a las normas del derecho de la Unión Europea, originario o derivado, de rango y fuerza constitucionales, no impiden un doble canon de enjuiciamiento por el propio Tribunal Constitucional, es decir, el relativo a la tutela judicial efectiva sin indefensión –sin que pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto de la decisión, que es ajeno a la jurisdicción constitucional–, que

comprende el derecho a una resolución congruente, y el derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan conforme al sistema de fuentes establecido.

Conforme al artículo 96 CE, el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea –actual artículo 267 del TFUE– forma parte del ordenamiento interno español, y la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto contribuye a la depuración del citado ordenamiento, como así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras sentencias, en la STC 58/2014, FJ 14.

La cuestión prejudicial es facultativa para jueces y tribunales, excepto cuando no cabe recurso ordinario en la vía interna frente a la resolución judicial, en cuyo supuesto deviene obligada, salvo, no obstante, que esa cuestión fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo, y cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 2015, FJ 5, se declara:

*Pues bien, con tal decisión (y motivación), la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte; y al no hacerlo, resolvió además el recurso de apelación una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso” (STC 145/2012, FJ 6), en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (STC 145/2012, FJ 5) vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea.*

En este sentido, la inaplicación de una ley interna por el juez nacional –en lugar de plantear una cuestión de inconstitucionalidad–, por entender un órgano jurisdiccional que dicha ley es contraria al derecho de la Unión Europea, no supondrá contravenir el derecho a un proceso con todas las garantías si no hay una duda objetiva, clara y determinante sobre la contradicción.

El TJUE ha declarado reiteradamente que los órganos jurisdiccionales<sup>4</sup> de los Estados miembros tienen el deber de garantizar que sus sentencias se

4. Véase ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea en el ámbito local español treinta años después”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2015, págs. 107-140.

lleven a cabo, y que están asimismo obligados, con arreglo al artículo 267 TFUE, a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entendiendo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia, sino de las disposiciones mismas del derecho comunitario, que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*). En este sentido, la STC 145/2012, FJ 5, declaró a este respecto lo siguiente:

*[...] los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar<sup>5</sup> la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión (véanse, en otras, las sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdelim, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-a73/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes anunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros, con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho.*

La cada vez más acentuada influencia de las directivas europeas en materia de empleo público es una realidad innegable, a pesar de que el artículo 48.4 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual artículo 45.4 TFUE) señalaba que las disposiciones del presente artículo –que consagra la libre circulación de los trabajadores en el mercado común– no serían aplicables a los empleos en la Administración Pública.

La STJUE de 8 de septiembre de 2011, interpretando la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria de la Unión Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, que figura como anexo a la citada Directiva, declara –como ya había sucedido en anteriores sentencias, como la de 23 de abril de 2009–:

*El hecho de poder tratar en circunstancias concretas y en presencia de razones objetivas, de manera distinta a los trabajadores con contrato de duración determinada y a los trabajadores fijos no implica en modo*

5. La obligación de inaplicar incumbe también a los órganos de las Administraciones Públicas, como ha señalado el TJUE, entre otras, en las sentencias de 22 de diciembre de 2010 y de 8 de septiembre de 2011.

*alguno que se pueda excluir la aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco a quienes prestan servicios en la función pública de un Estado miembro.*

En esta misma sentencia<sup>6</sup>, con cita de otras sentencias, se establece un mandato claro que no puede ser olvidado ni por los órganos de la Administración ni por los órganos jurisdiccionales nacionales:

*Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando no resulte posible interpretar y aplicar la normativa nacional conforme con las exigencias del derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente el derecho de la Unión y tutelar los derechos que este concede a los particulares, y a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del derecho interno.*

No es extraño por ello que las sentencias del TJUE hayan supuesto un impacto destacado en el empleo público, por ejemplo, entre otros, en los derechos de los interinos a percibir trienios, con las sentencias de 13 de septiembre de 2007 y de 22 de diciembre de 2010; en la promoción interna de los interinos, a través de la Sentencia de 8 de septiembre de 2011; en materia de vacaciones, como sucede con la STJUE, de 21 de junio de 2012; o en el derecho a percibir sexenios los funcionarios interinos, así como en el de percibir trienios el personal eventual, con la Sentencia de 9 de julio de 2015. Pero nos interesa conocer en qué medida se ha tratado de atajar el abuso de la temporalidad del empleo en el sector público, como tenemos ocasión de analizar seguidamente.

## 6.2

### **La lucha frente a la precariedad en el empleo público. La Directiva 1999/70/CE y el asunto Mascolo, Napolitano y otros**

Unos profesores italianos, Raffaella Mascolo, Carla Napolitano y otros, contratados en centros públicos como docentes o personal administrativo y de servicios, al menos durante 45 meses en un periodo de cinco años, interpusieron demanda con el fin de obtener la recalificación de sus contratos en relaciones laborales por tiempo indefinido, su condición de personal titular,

6. Véase OCAÑA ESCOLAR, L., “La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos. Sentencia TJUE, de 8 de septiembre de 2011”, *Temas Laborales*, núm. 118, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, págs. 203-215.

el abono de las retribuciones correspondientes a los periodos de interrupción entre los contratos y la indemnización por el perjuicio sufrido.

La Corte Costituzionale italiana y el Tribunale di Napoli preguntaron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la normativa italiana se ajustaba al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y, en particular, si permitía la renovación de contratos de duración determinada a fin de proveer plazas vacantes hasta que finalizaran los procesos selectivos para contratar personal titular de las escuelas de titularidad estatal, sin establecer plazos precisos para la finalización de los procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad de obtener indemnización por el perjuicio sufrido.

En su Sentencia de 26 de noviembre de 2014, el TJUE recuerda, en primer lugar, que el Acuerdo marco se aplica a todos los trabajadores, sin que deban hacerse distinciones en función del carácter público o privado del empleador y del sector de actividad de que se trate, precisando que, con el fin de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, el Acuerdo marco obliga a los Estados miembros a adoptar, en primer término, al menos una de las medidas siguientes: bien indicar razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos, bien determinar la duración máxima total de los contratos o del número de renovaciones. Por otro lado, a fin de garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco, en caso de que se utilicen abusivamente contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, deberá aplicarse una medida sancionadora, proporcionada, efectiva y disuasoria.

Según el TJUE, la sustitución temporal de trabajadores por razones de política social (bajas por enfermedad, permisos parentales, de maternidad o de otro tipo) es una razón objetiva que justifica la duración determinada del contrato. Señala también que la educación es un derecho fundamental garantizado por la Constitución italiana, que impone al Estado italiano la obligación de organizar el servicio escolar de manera que se garantice una proporción constante entre el número de profesores y el de alumnos, algo que depende de múltiples factores, algunos de los cuales son difícilmente controlables o previsibles. Estos factores ponen de manifiesto una especial necesidad de flexibilidad, que puede justificar objetivamente el recurso a contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia admite que, cuando un Estado miembro reserva el acceso a plazas permanentes en las escuelas de su titularidad al personal que haya superado un proceso selectivo, mediante el procedimiento de pase a la condición de titulares, también puede estar objetivamente justificado que, mientras se está a la espera de que terminen los procesos selectivos, las plazas vacantes se cubran a través de contratos

de trabajo de duración determinada sucesivos, pero matiza que esa razón objetiva no basta para que sea conforme con el Acuerdo marco, si se observa que la aplicación concreta de esta normativa conlleva, de hecho, una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos. Esto ocurre cuando dichos contratos se utilizan para satisfacer necesidades permanentes y duraderas de las escuelas de titularidad estatal en materia de personal.

El TJUE señala que, en los casos examinados, no se ha fijado ningún plazo preciso para la organización de procesos selectivos. De ello se desprende que, aunque limite formalmente la utilización de contratos de trabajo de duración determinada a realizar sustituciones anuales para plazas vacantes y libres únicamente con carácter temporal –hasta que finalicen los procesos selectivos–, la normativa italiana no garantiza que la aplicación concreta de razones objetivas sea conforme con las exigencias del Acuerdo marco.

Además, las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por la política social, y, por lo tanto, no justifican que no se hayan adoptado medidas para prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, concluyendo que la normativa italiana no incluye ninguna medida para prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, ni la reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en el sector de la enseñanza. Tampoco permite que dichos contratos sean transformados en contratos por tiempo indefinido, y se subraya que, aunque el sector de la enseñanza da muestras de necesitar especial flexibilidad, el Estado italiano no puede eludir la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente esta utilización abusiva.

Por estos motivos, el Tribunal de Justicia concluye que el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada no admite una normativa que –a la espera de que concluyan los procesos selectivos para la contratación de personal titular de las escuelas de titularidad estatal– autoriza la renovación de contratos de trabajo de duración determinada con el fin de cubrir plazas vacantes de docentes y de personal administrativo y de servicios, sin establecer plazos precisos para finalizar esos procesos selectivos, y excluye toda posibilidad de ser indemnizado por el perjuicio sufrido por dicha renovación.

La Sentencia del TJUE, de 26 de noviembre de 2014, supone, en este sentido, un hito esencial en orden a evitar el abuso de la interinidad en la Administración Pública, porque parte de entender que el Acuerdo marco que contempla la Directiva 1999/70 establece “disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados”,

y que “la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores”.

El TJUE dice también que los contratos de duración indefinida (entiéndase en nuestro caso a los contratados laborales fijos o a los funcionarios de carrera) constituyen la forma más común de relación laboral, y que la observancia del Acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales, y que no se utiliza para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal, añadiendo que: “(104) [...] el hecho de que la normativa nacional pueda estar justificada por una razón objetiva no basta por sí solo si se observa que la aplicación concreta de esta normativa conlleva, de hecho, una utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

Por si esto fuera poco, el TJUE critica la normativa nacional (en este caso, la italiana) que permite la renovación de contratos para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal sino permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado, y dice también que: “(110) [...] es necesario recordar que, aunque consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro [...], no pueden justificar la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo [...]”.

De la misma manera, el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, al que nos referimos anteriormente, relativo a una trabajadora de un ayuntamiento español con diferentes contratos laborales temporales encadenados, confirma unas vías hasta ahora insospechadas no solo para el personal laboral temporal sino también para el personal funcionario interino. Las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE deben mover a una seria reflexión, en España, desde el legislador estatal y autonómico, a las diferentes Administraciones Públicas y a los jueces y tribunales españoles, ya que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que incluye a un trabajador —entiéndase también un funcionario interino— vinculado mediante relación temporal y determinada; que el Acuerdo marco se opone a una normativa nacional que no incluya medidas efectivas para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos o nombramientos de duración determinada, y que los jueces nacionales han de apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización para ser suficientemente efectiva en orden a evitar los abusos de la temporalidad en el empleo público, interpretando el derecho interno conforme al derecho de la Unión.

## 7

**A modo de reflexiones finales**

Los ciudadanos no salen de su asombro ante la constante presencia en los medios de comunicación de casos de corrupción, con una degradación tal de la política que sitúa a nuestro país en el octavo puesto mundial en el *ranking* de políticos más corruptos, según se desprende de los datos ofrecidos por Transparencia Internacional, a través del último Barómetro Global de Corrupción, o que en la evolución del Índice de Percepción de la Corrupción, en el periodo 2006-2014, también según la citada organización internacional, España haya retrocedido desde el puesto 23 al 37, panorama político que ha provocado que los españoles coloquen a la corrupción como el segundo problema que más les preocupa, tan solo por detrás del paro, reflejado así en el último barómetro del CIS, realizado en septiembre de 2015.

Llegados a este punto, hay que defender que el diseño del empleo público coadyuva a la fortaleza o, por el contrario, a la degeneración de la democracia, y a favorecer el fenómeno de la corrupción. Con carácter basilar, la Constitución española de 1978 consagra un modelo de Administración Pública al servicio objetivo de los intereses generales, servida mayoritariamente por funcionarios, seleccionados bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, dotados de un estatuto que, desde su inamovilidad, garantice la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, frente al modelo de privilegios y castas del Antiguo Régimen.

La existencia de una función pública seleccionada mediante los principios constitucionales, para actuar de manera inamovible e independiente, es consustancial a la idea de relaciones entre Administración y Política que se contienen en el paradigma weberiano, deviniendo clave el reclutamiento meritocrático –tanto en el acceso como en la provisión de puestos de trabajo– para contener o frenar la corrupción.

Por otro lado, la ausencia de medidas preventivas y sancionadoras en el sector público español para combatir eficazmente el incremento constante del empleo interino, enfrenta directamente nuestro derecho interno con el derecho de la Unión Europea, cuya primacía exige una rectificación urgente de las políticas implementadas en materia de oferta de empleo público, a través de las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.

Nos encontramos ante un momento de cambio, en España, en relación con la manera de afrontar la existencia de una insoportable tasa de empleo público interino, que supone, por una parte, una conculcación del derecho fundamental de configuración legal, de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, recogido en el artículo 23 CE, y, por otra, la vul-

neración de la Directiva comunitaria 1999/70/CE, que persigue limitar de manera efectiva los abusos en la temporalidad del empleo.

Desde la primera óptica, estamos ante la violación del derecho de acceso de los ciudadanos a la función pública, y ante el debilitamiento de la profesionalidad y cualificación de las estructuras administrativas, frente a las presiones y arbitrariedad del poder político, y por ende de la corrupción, y, desde la segunda, ante el abuso de la interinidad, a la que se acude más allá de las estrictas razones de necesidad y urgencia, haciendo insostenible el modelo de empleo público, incumpliendo las directrices europeas que obligan a sus Estados miembros a promover políticas de empleo conducentes a evitar la temporalidad.

Las excusas presupuestarias sirven para encontrarnos hoy, en España, ante cientos de miles de empleados públicos interinos como si volviésemos a una Administración propia de las oligarquías caciquiles decimonónicas, frente a lo cual el Tribunal Supremo se sigue mostrando vacilante, con familias que no pueden desarrollar sus proyectos vitales personales, familiares y profesionales, y que por el contrario podrían favorecer desde la estabilidad en el empleo el salir antes de la crisis económica que nos atenaza, prestando un servicio público con mayores garantías para los ciudadanos. Sin razón alguna se condena a la sociedad española a que este estado de cosas en lugar de rectificarse se agrave año tras año, en plazas estructurales y cuya permanencia no se cuestiona en las plantillas dotadas en sus presupuestos.

La Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2014 abre una perspectiva nueva, que obliga a los órganos de las Administraciones Públicas y a los jueces y tribunales españoles, porque estamos ante un “acto aclarado” ya por la doctrina del TJUE y exige inaplicar la legislación presupuestaria española, que claramente favorece el abuso en la temporalidad del empleo público, según se confirma con las estadísticas oficiales. Como dice esa Sentencia: “aunque consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado [...], no pueden justificar la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo”, pero es que todavía es peor en el caso español, porque en lugar de prevenir esa utilización abusiva, la regulación de la oferta de empleo público, en los términos en que se recoge en las diferentes leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, provoca directamente el incremento de la temporalidad.

Es apremiante que el artículo 10.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se cumpla en lo relativo a la inclusión obligada en las ofertas de empleo público de aquellas plazas cubiertas interi-

namente con cargo a vacante y que no hayan sido amortizadas, imponiendo plazos más breves para la ejecución de dichas ofertas de empleo, previendo medidas sancionadoras en caso de incumplimiento.

Cuando observamos cómo se rasgan las vestiduras algunos representantes públicos ante los casos de corrupción que afloran, convendría recordarles que está en sus manos cambiar el modelo de empleo público politizado que venimos padeciendo, y que propicia claramente la corrupción, introduciendo, en su lugar, los valores democráticos y no los clientelares, orientados hacia una sociedad más justa.

De lo contrario, podremos salir más o menos tarde de la crisis económica —que se ha cebado también en los servidores públicos, con los recortes de derechos que han padecido—, pero la crisis de valores de nuestra democracia seguirá profundizándose y enquistándose todavía más, y la corrupción tendrá el adecuado caldo de cultivo para desarrollarse y seguir escandalizando a los ciudadanos, aumentando su desafección sobre la *res* pública.

## 8

### Nota final

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado tres sentencias con fecha de 14 de septiembre de 2016, a raíz de otras tantas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, que suponen un vuelco espectacular en el empleo público español y que son coincidentes con las tesis sostenidas en este artículo.

En concreto nos referimos, en primer lugar, a la STJUE, asunto *Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa*, que versa sobre la interinidad laboral por sustitución de un titular dispensado sindicalmente, en la que se sienta la doctrina consistente en que el concepto de “condiciones de trabajo” incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada, y que la Directiva 1999/70 se opone a una norma nacional que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que sí la contempla para trabajadores fijos comparables. Las consecuencias que se derivan son importantes desde el punto de vista de los derechos del empleado público interino, no solamente del laboral.

En segundo lugar, la siguiente Sentencia, asunto *María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud* (Comunidad de Madrid), trata sobre sucesivos contratos en el sector de la sanidad pública, conteniendo la doctrina

consistente en que no hay razones objetivas para empleo temporal cuando las necesidades son permanentes y estables y no se crean puestos estructurales. Lo que supone un cambio radical respecto de las leyes españolas de Presupuestos Generales del Estado, porque no previenen ni sancionan los abusos en la temporalidad del empleo público, sino todo lo contrario.

En tercer lugar, tenemos la Sentencia dictada en los asuntos de *Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud*, y *Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria*, declarando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, conforme al Acuerdo marco de la Directiva 1999/70, se ha de reconocer al personal con vínculo administrativo, en el que se acrediten abusos, la misma situación que en el caso de los laborales indefinidos no fijos.

# El recurso de amparo: admisión, objeto y efectos<sup>1</sup>

FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS  
*Magistrado. Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña*

- 1. El sistema de admisión del amparo constitucional**
- 2. La decisión de admisión, iniciación y objeto del proceso de amparo**
  - 2.1. La decisión de admisión
    - 2.1.1. Presupuestos para la admisión del recurso
    - 2.1.2. Falta de requisitos subsanables
    - 2.1.3. Inadmisión del amparo
    - 2.1.4. La especial trascendencia constitucional como requisito procesal y como requisito de admisión
  - 2.2. La iniciación del proceso de amparo
    - 2.2.1. El objeto del proceso de amparo
    - 2.2.2. La tutela cautelar
- 3. La sentencia y sus efectos**
  - 3.1. Contenido de la sentencia de amparo
  - 3.2. Pronunciamiento sobre costas y sanciones pecuniarias
  - 3.3. Publicidad
  - 3.4. Régimen de recursos
  - 3.5. Efectos de la sentencia

## Resumen

El estudio aborda el análisis de la admisión del recurso de amparo, así como el de su objeto, tramitación, resolución y efectos. En el ámbito de la admisión,

*Artículo recibido el 18/07/2016; aceptado el 15/10/2016.*

1. El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 17 de junio de 2016 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2016, organizado por la Diputación de Barcelona.

se examinan los presupuestos y, con mayor profundidad, el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso como condición objetiva de admisibilidad, y la interpretación que del mismo se ha realizado en la doctrina constitucional en su doble faceta de requisito procesal y requisito de admisión. Posteriormente se entra en el análisis del objeto y sustanciación del recurso de amparo, y de las medidas cautelares que pueden adoptarse durante su tramitación, así como en el contenido de la sentencia y sus efectos.

Palabras clave: *recurso de amparo; especial trascendencia constitucional; proceso de amparo; admisión del amparo; objeto del amparo; sentencia; derechos fundamentales; medidas cautelares; efectos de la sentencia; jurisdicción constitucional; presupuestos del amparo; legitimación; plazo.*

### **Appeal on the grounds of unconstitutionality: admissibility, object and effects**

#### **Abstract**

*The article analyzes the admissibility, object, proceedings, resolution and effects of the appeal on the grounds of unconstitutionality. In relation to the admissibility, the article explores the basis of the appeal and, particularly, the requirement of “special constitutional interest” as an objective condition for admissibility, as well as the constitutional interpretation of this requirement as a procedural and admissibility requirement. Subsequently, the article studies the object of the appeal on the grounds of unconstitutionality; the precautionary measures that may be decided during the proceedings; and, finally, the content and effects of the judgment.*

**Keywords:** appeal on the grounds of unconstitutionality; special constitutional interest; constitutional proceedings; admissibility; object; judgment; fundamental rights; precautionary measures; effects; constitutional jurisdiction; basis of the appeal on the grounds of unconstitutionality; standing; term.

## **1**

### **El sistema de admisión del amparo constitucional**

El análisis de la admisión del recurso de amparo debe partir, necesariamente, del sistema objetivo establecido en nuestro ordenamiento tras la redefinición de las bases del recurso de amparo, que se produjo por

la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007. El elemento rector es el de la denominada “objetivación” del amparo constitucional, que se focaliza esencialmente en la introducción de una nueva condición de admisibilidad en el art. 50 LOTC, que es la de “especial trascendencia constitucional” del recurso.

La especial trascendencia constitucional del recurso (en adelante, ETC) resulta definida en el art. 50.1.b) LOTC, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, disponiendo que “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. La interpretación del precepto fue desarrollada en la STC 155/2009, que predeterminó los supuestos de ETC<sup>2</sup>, si bien en la misma sentencia se precisa que esta relación de supuestos no puede ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, dado el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

---

2. Los supuestos de ETC enunciados en la STC 155/2009 son los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) el de un supuesto que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) en los casos en que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) en los supuestos en que la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley, que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental, por lo que crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y g) finalmente, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Desde el punto de vista sistemático, pueden distinguirse aquellos supuestos de ETC que pueden ser aplicados con un pronunciamiento jurisdiccional aislado [v. gr. a) nueva doctrina; b) revisión o cambio de doctrina; c) infracción en la fuente (ley o disposición general); f) negativa manifiesta de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional; y g) especial repercusión social, económica y política] de aquellos otros en que es necesario que se haya producido una pluralidad de pronunciamientos, ya sean reiterados, ya sean contradictorios, para que se aprecie la especial trascendencia constitucional [v. gr. d) interpretación jurisprudencial reiterada y lesiva; y e) incumplimiento generalizado de la doctrina del Tribunal Constitucional o resoluciones contradictorias].

Desde la perspectiva de la decisión sobre la admisión, la apreciación de la ETC corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, sin que se vea constreñido por dicha apreciación a la hora de resolver el recurso, de manera que, una vez admitido el recurso, dicho Tribunal enjuicia el recurso sin que deba circunscribirse necesariamente al supuesto de ETC apreciado en sede de admisión<sup>3</sup>. En sede aplicativa, y por impulso de la STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*, el Tribunal en la actualidad viene expresando el motivo de ETC en el cual encaja su decisión, por cuanto ello constituye una exigencia de certeza, haciendo así reconocibles los criterios de aplicación empleados al respecto por el Tribunal Constitucional a la hora de admitir el recurso.

La conformación de un sistema objetivo de admisión que descansa en el interés constitucional del asunto, se ha relacionado con el modelo norteamericano de *certiorari* y con la reforma introducida en el amparo constitucional en Alemania, si bien en el amparo alemán no se prescindió totalmente de los aspectos subjetivos, pues se admite el amparo cuando el perjuicio que se haya ocasionado sea de especial gravedad para el demandante. En el caso español, no se recoge expresamente dicho criterio subjetivo, pues la admisión se ciñe a los supuestos de interés constitucional objetivo, si bien el desarrollo interpretativo de la STC 155/2009 da entrada a supuestos donde puede tener un juego importante el aspecto subjetivo, más concretamente en el apartado g) del FJ 2 (v. gr. especial repercusión social, económica y política); asimismo, en la práctica aplicativa existe una parte de los recursos admitidos

3. La STC 46/2014, de 7 de abril, afirma que la ETC se predica del recurso, y no de cada uno de los motivos en concreto, afirmando, con cita de la STC 2/2013, de 14 de febrero, FJ 3, que una vez admitido el recurso por apreciarse la especial trascendencia constitucional, no es posible seleccionar los motivos que deben ser objeto de enjuiciamiento en el proceso, pues la especial trascendencia constitucional se exige del recurso y no de cada uno de los motivos en concreto.

donde prima *de facto* el aspecto subjetivo, pues presentan escaso encaje en los supuestos predefinidos en la STC 155/2009<sup>4</sup>.

El sistema objetivo de admisión tiene como presupuesto la figura del precedente, propia del sistema anglosajón, al que de alguna manera se equipara la doctrina constitucional. En el art. 5 LOPJ encontramos el fundamento legal del precedente constitucional, cuando establece que los preceptos y principios constitucionales se aplicarán por la jurisdicción ordinaria conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Por tanto, el Tribunal Constitucional, una vez ha formulado doctrina –o precedente– ya no necesita volver a reiterar su interpretación sobre el aspecto, faceta o cuestión sobre la que se ha pronunciado, puesto que su doctrina tiene eficacia vinculante para la jurisdicción ordinaria y, del mismo modo, para el propio Tribunal Constitucional, sin perjuicio desde luego de la posibilidad de modificar su propia doctrina<sup>5</sup>.

Esta conformación específica de la doctrina constitucional implica que el concepto de ETC se configure como dinámico, en el sentido de que un mismo asunto puede perder su interés o relevancia constitucional una vez que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre algún aspecto en concreto, y ha sentado doctrina<sup>6</sup>.

4. Pueden citarse varios ejemplos de sentencias de amparo que no analizan concretamente el motivo de ETC que determinó la admisión y que tienen difícil encaje en los supuestos enunciados en la STC 155/2009. Por poner un ejemplo, es el caso de la STC 185/2013, de 4 de noviembre, que analizaba el tema de la subsanabilidad de las demandas laborales por no presentarse acto de conciliación preprocesal, aspecto sobre el que existía doctrina consolidada en las SSTC 199/2001, de 4 de octubre, y 119/2007, de 21 de mayo, y sin que se exprese ninguna especialidad que determinara su inclusión en los supuestos de la STC 155/2009.

5. En la práctica, el Tribunal Constitucional viene respetando escrupulosamente la doctrina constitucional fijada en sus precedentes, lo cual, por otra parte, tiene su fundamento normativo en el art. 13 LOTC, precepto que establece que cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno.

6. Así, por ejemplo, en el caso de la citación por edictos en los procedimientos de ejecución hipotecaria en aplicación del art. 686 LEC, redactado por la Ley 13/2009, el Tribunal Constitucional se pronunció en la STC 122/2013, de 20 de mayo. Tras este pronunciamiento se inadmitieron algunos recursos sobre esta misma cuestión, al no apreciarse ETC, precisamente porque ya se había fijado doctrina sobre el particular, si bien hubo un grupo de recursos admitidos por ser anteriores al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la reforma procesal de 2009 (ver, por ejemplo, STC 89/2015, de 11 de mayo, FJ 2, que aprecia la ETC en los siguientes términos: “Ello dota de especial trascendencia constitucional a este recurso, pues la vulneración del derecho fundamental pudiera provenir de la aplicación del citado art. 686.3 LEC al momento del despacho de ejecución en el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando este Tribunal no se había pronunciado sobre la referida reforma procesal de 2009”).

Esta opción del legislador orgánico por conformar un sistema objetivo de admisión del amparo constitucional, también se ha plasmado en sede de recursos extraordinarios ante la jurisdicción ordinaria, y, más concretamente, el nuevo diseño del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa de la Ley Orgánica 7/2015 presenta indudables analogías con el del amparo constitucional resultante de la reforma de la Ley Orgánica 6/2007. Incluso puede apreciarse la afinidad entre el concepto de “interés casacional objetivo” y el de “especial trascendencia constitucional”, al punto que gran parte de los supuestos definidos en el art. 88 LJCA coinciden, con las debidas matizaciones, con los que predeterminó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 155/2009<sup>7</sup>.

Se trata en definitiva de que sea el Tribunal el que “elija” el recurso que presenta un interés objetivo que le hace “merecedor” de un pronunciamiento, aunque también hay que decir que este sistema convive con las rigideces propias de nuestro sistema procesal cuando de la admisión de recursos extraordinarios se trata, de tal manera que el Tribunal no elige entre “todos” los recursos presentados, sino tan solo entre los recursos “bien” presentados, esto es, los que cumplen los requisitos procesales, que en la práctica son menos de la mitad de las demandas de amparo que se interponen.

## 2

### La decisión de admisión, iniciación y objeto del proceso de amparo

#### 2.1

#### La decisión de admisión

El art. 50 LOTC establece que el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La admisión, total o parcial, se acuerda me-

7. Así, si vamos comparando los supuestos de la STC 155/2009, observamos que gran parte de ellos se recogen en el art. 88 LJCA, lógicamente acomodando el enunciado a las peculiaridades de la jurisdicción ordinaria. Así, falta de doctrina la encontramos en el art. 88.3.a) (v. gr. *normas sobre las que no exista jurisprudencia*); vulneración procedente de la ley o de otra disposición de carácter general se recoge en el art. 88.3.c) (v. gr. *cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente*); interpretación lesiva o errónea se traslada a los arts. 88.2.a) (*contradicciones*), 88.2.b) (*doctrina gravemente dañosa*) y 88.2.e) (*interpretación errónea de la doctrina constitucional*); desacato de la doctrina se recoge en el art. 88.3.b) (v. gr. *cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea*); y trascendencia del asunto se recoge en el art. 88.2.c) (v. gr. *cuando afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso*).

dian­te pro­vi­den­cia, pue­diendo ser dic­ta­da por la Sección, en el caso de una­ni­mi­dad de sus miem­bros, o por la Sala, cuando aun ha­bién­dose ob­te­ni­do la ma­yo­ría en la Sección, no al­can­ce la una­ni­mi­dad, su­pue­sto este en que la Sala es com­pe­ten­te para su re­solu­ción.

Por tan­to, tras la re­for­ma de la Ley Or­gá­ni­ca 6/2007 se ha in­ver­ti­do el trá­mi­te de ad­mi­si­ón del am­pa­ro, pue­sto que la ma­yo­ría cuali­fi­ca­da se re­qui­ere para las de­ci­si­o­nes de ad­mi­si­ón y no para las in­ad­mi­si­o­nes. En­tre los cam­bios in­tro­du­ci­dos por la re­for­ma de 2007 po­de­mos di­fe­ren­ciar tres as­pec­tos bá­si­cos: la in­ver­si­ón del ju­i­cio de ad­mi­si­bi­li­dad, el cam­bio de ma­yo­ría­es ne­ce­sa­rias para la ad­mi­si­ón y, por úl­ti­mo, la ma­te­ri­a­li­za­ción de la ad­mi­si­ón en una re­solu­ción del trá­mi­te, en todo caso, me­diante pro­vi­den­cia.

En pri­mer lu­gar, la Ley Or­gá­ni­ca 6/2007 in­tro­duce la in­ver­si­ón del ju­i­cio de ad­mi­si­bi­li­dad, de ma­ne­ra que, en vez de exa­mi­nar si con­curre al­guna causa de in­ad­mi­si­ón, se ve­ri­fica si la de­man­da de am­pa­ro cum­ple los re­qui­si­tos ne­ce­sa­rios para su ad­mi­si­ón, en­tre los que des­ta­ca la es­pe­cial tras­cen­den­cia cons­ti­tu­ci­o­nal del re­cur­so, a la que ya he­mos he­cho re­fe­ren­cia.

En se­gun­do lu­gar, la Ley Or­gá­ni­ca 6/2007 mo­di­fi­ca las ma­yo­ría­es ne­ce­sa­rias para acor­dar la ad­mi­si­ón, pues si an­tes era la ma­yo­ría de la Sección la que po­día acor­darla, aho­ra será ne­ce­sa­ria la una­ni­mi­dad de los miem­bros que la com­pon­gan. En caso de no ob­te­nerse una­ni­mi­dad, la de­ci­si­ón se tras­la­da­rá a la Sala, que de­ci­de por ma­yo­ría. Con ello se po­ten­cia la ten­den­cia a la in­ad­mi­si­ón, pues se exi­gen ma­yo­ría­es más cuali­fi­ca­das para la ad­mi­si­ón que para la in­ad­mi­si­ón.

Final­men­te, y en esta mis­ma lí­nea de flexi­bi­li­za­ción de la in­ad­mi­si­ón, la mis­ma se pro­duce en todo caso por pro­vi­den­cia, in­clu­so cuando sea de­fe­ri­da su re­solu­ción a la Sala.

En las pro­vi­den­cias de in­ad­mi­si­ón se de­be es­pe­ci­fi­car el re­qui­si­to in­cum­pli­do, y se no­ti­fi­ca­rán al de­man­dan­te y al Mi­nis­te­rio Fis­cal. Dichas pro­vi­den­cias solo pue­den ser re­cur­ri­das en súp­li­ca por el Mi­nis­te­rio Fis­cal en el pla­zo de tres días. Este re­cur­so se re­sol­ve­rá me­diante au­to, que no será sus­cep­ti­ble de im­pug­na­ción al­guna.

Por tan­to, la ver­da­de­ra di­fi­cul­dad del am­pa­ro es que solo pue­de ser ob­je­to de ad­mi­si­ón cuando con­curran los re­qui­si­tos pro­ce­sa­les es­ta­ble­ci­dos en el art. 50 LOTC. Se­gún dis­pone el art. 50.1 LOTC el am­pa­ro pue­de ser ad­mi­ti­do, en todo o en parte, en el caso de que se cum­plan los si­guien­tes re­qui­si­tos:

- a) Que la de­man­da cum­pla con lo dis­pue­sto en los arts. 41 a 46 y 49.
- b) Que el con­te­ni­do del re­cur­so jus­ti­fi­que una de­ci­si­ón sobre el fon­do por parte del Tri­bu­nal Cons­ti­tu­ci­o­nal en ra­zón de su es­pe­cial tras­cen­den­cia cons­ti­tu­ci­o­nal, que se apre­cia­rá atien­diendo a su im­por­tan­cia para la in­ter­pre­ta­ción de la Cons­ti­tu­ción, para su apli­ca­ción

o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

### **2.1.1**

#### **Presupuestos para la admisión del recurso**

Desarrollando los requisitos establecidos en el art. 50.1 LOTC, podemos deducir los siguientes presupuestos para la admisión del recurso de amparo constitucional: a) el demandante ha de poseer legitimación conforme al art. 46 LOTC; b) es necesario haber agotado la vía del amparo ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria [arts. 43.1 y 44.1.a) LOTC]; c) la demanda ha de presentarse en forma y dentro del plazo establecido en cada supuesto (arts. 42 a 44 LOTC, así como 49.3 y 114.2 LOREG); d) la demanda ha de ajustarse a lo dispuesto en el art. 49 LOTC, sin perjuicio de que previamente debe ser requerido de subsanación el demandante conforme al art. 49.3 LOTC; y e) el contenido de la demanda debe justificar una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su especial trascendencia constitucional, de manera que en la demanda se ha de invocar la especial trascendencia constitucional y fundamentar su relevancia.

### **2.1.2**

#### **Falta de requisitos subsanables**

El art. 50.4 LOTC establece que cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el art. 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno. En cualquier caso, la necesidad de cumplir los requisitos procesales se mantiene a lo largo de todo el proceso, de modo que puede abordarse o reconsiderarse en cualquiera de sus fases por parte del Tribunal, ya sea de oficio o a instancia de parte, sin que sea obstáculo a ello su previa admisión a trámite.

### **2.1.3**

#### **Inadmisión del amparo**

La decisión de inadmisión se adopta por providencia, y estas pueden ser decididas por las Secciones por mayoría, o por las Salas cuando se defiera la

resolución a las mismas, en el caso de que por la Sección no se acuerde de forma unánime la admisión.

#### 2.1.4

### La especial trascendencia constitucional como requisito procesal y como requisito de admisión

De los requisitos antes enunciados, sin duda el de la ETC es el más importante, tal como se ha expuesto en el anterior apartado.

La especial trascendencia constitucional presenta una doble faceta: (i) por una parte, es un requisito procesal que debe cumplirse en toda demanda, conforme a lo dispuesto en el art. 49.1 *in fine* LOTC; y (ii) por otra parte, el recurso ha de presentar especial trascendencia constitucional, lo cual aprecia de forma soberana el Tribunal sin sujetarse tan siquiera a las alegaciones que haya realizado el demandante en el escrito de recurso. De esta manera se delimitan de forma precisa los perfiles del requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, tanto desde la perspectiva de parte, como requisito de la demanda *ex art.* 49.1 LOTC (*v. gr.* justificación), como desde la perspectiva del Tribunal, como requisito imprescindible para la admisión del recurso *ex art.* 50.1.b) LOTC (*v. gr.* existencia).

La doctrina se expresa en numerosas sentencias, pudiendo citarse como recientes las SSTC 63/2016, de 11 de abril, y 77/2016, de 25 de abril, que diferencian esta doble faceta:

(i) Respecto del *requisito procesal*, el Tribunal Constitucional indica que, de conformidad con el art. 50.1 a) LOTC, la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 41 a 46 y 49 LOTC, disponiendo este último precepto en su apartado 1 *in fine*, de forma inequívoca, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional. Para satisfacer esta exigencia, es preciso que se disocien adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental, y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional. Para entender cumplido el requisito procesal, el Tribunal Constitucional exige un esfuerzo argumental del recurrente, y no tanto el acierto en las alegaciones.

(ii) Respecto de la *existencia de ETC*, es una apreciación que corresponde en exclusiva al Tribunal de admisión. En la STC 54/2015, de 16 de marzo, se afirma que corresponde únicamente al Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una de-

cisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al art. 50.1 b) LOTC, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Como se ha indicado, en el juicio decisorio de la ETC, y desde que se dictara la STC 155/2009, el Tribunal se ha vinculado a los criterios expresados en los diferentes apartados de la citada Sentencia, los cuales va perfilando en sede aplicativa cuando exterioriza el razonamiento sobre la ETC en sus resoluciones. A raíz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015, dictada en el asunto *Arribas Antón c. España*, § 46, el Tribunal viene explicitando no solamente los criterios de definición del requisito de la especial trascendencia, sino también su aplicación en los asuntos que se admiten a trámite, con el fin de asegurar con ello una buena administración de la Justicia<sup>8</sup>.

## 2.2

### La iniciación del proceso de amparo

La decisión de admisión a trámite produce la iniciación del proceso de amparo, cuya tramitación es muy sencilla, pues se limita a recabar las actuaciones y a la apertura de una fase de alegaciones, con intervención del Ministerio Fiscal (*cf.* arts. 51 y 52 LOTC)<sup>9</sup>.

8. Las primeras sentencias que se dictaron después del pronunciamiento del TEDH ya recogieron esta doctrina: *vid.* SSTC 9/2015, de 2 de febrero, y 194/2015, de 21 de septiembre.

9. En caso de cumplirse los presupuestos de admisión del recurso, el art. 51 LOTC establece el trámite que debe seguir el recurso de amparo constitucional, disponiendo que: “1. Admitida la demanda de amparo, la Sala requerirá con carácter urgente al órgano o a la autoridad de que dimana la decisión, el acto o el hecho o al juez o tribunal que conoció del procedimiento precedente para que, en plazo que no podrá exceder de diez días, remita las actuaciones o testimonio de ellas. 2. El órgano, autoridad, juez o tribunal acusará inmediato recibo del requerimiento, cumplimentará el envío dentro del plazo señalado y emplazará a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente para que puedan comparecer en el proceso constitucional en el plazo de diez días”.

Por su parte, el art. 52 LOTC establece que: “1. Recibidas las actuaciones y transcurrido el tiempo de emplazamiento, la Sala dará vista de las mismas a quien promovió el amparo, a los personados en el proceso, al Abogado del Estado, si estuviera interesada la Administración Pública, y al Ministerio Fiscal. La vista será por plazo común que no podrá exceder de veinte días, y durante él podrán presentarse las alegaciones precedentes. 2. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación. 3. La Sala, o en su caso la Sección, pronunciará la sentencia que proceda en el plazo de 10 días a partir del día señalado para la vista o deliberación”.

Dentro de lo que es la iniciación y tramitación del proceso de amparo, interesa fundamentalmente el estudio del objeto del proceso y de la tutela cautelar en sede de recurso de amparo.

### 2.2.1

#### El objeto del proceso de amparo

El objeto del recurso de amparo se integra por la concurrencia de dos requisitos objetivos: i) la lesión de un derecho constitucional susceptible de amparo; y ii) que dicha lesión se haya producido por un acto, disposición o vía de hecho imputable a los poderes públicos, funcionarios o agentes.

(i) El primero de los requisitos objetivos aparece enunciado en el art. 53.2 CE y en el art. 41.1 LOTC, y se refiere a la necesidad de que la pretensión de amparo constitucional se dirija a la protección de alguno de los derechos y libertades amparables, que son los reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución, así como el derecho a la objeción de conciencia del art. 30 de la Constitución.

(ii) El segundo de los requisitos se enuncia en el art. 41.2 LOTC y se desarrolla en los arts. 42 a 44 LOTC, que son los que establecen las resoluciones recurribles en amparo. Junto a ellas, la LOREG regula un supuesto singular de amparo que es el amparo electoral contra la proclamación de candidaturas y de candidatos.

**a) Ámbito objetivo.** Dicho ámbito objetivo se delimita en los mismos términos en los arts. 2.1.b) y 41.1 LOTC, reproduciéndose dicha exigencia de vulneración de derechos fundamentales en los arts. 42, 43 y 44 LOTC.

Desde la perspectiva negativa, el objeto del recurso de amparo viene delimitado en el art. 49.1 LOTC en el sentido de que únicamente puede versar sobre la lesión de un derecho susceptible de amparo, al establecer que la pretensión de amparo debe dirigirse a preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado, y del mismo modo el art. 55.1 LOTC restringe el alcance de la sentencia que otorga el amparo a los pronunciamientos dirigidos a reconocer el derecho o libertad pública vulnerado, y restablecer la situación jurídica individualizada derivada de la lesión de dichos derechos constitucionales protegidos.

En el ámbito de los derechos objeto de recurso de amparo, es necesario hacer referencia a la categoría establecida por el propio Tribunal Constitucional en relación con los denominados derechos de configuración legal. En este ámbito, el Tribunal Constitucional delimita, en base a las previsiones

legales, lo que debe entenderse incluido o excluido del propio derecho fundamental, distinguiendo los contenidos esenciales susceptibles de amparo de aquellos contenidos del derecho que no son susceptibles de amparo constitucional, por quedar fuera de su núcleo esencial. Se trata de una categoría no homogénea, por cuanto incluye derechos fundamentales que, en todos o gran parte de sus aspectos, son de configuración legal, y otros que solo lo son en aspectos o manifestaciones concretas.

Como derechos de configuración legal de mayor dimensión en el recurso de amparo, se encuentran el derecho al acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva en general y la libertad sindical.

En el polo contrario, de menor juego aplicativo en el amparo, están derechos de configuración legal tales como el derecho a la autonomía universitaria o el derecho a la elección de centro docente, al igual que aquellos derechos de naturaleza prestacional como es el caso del derecho del penado a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, reconocido en el art. 25.2 CE.

**b) Objeto del recurso y especial trascendencia constitucional.** El Tribunal Constitucional viene reiterando la desvinculación entre la fase de admisión y la fase decisoria, en el sentido de que el Tribunal, una vez apreciada la especial trascendencia constitucional del recurso, no se ve constreñido a dicho objeto, sino que puede resolver con plena jurisdicción cualesquiera de los motivos planteados en la demanda de amparo, pues la ETC se refiere al asunto o al recurso en global y no a los particulares motivos o alegaciones de la demanda. Así lo expresa la STC 9/2015, de 2 de febrero, cuando afirma que no existe correlación, ni mucho menos vinculación, del Tribunal a que las cuestiones que dotaron de especial trascendencia constitucional al recurso se traduzcan forzosa y miméticamente en el núcleo de la decisión que finalmente se adopte, toda vez que la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas esgrimidas, u otras razones pueden impedirlo.

Ello significa que la especial trascendencia constitucional no incide sobre el objeto del proceso, el cual resulta definido en la demanda de amparo.

## 2.2.2

### La tutela cautelar

En la práctica procesal del amparo constitucional, tiene gran relevancia la tutela cautelar. Como regla general, el recurso no suspende los efectos de la

resolución recurrida, pero el art. 56 LOTC faculta al Tribunal para adoptar medidas cautelares en el curso del proceso, e incluso en la providencia de admisión en supuestos de excepcional urgencia.

El Tribunal Constitucional viene interpretando que la suspensión es una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones de los poderes públicos, y, en particular, en la ejecución de las resoluciones judiciales, medida que tiene como presupuesto que la efectividad del fallo cause al solicitante de amparo un perjuicio irreparable<sup>10</sup>, debiendo ponderarse asimismo los derechos fundamentales de terceros, cuya perturbación grave o lesión actúa como límite de la adopción de la medida cautelar<sup>11</sup>.

Como se ha indicado, en la práctica son muy frecuentes las peticiones de suspensión o de adopción de medidas cautelares, que han determinado la adopción de criterios consolidados en la materia por parte del Tribunal. Como regla general, el Tribunal Constitucional considera que no es procedente la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado, como, por lo general, sucede en los que producen efectos meramente patrimoniales que, por tener un contenido económico, no causan perjuicios de imposible reparación<sup>12</sup>. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha reiterado que puede ser procedente la suspensión en aquellos fallos en los que resultan afectados bienes o derechos del recurrente en amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, singularmente en las condenas a penas privativas de libertad<sup>13</sup>.

Estos criterios generales no son absolutos, habiendo reiterado el Tribunal Constitucional que hay que ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, tratándose de condenas a penas de prisión, el Tribunal Constitucional viene valorando de forma especialmente intensa “la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste

10. Por perjuicio irreparable se entiende aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración (ATC 220/2008, de 14 de julio).

11. Entre otros, AATC 185/1998, de 14 de septiembre; 289/2000, de 11 de diciembre; 413/2003, de 15 de diciembre; y 1/2010, de 11 de enero.

12. AATC 462/2007, de 17 de diciembre; 116/2008, de 28 de abril; 25/2009, de 26 de enero; y 95/2010, de 19 de julio, entre otros.

13. AATC 155/2002, de 16 de septiembre; 9/2003, de 20 de enero; y 135/2010, de 4 de octubre.

de cumplimiento de la misma, el riesgo de eludir la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas<sup>14</sup>.

El supuesto más habitual de solicitud de suspensión es el de ejecución de penas privativas de libertad, donde el Tribunal Constitucional viene aceptando la suspensión generalmente cuando se trata de penas cortas cuya duración está comprendida dentro de la previsible duración de la tramitación del recurso de amparo, puesto que en este caso la pena ya se habría cumplido en el momento del fallo del recurso<sup>15</sup>. El criterio orientativo general es el de suspensión de penas de prisión de duración no superior a cinco años<sup>16</sup>, que coinciden con las penas menos graves conforme a la clasificación que realiza el art. 33 del Código Penal, criterio este que se complementa con el relativo al tiempo de cumplimiento efectivo de la condena, ya sea por haber estado en prisión preventiva o por haberse ejecutado tras ser firme la condena, así como la trayectoria acreditada del recurrente posterior a la condena<sup>17</sup>.

Dicha suspensión alcanza asimismo a la pena accesoria, como es el caso del ejercicio del derecho de sufragio, pero no se extiende en principio a otros pronunciamientos condenatorios de contenido distinto al de privación de libertad (*v. gr.* multa, responsabilidad civil, pago de costas procesales...) <sup>18</sup>.

Este criterio también se ha aplicado por el Tribunal Constitucional cuando se trata de penas sustitutivas de la de prisión que sean restrictivas de derechos, como es el caso de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, por cuanto la pena, caso de ejecutarse, es irreversible, por lo que su ejecución puede hacer perder al recurso de amparo su finalidad<sup>19</sup>.

14. AATC 19/2008, de 22 de enero; y 135/2010, de 4 de octubre, que cita en el mismo sentido los AATC 469/2007, de 17 de diciembre, 172/2008, de 23 de junio, 109/2008, de 14 de abril, y 171/2009, de 1 de junio.

15. AATC 84/2002, de 20 de mayo; 530/2004, de 20 de diciembre; y 371/2006, de 23 de octubre, entre otros.

16. AATC 80/2006, de 13 de marzo; 127/2010, de 4 de octubre; y 49/2016, de 29 de febrero.

17. Como supuestos concretos podemos citar el ATC 1/2010 de suspensión de pena de prisión de tres años por delito de tráfico de drogas, el ATC 53/2010 de suspensión de pena de dos meses de arresto mayor por delito de alzamiento de bienes, el ATC 129/2010, de 4 de octubre, de suspensión de la pena de cuatro años de prisión por delito de corrupción de menores, o el ATC 188/2010, de 29 de noviembre, de suspensión de pena de seis meses de prisión por delito de desobediencia; como caso de denegación podemos citar el ATC 127/2010 en caso de condena por tres penas de dos años y tres meses de prisión por exceder del límite de cinco años.

18. AATC 408/2005, de 21 de noviembre; 32/2008, de 26 de mayo; y 157/2009, de 18 de mayo.

19. AATC 27/2009, de 26 de enero, y 188/2010, de 29 de noviembre.

En materia penal, en los supuestos de extradición, el Tribunal viene accediendo a suspender la ejecución de las resoluciones judiciales que la acuerdan, pues en estos casos puede ocurrir que la ejecución de las resoluciones impugnadas convierta en ilusoria una eventual concesión del amparo, toda vez que si la persona requerida fuera entregada a las Autoridades del Estado requirente perdería su finalidad el recurso que, en definitiva, tiene por objeto impedir su extradición, quedando circunscrita la suspensión cautelar, única y exclusivamente, a la declaración de procedencia de la extradición acordada por los órganos judiciales, y sin perjuicio de que el órgano judicial competente adopte las medidas oportunas para que el recurrente permanezca a disposición de la Justicia<sup>20</sup>.

Tratándose de resoluciones judiciales con efectos meramente patrimoniales, el Tribunal Constitucional únicamente ha accedido a la suspensión en los casos en que la ejecución de lo acordado acarrea perjuicios patrimoniales difícilmente reparables por su entidad, por la imposibilidad de repercutir su costo o por la irreversibilidad de las situaciones jurídicas que pueden producirse, como es el supuesto en que por la ejecución de lo acordado se produce la transmisión irrecuperable del dominio<sup>21</sup>; así, el Tribunal Constitucional ha admitido en determinados casos excepcionales la suspensión de la ejecución del apremio, cuando conlleve la desposesión de los bienes embargados y su adquisición por un tercero por medio de subasta, por cuanto puede producir situaciones irreversibles<sup>22</sup>. Por ello, en relación con resoluciones judiciales cuya ejecución conlleva el desalojo de una vivienda o local, el Tribunal Constitucional ha declarado que, salvo supuestos excepcionales, la ejecución de estas resoluciones debe ser suspendida, toda vez que el lanzamiento o privación de la posesión de aquellos puede ocasionar situaciones irreversibles o daños de muy difícil reparación en el caso de que posteriormente se otorgue el amparo<sup>23</sup>.

Además de la suspensión, y con apoyo en lo dispuesto en el art. 56.3 LOTC, el Tribunal Constitucional ha venido adoptando otras medidas cautelares previstas en el ordenamiento procesal, como es el caso de la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad, a fin de

20. AATC 218/2012, de 26 de noviembre, y 91/2016, de 27 de abril.

21. ATC 64/2009, de 23 de febrero, que cita en el mismo sentido los AATC 565/1986, de 2 de julio, y 52/1989, de 30 de enero.

22. ATC 220/2008, de 14 de julio.

23. AATC 18/2012, de 30 de enero; 175/2014, de 23 de junio; y 59/2015, de 16 de marzo, entre otros.

garantizar los derechos del solicitante frente a eventuales actos de disposición<sup>24</sup>.

### 3

#### La sentencia y sus efectos

En el caso de que el proceso de amparo finalice de forma normal, el mismo termina por sentencia, la cual se dictará por la Sala o Sección, y produce efectos *erga omnes* en los términos establecidos en el art. 164 CE, quedando obligados a su cumplimiento todos los poderes públicos, conforme dispone el art. 87.1 LOTC.

Los asuntos pueden ser avocados al Pleno siempre que lo recaben el presidente o tres magistrados [art. 10.1.n) LOTC], lo que en la práctica suele realizarse en los casos en que no hay criterio, de cambio de doctrina o de unificación de criterios entre Salas. Por su parte, el art. 52.2 LOTC permite a las Salas deferir la resolución de recursos de amparo a las Secciones en supuestos de doctrina consolidada del Tribunal, lo que se proyecta en la resolución más ágil de los procesos de amparo, al intervenir en los mismos menos magistrados.

La sentencia debe dictarse por la Sala, o en su caso, por la Sección en el plazo de 10 días a partir del día señalado para la vista o deliberación, según dispone el art. 52.3 LOTC.

Los arts. 53 a 55 regulan la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos.

El art. 53 LOTC se refiere al fallo del recurso de amparo, estableciendo que la Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: a) otorgamiento de amparo; o b) denegación de amparo. Es posible que la sentencia no entre a conocer del fondo del asunto, por apreciarse en la misma alguna causa de inadmisibilidad, supuesto este en que el pronunciamiento debe ser el de inadmisibilidad del recurso.

Tanto en los casos de inadmisibilidad del recurso como en los de denegación del amparo no se produce una problemática singular, por lo que la LOTC no desarrolla la regulación de estos pronunciamientos, a diferencia del supuesto de otorgamiento del amparo, que encuentra desarrollo legal en los arts. 54 y 55 LOTC.

---

24. AATC 274/2002, de 18 de diciembre, y 406/2003, de 15 de diciembre.

### 3.1 Contenido de la sentencia de amparo

El art. 55.1 LOTC establece que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos; b) reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; y c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Sin duda, el pronunciamiento que mayor dificultad suscita en la práctica es el de restablecimiento del recurrente en su derecho, al que se refiere el apartado c), el cual debe estar en relación de congruencia con el amparo solicitado, y en este sentido el art. 49.1 LOTC establece la carga del recurrente de fijar en su demanda, de forma precisa, el amparo que se solicita, para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En este punto, el art. 55.c) LOTC habilita al Tribunal Constitucional para realizar pronunciamientos propios de la jurisdicción ordinaria, al restablecer al recurrente en su derecho vulnerado, lo cual le permite reconocer situaciones jurídicas individualizadas.

En orden al contenido de la sentencia es de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el art. 54 LOTC en cuanto al alcance de la resolución del recurso de amparo respecto de decisiones de los jueces y tribunales, estableciendo este precepto que cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, y en cuanto al contenido de la sentencia de amparo, el art. 55.2 LOTC regula la cuestión interna de inconstitucionalidad, si bien este apartado ha quedado ubicado de forma asistemática en la Ley, por cuanto la cuestión interna ya no se plantea en la sentencia, como sucedía antes de la redacción de la Ley Orgánica 6/2007, sino que se plantea antes de dictarse la misma, produciendo la suspensión del plazo para dictar sentencia.

## 3.2

### Pronunciamiento sobre costas y sanciones pecuniarias

El art. 95 LOTC, tras indicar que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito, regula la imposición de costas y sanciones pecuniarias en los procesos constitucionales.

En materia de costas, rige el principio de temeridad o mala fe como criterio de imposición. Así, en cuanto a las costas, el art. 95.2 LOTC establece que el Tribunal podrá imponer las costas que se derivaren de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciare temeridad o mala fe.

Asimismo, el art. 95.3 LOTC contempla la facultad del Tribunal para imponer una sanción pecuniaria de 600 a 3000 euros a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo con temeridad o abuso de derecho, lo cual es una consecuencia accesoria adicional a la imposición de costas.

## 3.3

### Publicidad

Los apartados 2 y 3 del art. 86 LOTC establecen que tanto las sentencias dictadas en los procesos constitucionales, incluido el amparo, como las declaraciones sobre control previo de constitucionalidad de los tratados, se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo; del mismo modo, puede el Tribunal ordenar la publicación de sus autos en la misma forma cuando así lo estime conveniente. Asimismo, el Tribunal puede disponer que las sentencias y demás resoluciones dictadas sean objeto de publicación a través de otros medios.

El art. 86.3 LOTC permite al Tribunal Constitucional adoptar las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución, por lo que puede adoptar medidas restrictivas de publicidad y difusión de las resoluciones en general, y de las sentencias en particular.

En el ejercicio de estas competencias en materia de protección de datos de carácter personal, por lo que se refiere a la publicación y difusión de las resoluciones, el Tribunal Constitucional ha adoptado en algunas sentencias medidas tendentes a restringir la publicidad de algunos datos, tales como no incluir la identificación completa de los comparecientes, por la necesidad de protección de otros derechos constitucionales, lo cual permite excepcionar

la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de sus resoluciones jurisdiccionales, en lo relativo a la identificación de las partes intervinientes en el proceso.

### 3.4

#### Régimen de recursos

El art. 93 LOTC regula el régimen de recursos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Tratándose de sentencias del Tribunal Constitucional, la regla general es que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, lo cual es de aplicación a todos los procesos constitucionales, incluido el recurso de amparo. No obstante, las partes pueden solicitar aclaración de la sentencia en el plazo de dos días a contar desde su notificación.

### 3.5

#### Efectos de la sentencia

El precepto básico a partir del cual se desarrolla el sistema de eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional es el art. 164 CE, que establece la eficacia *erga omnes* de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, y de todas aquellas que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho.

Una de las singularidades en orden a la eficacia de las sentencias de amparo deriva del objeto del proceso. Así, la conformación del amparo como un proceso de tutela individual de derechos y libertades, determina que algunos pronunciamientos de la sentencia se refieran a situaciones jurídicas individualizadas, por lo que no alcanzan la eficacia *erga omnes* a que se refiere el art. 164 CE, produciendo efectos de cosa juzgada entre las partes, y sin perjuicio de la obligación de todos los poderes públicos de cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva, tal como se establece en el art. 87.1 LOTC.

Desde el punto de vista de la delimitación del contenido de la sentencia que tiene eficacia *erga omnes*, es esencial determinar cuál es la proyección que tiene la doctrina del Tribunal Constitucional en la interpretación de las normas por la jurisdicción ordinaria en los términos establecidos por el art. 5 LOPJ. Los límites de la eficacia vinculante de la sentencia los marca la distinción entre interpretación constitucional e interpretación de la legalidad ordinaria, que marcan la frontera entre la doctrina vinculante y la doctrina

constitucional *ultra vires*. En este punto, existen zonas difusas derivadas de patologías tales como el sobredimensionamiento de los derechos fundamentales o la posible invasión de zonas de legalidad ordinaria por el Tribunal Constitucional, con ocasión de la interpretación del desarrollo de los derechos fundamentales, que han generado algunos conflictos interpretativos en la práctica.

Para deslindar el contenido de la sentencia que carece de eficacia *erga omnes* debemos partir, en primer lugar, de un ámbito objetivo donde el Tribunal Constitucional se pronuncia a los solos efectos prejudiciales y que, por ello mismo, carece de eficacia general. Es el art. 3 LOTC el precepto que contempla la competencia sobre cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden constitucional, estableciendo que la competencia del Tribunal Constitucional se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden constitucional, directamente relacionadas con la materia de que conoce, a los solos efectos del enjuiciamiento constitucional de esta. Por tanto, estamos ante un ámbito material excluido de la eficacia general, que solo produce efectos en el proceso en cuestión.

Por otra parte, los pronunciamientos dispositivos de la sentencia de amparo, contemplados en el art. 55.1 LOTC, son por definición de carácter individual, por lo que también resultan excluidos de la eficacia general, sin perjuicio de su carácter vinculante.

Fuera de este ámbito, la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias de amparo es vinculante siempre que se refiera a interpretación constitucional, y en este punto ha de matizarse que la existencia de una zona difusa entre interpretación constitucional-interpretación de la legalidad ordinaria, puede provocar algunos conflictos interpretativos como el que se produjo, entre el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materia de interpretación de la interrupción de la prescripción en el proceso penal, al margen de que pueda imponerse una solución aplicativa concreta por el Tribunal que tiene la última palabra, en este caso el Tribunal Constitucional en sede de recurso de amparo.



QDL42

**Jurisprudencia**

# La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencio- so-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de régimen local (reflexiones sobre el Gobierno local y la crisis económica)\*

JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

1. **Introducción: el Derecho emergente de la crisis económica y su recepción en la jurisprudencia en materia de régimen local del Tribunal Supremo**
2. **Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referida a los entes locales**
  - 2.1. Potestad normativa de los entes locales
    - 2.1.1. Límites y limitaciones impuestos a las corporaciones locales para intervenir en la actividad de los ciudadanos [STS de 30 de noviembre de 2015 (RC 711/2014)]
    - 2.1.2. La prohibición de atribuir competencias profesionales a través de la aprobación de una Ordenanza municipal [STS de 25 de noviembre de 2015 (RC 578/2014)]
  - 2.2. Competencias municipales. La falta de competencia de los entes locales para regular las distancias mínimas de las instalaciones de telefonía móvil [STS de 2 de octubre de 2015 (RC 366/2013)]
  - 2.3. Economía y Comercio. El reconocimiento de un término municipal de zona turística a efectos de horarios comerciales obtenido por silencio positivo [STS de 19 de febrero de 2016 (RC 3371/2013)]
  - 2.4. Ordenación del territorio y Urbanismo

---

*Artículo recibido el 21/07/2016; aceptado el 12/10/2016.*

\* El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 8 de julio de 2016 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2016, organizado por la Diputación de Barcelona.

- 2.4.1. La Comisión Territorial de Urbanismo no vulnera la autonomía local cuando introduce modificaciones en un Plan General de Ordenación Urbana por razones de legalidad o de racionalidad urbanística [STS de 16 de diciembre de 2015 (RC 870/2014)]
  - 2.4.2. La modificación de un Plan General de Ordenación Urbana exige la emisión de un informe de la autoridad ambiental cuando afecta a suelo rústico de especial protección [STS de 13 de abril de 2016 (RC 3288/2014)]
  - 2.5. Medio ambiente. El respeto debido al principio de precaución en las prospecciones petrolíferas utilizando la técnica de fractura hidráulica [STS de 28 de abril de 2016 (RCA 440/2013)]
- 3. Epílogo. Los desafíos y retos del sistema de gobierno local: participación ciudadana, transparencia y responsabilidad, desarrollo económico sostenible, bienestar y cohesión social**

## Resumen

La crisis económica ha propiciado un replanteamiento de la estructura institucional y competencial de la Administración local, en la medida en que la ejecución de las funciones municipales, y particularmente de las políticas sociales, ha quedado subordinada a respetar los nuevos paradigmas constitucionales de estabilidad presupuestaria y reducción de déficit público.

El Tribunal Supremo ha realizado un escrutinio riguroso de las actuaciones municipales que comportan gasto público. Ha contribuido con su jurisprudencia a hacer compatible la responsabilidad fiscal de las corporaciones locales con las exigencias sociales de prestación de los servicios públicos básicos.

Palabras clave: *gobernanza local; desarrollo económico sostenible; políticas públicas de cohesión social.*

**Case law of the Contentious Administrative Chamber of the Spanish Supreme Court on local law: some questions regarding local governments and the economic and financial crisis**

## Abstract

*The economic and financial crisis has entailed the reconceptualization of the institutional and competence framework of local administrations. In this regard, municipal competences and functions, particularly on social*

*policies, are now subordinated to the new constitutional paradigms of budget stability and reduction of public deficit.*

*The Spanish Supreme Court has carefully reviewed municipal actions in the field of public expenses. It has contributed with its case law to the equilibrium between fiscal responsibility and social needs, the two values which local administrations must comply.*

**Keywords:** local governance; sustainable economic development; public policies on social cohesion.

## 1

### **Introducción: el Derecho emergente de la crisis económica y su recepción en la jurisprudencia en materia de régimen local del Tribunal Supremo**

La fundamentación y los postulados del Derecho público administrativo evolucionan al ritmo de los requerimientos de la economía y las exigencias de la sociedad.

El profesor de la Universidad de Friburgo Martín Bullinger ha advertido que la Administración Pública y la económica “viven a ritmos diferentes”, lo que determina la necesidad de procurar que ambas realidades sean compatibles, para lo que deben responder a los objetivos comunes de celeridad y eficiencia (“La Administración al ritmo de la economía y la sociedad”, *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993. Instituto Nacional de Administración Pública).

En cualquier coyuntura histórica, debe haber una coincidencia mínima temporal entre la actuación de la Administración y los intereses de la economía y las demandas sociales. En tiempos de crisis económica social, las Administraciones Públicas deben asumir la responsabilidad de promover políticas públicas de desarrollo social. Ello comporta la necesidad de que se adopten decisiones por vía de urgencia, que deben revelarse adecuadas para dar respuesta efectiva a situaciones de emergencia social, superando las eventuales tensiones entre los principios de legalidad y de oportunidades o conveniencia.

La crisis económica originada en el año 2007, provocada, entre otros factores, por la falta de regulación de los mercados financieros, ha propiciado un escenario de creciente desigualdad social y degradación de derechos básicos, que se ha proyectado, en el plano dogmático, en una profunda renovación de los postulados del Derecho Administrativo, en el sentido de que las Administraciones

Públicas han de supeditarse, para el cumplimiento de sus objetivos y fines, a la observancia de los nuevos paradigmas de estabilidad y disciplina presupuestaria y reducción del déficit público consagrados en el artículo 135 de la Constitución, que se superponen a los enunciados en el artículo 103 del Texto Fundamental.

El intervencionismo del Estado en la economía, que, según expone el profesor Martín Bassols, se había desarrollado preferentemente a través de políticas globales y flexibles relativas a la regulación de la moneda, el crédito, el endeudamiento, el gasto y el déficit público, se refuerza en un contexto de crisis económica, al deber asumir las capacidades para someter a todas las Administraciones Públicas a la disciplina presupuestaria e imponer a todas ellas el ajuste fiscal (“La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: El proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, págs. 317 y ss.).

De este modo, la Constitución económica, fundamentada en torno a los nuevos principios, penetra en todo el texto constitucional y obliga a reinterpretar todos sus postulados e instituciones.

El profesor Antonio Embid Irujo utiliza la expresión “Derecho de la crisis económica” con el objeto de tratar de dar un tratamiento jurídico coherente y sistemático a los efectos y las consecuencias que la crisis económica ha producido y produce en la materialización de las aspiraciones del Estado Social y Democrático de Derecho, y, asimismo, con la finalidad de exponer también las contradicciones en que incurre su aplicación (*El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009).

Para este autor, si bien la situación de crisis económica no ha alterado sustancialmente los rasgos fundamentales básicos del Derecho público económico español, sí que ha producido una recuperación del papel del Estado, que debe, inexcusablemente, adoptar medidas que garanticen la sostenibilidad del sistema económico y social en su conjunto.

El debate abierto entre los profesores de Derecho Administrativo especialistas en el desarrollo del régimen local se ha orientado a determinar si la introducción de nuevos paradigmas constitucionales de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit público aboga a un replanteamiento de la estructura institucional y competencial de la Administración local que comporte el “adelgazamiento” del poder público local, o si por el contrario la Constitución también reconoce una especie de garantía de “irreversibilidad” de las cotas de autonomía local alcanzadas por la ley que el Estado no puede ignorar.

También ocupa el interés de los administrativistas la cuestión de si la Constitución garantiza una cláusula de irreversibilidad de los derechos socia-

les de los ciudadanos, que ninguna de las Administraciones Públicas puede eludir (*vid.* Juli Ponce Solé, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013).

Desde esta perspectiva bifronte podemos preguntarnos: ¿El legislador puede desapoderar a los ayuntamientos, por razones de estabilidad presupuestaria y contención del gasto público, de ejercer competencias en materia de asistencia social y asistencia primaria a la salud que también ejercen al amparo de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985?

La respuesta del legislador al mandato contenido en el artículo 135 de la Constitución se produjo, en lo que concierne al ámbito local, mediante la aprobación de dos leyes: la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que han sido ya enjuiciadas en algunos aspectos de su contenido por el Tribunal Constitucional (SSTC 215/2014, de 18 de diciembre, y 41/2016, de 3 de marzo).

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, fija los objetivos de política presupuestaria, fiscal y financiera vinculantes para todas las Administraciones Públicas que constituyen una limitación a la capacidad de actuación de los poderes públicos.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, explica de forma clara cuáles son las consecuencias que se derivan del mandato contenido en el artículo 135 de la Constitución, y cuáles son los fines que persigue dicho texto normativo, que trata de favorecer que se cumplan los compromisos contraídos en materia económica y presupuestaria con las instituciones de la Unión Europea:

*[...] Esta situación exige aplicar una política económica contundente basada en dos ejes complementarios que se refuerzan: La consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y las reformas estructurales. Pero más allá de esta respuesta inmediata, es necesario consolidar el marco de política económica y fiscal que permite asegurar de forma permanente el crecimiento económico y la creación de empleo. Este es un reto que debemos alcanzar de la mano de Europa, participando activamente en el diseño de las políticas y estrategias que definen la nueva gobernanza económica, y aplicando con rigor las exigencias que de ella dimanarán.*

*La garantía de la estabilidad presupuestaria es una de las claves de la política económica que contribuirá a reforzar la confianza en la econo-*

*mía española, facilitará la captación de financiación en mejores condiciones y, con ello, permitirá recuperar la senda del crecimiento económico y la creación de empleo. Este convencimiento llevó en septiembre de 2011 a reformar el artículo 135 de la Constitución Española, introduciendo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El nuevo artículo 135 establece el mandato de desarrollar el contenido de este artículo en una Ley Orgánica antes del 30 de junio de 2012. Con la aprobación de la presente Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas se da pleno cumplimiento al mandato constitucional.*

*Pero, además, la reforma de la Constitución pretende también manifestar el claro compromiso de España con las exigencias de coordinación y definición del marco de estabilidad común de la Unión Europea. Por ello, la referencia a la normativa de estabilidad europea, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica, es constante, siendo además España uno de los primeros países en incorporar el paquete de gobernanza económica europea a su ordenamiento jurídico interno. Además, esta Ley da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea.*

*Los tres objetivos de la Ley son: garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas; fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española; y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. El logro de estos tres objetivos contribuirá a consolidar el marco de la política económica orientada al crecimiento económico y la creación del empleo.*

Para la Administración local, la aplicación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, delimita y restringe “las políticas de gasto público que deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

La Administración local, como el resto de Administraciones Públicas, queda sometida a las exigencias derivadas del principio de responsabilidad

conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/2012, a cuyo tenor:

*1. Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea o las disposiciones contenidas en tratados o convenios internacionales de los que España sea parte, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.*

*En el proceso de asunción de responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración o entidad afectada.*

*2. El Estado no asumirá ni responderá de los compromisos de las comunidades autónomas, de las corporaciones locales y de los entes previstos en el artículo 2.2 de esta Ley vinculados o dependientes de aquellas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.*

*Las comunidades autónomas no asumirán ni responderán de los compromisos de las corporaciones locales ni de los entes vinculados o dependientes de estas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.*

El principio de lealtad institucional impone a cada una de las Administraciones públicas el deber de:

- a) Valorar el impacto que sus actuaciones, sobre las materias a las que se refiere esta Ley, pudieran provocar en el resto de Administraciones Públicas.
- b) Respetar el ejercicio legítimo de las competencias que cada Administración Pública tenga atribuidas.
- c) Ponderar, en el ejercicio de sus competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones Públicas.
- d) Facilitar al resto de Administraciones Públicas la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias y, en particular, la que se derive del cumplimiento de las obligaciones de suministro de información y transparencia en el marco de esta Ley y de otras disposiciones nacionales y comunitarias.
- e) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que el resto de Administraciones Públicas pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, trata de concretizar en el ámbito de la Administración local el mandato establecido en el artículo 135 de la Constitución, y desarrollado en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

La Ley 27/2013 pretende implementar de forma adecuada los principios rectores de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y uso eficiente de los recursos públicos en la Administración local.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, introduce cambios normativos que afectan a la configuración organizativa y competencial y al funcionamiento de la Administración local, con el propósito de implementar un modelo de gobierno local más eficiente y riguroso en la gestión de los recursos públicos, que actúa conforme a los principios de transparencia y responsabilidad.

Asimismo, se introducen en esta Ley un conjunto de medidas de carácter económico y financiero que complementan a las ya previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera de las entidades locales e incrementar el control económico-presupuestario mediante el reforzamiento de la función interventora.

¿Podemos hablar con propiedad de una jurisprudencia de la crisis económica?

¿La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha sido permeable en el control de la actuación de las entidades locales a los nuevos paradigmas de estabilidad presupuestaria, gestión eficiente de los recursos públicos locales, racionalidad administrativa, transparencia y responsabilidad que emanan directa o indirectamente del artículo 135 de la Constitución?

¿El Tribunal Supremo ha introducido y aplicado nuevos estándares de control de la actuación administrativa de los Gobiernos locales, para dar un cumplimiento más riguroso al mandato contenido en el artículo 106 de la Constitución?

¿Ha sido más estricto el Tribunal Supremo con la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos adoptados en materias particularmente sensibles como la contratación pública local, el urbanismo, la política de subvenciones y ayudas?

Una de las primeras directrices que se desprenden de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, formulada en relación con el control del poder público local, es la necesidad de hacer compatibles los principios de estabilidad presupuestaria, suficiencia económica de las Haciendas locales y responsabilidad fiscal.

El Tribunal Supremo es consciente de que una de las consecuencias de la crisis económica es la disminución de la actividad económica, lo que ha

supuesto un descenso significativo en la recaudación fiscal del Estado y del conjunto de las Administraciones Públicas, que ha repercutido en la sostenibilidad de las finanzas locales.

La autonomía económico-financiera de las corporaciones locales está reconocida en los artículos 140, 141 y 142 de la Constitución, pero la regulación del sistema de financiación de las Haciendas locales se difiere a la ley, que, para respetar la garantía institucional establecida en dichos preceptos de la Norma Fundamental, debe contemplar la provisión de recursos suficientes para que los entes locales puedan desarrollar las competencias y funciones que la ley les atribuye.

La sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015 [RC 3579/2013; ponente Montero Fernández], resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de julio de 2013, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales de 25 de octubre de 2010, por la que se desestima el requerimiento efectuado al amparo del art. 44 de la LJCA frente a resolución de 20 de julio de 2010, por la que se aprueba la liquidación definitiva de su participación en los Tributos del Estado correspondiente al ejercicio de 2008.

La controversia planteada por el Ayuntamiento de Madrid ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid parte de que las reformas legislativas llevadas a cabo por la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, con efectos sobre el IVA e Impuesto sobre Hidrocarburos; la Ley 4/2008, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria; la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008; y el Real Decreto-ley 2/2008, de medidas de impulso a la actividad económica, supusieron un impacto negativo en la financiación de las corporaciones locales, lo que conllevó una minoración de la financiación percibida en la liquidación del ejercicio de 2008, dando lugar a la reintegración de 128470186,86 euros, por lo que para paliar o evitar dicho impacto negativo es preciso practicar homogeneizaciones para la determinación de la tasa de variación o actualización necesaria, pues determinado el FCF del año 2004, esto es, participación total en los tributos estatales desglosado en

la cesión de impuestos estatales y Fondo Complementario de Financiación, la variable que determina el importe de la financiación depende del índice de evolución, ITEn, calculado en función de la evolución de los ingresos tributarios por IRPF, IVA e Impuestos Especiales desde 2004, luego si las medidas legales han dado lugar a una disminución de dichos ingresos es preciso introducir la homogeneización solicitada, práctica habitual acogida en ocasiones precedentes y en el sistema de financiación de las comunidades autónomas. Se recuerda en la sentencia el sistema de financiación de las entidades locales, acordado entre Gobierno y Federación Española de Municipios y Provincias el 21 de noviembre de 2002, recogido en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el que además se contempla el tratamiento específico que se reserva al Ayuntamiento de Madrid, y los principios constitucionales que sustentan el sistema de financiación de las entidades locales. La Sala de instancia da cuenta del parecer de la actora en el sentido de que, dado que los ingresos de las entidades locales, en una parte importante, se hacen depender de los ingresos tributarios del Estado, una menor recaudación producida por las medidas legislativas unilaterales llevadas a cabo por el Estado, sin preverse y aplicarse medidas correctoras y ajustes como la homogeneización, supone una vulneración de los principios constitucionales que sustentan el sistema de financiación de las entidades locales. En la sentencia de instancia no se aborda el análisis concreto de la incidencia que dichas reformas legislativas han tenido para la financiación del Ayuntamiento de Madrid en el ejercicio de 2008, es más, abiertamente se hace notar que la actividad legislativa del Estado durante el período 2004-2009 ha incidido muy significativamente en la financiación de las corporaciones locales, y que, siendo los ingresos tributarios de 2008 inferiores, dada la configuración del sistema, de no realizarse ajustes, parte del coste de las mismas se traslada a las corporaciones locales, y no se realiza en tanto que la argumentación que desarrolla para desestimar la pretensión actora hace innecesario el citado análisis; con todo, se detiene en la prueba pericial practicada para apuntar que tampoco se desprende del informe pericial que las magnitudes no fueran comparables, y considera innecesario el análisis al considerar que la Administración demandada se ha atenido estrictamente a aplicar la normativa vigente para liquidar la cantidad que por el concepto controvertido correspondía al Ayuntamiento de Madrid, y ello sin perjuicio de que las consecuencias de su aplicación sean nocivas para la actora; la idea base, la *ratio decidendi* que se plasma nítidamente en los razonamientos jurídicos de la sentencia, es que la Administración no ha infringido ninguna norma vigente aplicable, se atuvo a las previsiones normativas de la Ley de Presupuestos de 2008, lo cual es suficiente para desestimar la pretensión actora, y frente a ello no pueden prosperar los argumentos de la actora

basados en la necesidad de reformar el sistema de financiación de las entidades locales, al modo que se ha llevado a cabo respecto del sistema de financiación de las comunidades autónomas operada por la Ley 22/2009, argumento *de lege ferenda*, o introducir mecanismos de ajuste como la homogeneización, que carecen de base normativa alguna, al ser extraños al sistema legalmente instaurado; los principios constitucionales invocados pueden hacerse valer ante las instancias responsables del diseño del sistema de financiación de las entidades locales, pero resultan ajenos al examen jurisdiccional sobre la legalidad del acto administrativo impugnado, sobre si la Administración ha cumplido o no la normativa vigente; hecho el examen jurisdiccional de los actos impugnados, a continuación la Sala entra “sobre las decisiones fiscales que produjeron esa menor recaudación de los ingresos del Estado”, esto es, sobre las reformas tributarias anteriormente citadas, y considera que no se observa vulneración alguna de los principios constitucionales de autonomía local, suficiencia financiera y lealtad institucional, pues se han ponderado los intereses públicos al adoptar dichas medidas legislativas; ni tampoco vulneración del principio de objetividad, pues el impacto de dichas medidas no puede considerarse como anormal, ni cabe una interpretación de las mismas de carácter neutralizador, no vulnerándose la Carta Europea de Autonomía Local ni el principio de seguridad jurídica, o los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad en aplicación de la ley, en concreto en comparación con las comunidades autónomas, ni respecto de situaciones precedentes, sin que ninguna norma invocada por la recurrente autorice u obligue a la Administración a homogeneizar los ITE a efectos de aplicación de los Impuestos Estatales en relación con la Financiación Local, lo que resultaría contrario a la estabilidad y equilibrio del modelo de dicha Financiación.

El Tribunal Supremo parte del reconocimiento de los principios de autonomía y de suficiencia financiera de los entes locales, consagrados en los artículos 137 y 142 de la Constitución, que se desarrollan y concretan en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y de la doctrina del Tribunal Constitucional para resolver el conflicto que enfrentaba al Ayuntamiento de Madrid y al Ministerio de Hacienda, sobre la participación en los tributos del Estado y la cuantificación de la asignación que le correspondería a cargo del Fondo Complementario de Financiación:

*[...] Los arts. 137 y 142 de la CE reconocen los principios de autonomía y el principio de suficiencia financiera, que han sido desarrollados legalmente mediante numerosas leyes hasta ser recogidas y refundidas en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo de 2004, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas loca-*

*les; entre los recursos de las Haciendas Locales se encuentra las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas. Recoge el art. 142 de la CE que “las Haciendas Locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas, y se nutrirán, fundamentalmente, de tributos y participaciones en los del Estado y las comunidades autónomas”. Principio inescindiblemente unido al de autonomía, en tanto que si una entidad no posee los recursos suficientes no puede ser autónoma; el mandato, pues es inequívoco, así como los medios fundamentales para conseguirlo, mas lo que en modo alguno aparece tan claro es el alcance de dicha suficiencia financiera. El legislador, pues, por mandato constitucional, que no puede ignorar, viene obligado a ordenar la Hacienda local a fin de procurar la suficiencia financiera mediante, entre otros recursos, y en lo que ahora nos interesa, el fundamental recurso de la participación en los tributos estatales.*

*Problema muy relevante es el alcance que cabe otorgar a la suficiencia financiera, que el Tribunal Constitucional ha considerado que es “presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE”, pero que se presenta con perfiles difusos y ambiguos, en tanto que bajo un criterio material cuantitativo la suficiencia financiera no puede desconectarse de las competencias y funciones asumidas y de las necesidades que estas requieren, que constitucionalmente exige la conexión entre los recursos y las funciones o competencias materiales a desarrollar; lo que parece exigir como presupuesto primero e indispensable delimitar acabadamente unas y otras, sin que constitucionalmente se acometa dicha tarea, sin que exista una doctrina constitucional delimitadora, “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas [...]. Más allá de ese contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal que permite, por tanto, configuraciones legales diversas”, y sin que la legislación de régimen local agote las mismas. Lo cual da lugar a dificultades insuperables a la hora de verificar si medidas legislativas fiscales, como las señaladas en este por la parte recurrente, pueden vulnerar el principio constitucional; lo que se agrava aún más cuando, como en este caso, por un lado la parte recurrente no cuestiona la constitucionalidad de las medidas legislativas fiscales adoptadas por el Poder Legislativo en cuanto quebrantan el principio de suficiencia financiera, sino la actuación de la Administración Pública sometida al mandato legal y sin posibilidad alguna de*

*cuestionarse la constitucionalidad del mismo, que se ha limitado a plasmar en la liquidación el automatismo de aplicar la normativa que rige en el sistema de financiación previsto legalmente, y, por otro, además, prescinde absolutamente la parte recurrente de intentar siquiera probar la incidencia de la reducción de ingresos que denuncia por las medidas fiscales adoptadas respecto de aquellas competencias y funciones llamadas a satisfacer, partiendo de una premisa inasumible, cuando carece de justificación alguna, a saber, toda reducción de los ingresos procedentes de la participación en los tributos del Estado fruto del ejercicio legítimo de las competencias propias del Estado conlleva, sin más, la vulneración del principio de suficiencia financiera, a modo de causa efecto insoslayable con quiebra de la garantía institucional de suerte que en ningún caso le está permitido al legislador adoptar medidas fiscales en cuanto afecten minorando la participación cuantitativa de los entes locales en los tributos estatales por incidir en el núcleo esencial de la institución. Claro está, si la parte recurrente parte de la vulneración del principio de suficiencia financiera, que en modo alguno se justifica ni se acredita vulnerado, pues ningún esfuerzo despliega al efecto, no puede aceptarse la consecuencia que pretende extraer, la obligación de la Administración al liquidar de aplicar medidas de ajuste o de homogeneización, no previstas en el sistema de financiación, por más que en ocasiones precedentes o en la aplicación del sistema de financiación de las comunidades autónomas se hayan utilizado.*

*El Tribunal Constitucional, en la sentencia 104/2000 (FJ 5.º), enfatizó, tratándose del control de previsiones legales desde el canon de la autonomía financiera de los entes locales, que es carga del recurrente aportar una fundamentación suficiente que ponga de manifiesto la vulneración de los principios constitucionales que se denuncia, lo que, como decimos, no ha hecho en este caso el Ayuntamiento recurrente.*

La tesis del Ayuntamiento de Madrid se sustentaba en la alegación de que la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas había infringido el principio de lealtad institucional, que trata de garantizar que el sistema de financiación no pueda verse eventual o circunstancialmente modificado por el contenido de disposiciones adoptadas por el legislador estatal para otros fines.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento, considerando que es a la actuación del legislador, dentro del marco competencial que le es propio, a la que cabría imputar dicha deslealtad institucional, no a la Administración General del Estado, que se limita a cumplir el mandato legal, por lo que no parece correcto sacar a colación las relaciones interadministrativas y los prin-

cipios que la rigen, con cambios legislativos que, en todo caso, afectarían al sistema de financiación de las entidades locales, y que resultan ajenos a la conducta de la Administración actuante.

Tampoco resulta afortunada la invocación del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que aduce la parte recurrente con la pretensión de trasladarlo, *mutatis mutandi*, al presente caso, en tanto el principio de lealtad institucional “determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las comunidades autónomas en materia tributaria o la adopción de medidas que eventualmente puedan hacer recaer sobre las comunidades autónomas o sobre el Estado obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración quinquenal en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, y en su caso compensación, mediante modificación del Sistema de Financiación para el siguiente quinquenio”. Este principio, en el marco en el que estamos, puede formularse en el sentido de la procedencia de la modificación del sistema de financiación, cuando circunstancias sobrevenidas no previstas al establecimiento del sistema de financiación lo hagan necesario —así viene a expresarse el art. 9 de la Ley Orgánica 2/2012—; se desenvuelve dentro del marco general de coordinación entre los sistemas tributarios, claro está también entre el estatal y el local, que se articula positivamente a través de la Ley 7/1985, LBRL, y del Real Decreto Legislativo 2/2004, que prevén la Comisión Nacional de Administración Local, órgano permanente para la colaboración entre la Administración General del Estado y la Administración local, bajo la presidencia del ministro de Administraciones Públicas, con un número igual de representantes de las entidades locales y de la Administración General del Estado.

Como bien se desprende de la sentencia de instancia, la aspiración de la parte recurrente de establecer mecanismos de ajuste o medidas de homogeneización pasa por una modificación del sistema de financiación, que desde luego corresponde al Poder Legislativo, sin perjuicio de que se utilice en la toma de decisiones el citado órgano. Siendo evidente que el principio de lealtad institucional no autoriza a la aplicación, en un sistema de financiación automático y cerrado, de la medida de homogeneización interesada.

Tampoco la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, combatida por el Ayuntamiento madrileño, había vulnerado el principio de objetividad enunciado en el artículo 103 de la Constitución:

*[...] Como se comprueba el motivo de casación formulado por la parte recurrente carece de fundamento alguno, hace supuesto de la cuestión, y vie-*

*ne a mantener que dado que no se han realizado ajustes en la liquidación se vulnera el principio de objetividad, sin más apoyo que la invocación genérica a dicho principio, a la afirmación apodíctica de algunas de las normas que recoge las medidas fiscales establecían que las mismas serían asumida por el Estado, sin pararse siquiera a señalar estas y argumentar en consonancia, mas cuando el Sr. abogado del Estado en su contestación a la demanda analizó como esa previsión solo se contenía en una de ellas y con un alcance muy distinto al que pretende darle la parte recurrente. Carece manifiestamente el motivo de fundamento alguno y olvida la parte recurrente la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que exige que en el escrito de interposición se contenga la argumentación técnico-jurídica fundamentadora soporte de la infracción que imputa a la sentencia impugnada, y como resulta evidente el planteamiento de la parte recurrente contiene, sin más, una mera petición de principio, como no se han realizado ajustes se infringe el principio de objetividad constitucional, ni aporta norma concreta alguna en que apoyarse ni desarrolla argumento alguno que trate de justificar tal aserto, olvidando las exigencias previstas en el art. 92.1 de la LJCA.*

La sentencia dedica un extenso fundamento jurídico a descartar que la decisión del director general de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales haya infringido la Carta Europea de Autonomía Local, de la que se desprendería –a juicio del Ayuntamiento recurrente– que el sistema de financiación local debe tener una evolución sostenida que garantice su suficiencia, de modo que no se ponga en peligro el ejercicio de las propias competencias:

*[...] El principio invocado por la recurrente de evolución suficiente ha de conectarse con el de suficiencia financiera, y ya dejamos constancia anteriormente de la ambigüedad del concepto, sobre todo para dotarlo de contenido en relación de recursos necesarios y funciones y competencias materiales atribuidas a las corporaciones locales.*

*Se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones cómo la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, convenio internacional incorporado a nuestro Derecho interno, coadyuva a determinar el contenido constitucionalmente exigible de la autonomía local y, por ello, vincula al legislador ordinario encargado de su desarrollo y concreción, y, desde luego, ayuda a la interpretación de las normas legales internas reguladoras de las Haciendas locales.*

*La Carta proclama en su Preámbulo que las entidades locales han de beneficiarse “de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios*

*para el cumplimiento de su misión”, y su artículo 9 (sobre los “recursos financieros de las entidades locales”) sienta en el apartado 1 el principio esencial: “Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias”. El resto del precepto sienta los principios complementarios a ese sustancial derecho, entre los que se encuentra el de que los sistemas financieros sobre los cuales descansan los recursos de que disponen las entidades locales deben ser de una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias (apartado 4).*

*Ha de convenirse, pues, que por un lado el legislador viene vinculado por los principios recogidos en La Carta y, desde el punto de aplicación de la normativa aplicable, no cabe una interpretación de las normas que vulnere los principios recogidos en dicho Texto.*

*Siendo ello así, se echa en falta en la exposición que realiza la parte recurrente en este motivo que se señale qué norma en concreto se ha vulnerado por la Administración en la actuación que se analiza y que se haya intentado siquiera justificar cómo la falta de homogeneización que denuncia ha afectado al principio de suficiencia financiera, afectación ya descartada anteriormente, en tanto la vinculación existente entre este principio y el invocado de suficiencia evolutiva; como se reconoce en la sentencia de instancia la Administración recurrida se ha atenido estrictamente a la aplicación de la legalidad vigente, ninguna norma prevé ajustes o medidas de homogeneización. Lo cual nos coloca ante la regulación normativa en general del sistema de financiación de las entidades locales, lo que entronca de nuevo con la ratio decidendi de la sentencia, y en este marco el Texto hecho valer, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 235/2000, de 5 de octubre (FJ 11), “con independencia de que los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal”, resulta a todas luces inadecuado para un examen de relevancia constitucional de dicho principio en relación con la regulación legal del sistema de financiación de las Entidades Locales.*

Los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima tampoco habían sido vulnerados por la decisión gubernamental:

*[...] En el caso que nos ocupa, ha de partirse de la aplicación rigurosa del principio de legalidad del sistema de financiación de las entidades locales, de suerte que dentro de los límites de constitucionalidad que se imponen, su regulación no puede hacerse más que por norma de rango*

*legal que diseña de modo cerrado el mismo, sin que dados los entes implicados, quede a la voluntad reglamentaria de los mismos su modelación. Lo que conlleva que la aplicación del régimen legal que lo rige se aplique sin margen alguno de oportunidad ni discrecionalidad. Difícilmente, pues, puede tener cabida en este ámbito el principio de confianza legítima.*

*Pero, además cabe añadir que la invocación de este principio exige un esfuerzo mayor de quien pretende hacerlo valer, no es suficiente la mera referencia a actuaciones precedentes, sino que se hace preciso aportar un conjunto de situaciones y datos objetivos de los que extraer no meras expectativas o simples esperanzas que han conducido a la convicción subjetiva de que se mantendrían las previas actuaciones o decisiones, sino que el sólido convencimiento y convicción de la apariencia de legalidad que hacen esperar el mantenimiento de las decisiones o actuaciones anteriores. En nuestro caso, las situaciones en comparación, como ya puso de manifiesto el Sr. abogado del Estado, no son parangonables, en la nueva regulación del sistema de financiación de las entidades locales, Real Decreto Legislativo, no existe actuación alguna de la Administración que aplicara la homogeneización pretendida en el ITEn, ni tan siquiera las situaciones fácticas de las que se parte, el paso de un sistema a otro frente a un sistema consolidado, podían conllevar la seria expectativa de crear el sólido convencimiento en la parte recurrente de que se aplicarían unas medidas alegales, en un sistema legalmente cerrado. En la citada sentencia 104/2000 (FJ 7.º), el Tribunal Constitucional ha afirmado que no es contraria al principio de seguridad jurídica una regulación que modificó en el año 1992 el marco legal relativo al importe de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado en 1990.*

Por último, concluye el Tribunal Supremo sus razonamientos descartando que se haya infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, porque la actuación administrativa impugnada se ha ajustado al principio de legalidad:

*[...] Difícilmente cabe defender en la aplicación estricta de las normas aplicables reguladoras del sistema de financiación de las entidades locales y Ley de Presupuestos para 2008, básicamente aplicar sobre datos concretos y determinados fórmulas para determinar la participación de las entidades locales en los tributos estatales, tal y como ha actuado la Administración demandada, lo que además no es puesto en duda por la parte recurrente, pueda mantenerse seriamente que se ha vulnerado ambos principios por no haber aplicado reglas no previstas en la norma. El argumento utilizado es puramente voluntarista, se dice que es arbitrario –más parece referirse*

*a una supuesta desviación de poder— la actuación administrativa por haber seleccionado un método arbitrario, cuando resulta palmario que la Administración no ha hecho más que aplicar el método previsto legalmente; se dice que se vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley y no solo se prescinde de traer los términos de comparación imprescindible, sino que ni tan siquiera se identifica qué concreta(s) norma(s) han sido aplicadas de manera desigual por la Administración.*

*Se ha de recordar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 45/2007 (FFJJ 5.º y 6.º), se ha pronunciado, desde el canon de la arbitrariedad, sobre algunos aspectos de la regulación legal de la participación de los municipios en los tributos del Estado, afirmando que no cabe calificar de tales medidas legales razonables y justificadas, por más que puedan considerarse otras alternativas diferentes. Con mayor razón, no adolecen de esa tacha las decisiones administrativas que, como no discute el Ayuntamiento recurrente, se limitan a aplicar con rigor las previsiones del legislador. En el mismo sentido puede consultarse la repetida sentencia 104/2000 (FJ 8.º), en relación con una modificación legal que aprobó la liquidación definitiva de la participación de los entes locales en los tributos del Estado.*

Para muchos ayuntamientos, la crisis económica ha propiciado que fondos públicos obtenidos como consecuencia del otorgamiento de subvenciones se destinen a otros fines u objetivos distintos de los previstos en su concesión.

El Tribunal Supremo ha elaborado, sin embargo, una jurisprudencia que, lejos de flexibilizar el control de las subvenciones y ayudas estatales otorgadas a Administraciones Públicas o particulares por motivos derivados de la crisis económica, ha enjuiciado con rigurosidad, en consonancia con los nuevos paradigmas introducidos en la Constitución, las resoluciones administrativas en que había indicios o evidencias de haberse cometido abusos en el ejercicio de la actividad subvencional, para velar por los principios de transparencia y libertad de concurrencia competitiva, aunque partiendo de la premisa de que la Administración concedente debe respetar las garantías procedimentales establecidas en la Ley General de Subvenciones.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2015 [RC 2016/2015; ponente Calvo Rojas] revela el ejercicio de las facultades de comprobación que corresponden al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, al amparo del artículo 10 del Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, para exigir a un Ayuntamiento que reintegre al Tesoro Público una determinada cantidad, al

constatarse que ha incumplido las condiciones establecidas en la resolución de otorgamiento de la subvención.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento de Ares (A Coruña) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, porque aprecia que no concurre el presupuesto procesal de la triple identidad exigido para que sea viable esta modalidad de recurso de casación, confrontada la sentencia recurrida con las sentencias invocadas de contraste dictadas en materia de subvenciones.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016 [RC 3513/2013; ponente Bandrés Sánchez-Cruzat] se estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Villagarcía de Arousa, al entender que es la Xunta de Galicia –y no la Secretaría de Estado de Turismo– la Administración competente para tramitar las incidencias que puedan suscitarse en los expedientes de ayudas con cargo al Fondo Financiero del Estado para la modernización de las Infraestructuras Turísticas (FOMIT), al deber respetarse el orden de distribución de competencias en materia de subvenciones, tal como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Supremo corrige el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, al estimar que incurrió en error de Derecho al sostener que, de acuerdo con la fundamentación jurídica expuesta en la STC 200/2009, de 28 de septiembre, el alcance de dicho pronunciamiento solo produce efectos pro futuro, es decir, “para las convocatorias sucesivas al declararse la inconstitucionalidad de la norma” (sic) (Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros), y deducir de ello que no incide sobre la normativa anterior reguladora de las ayudas públicas vinculadas al Fondo Financiero del Estado para la Modernización de las Infraestructuras Turísticas (FOMIT), contemplada en el Real Decreto 721/2005, de 20 de junio, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, ni sobre las incidencias que pudieran plantearse en relación con préstamos asociados a dicho Fondo que habían sido otorgados con base en la regulación precedente.

El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que el Tribunal sentenciador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece el valor vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas en todo tipo de procesos, y en el artículo 6 de ese mismo cuerpo legal, que impone a los jueces y tribunales la obligación de inaplicar los reglamentos o integrar disposiciones contrarias a la Constitución, debió inexcusablemente proyectar la referida doctrina constitucional sobre distribución

de competencias en relación con las ayudas y subvenciones en materia turística —que ya estaba en las precedentes sentencias 13/1992, de 6 de febrero, y 24/1999, de 21 de diciembre— a la resolución del litigio, y, en consecuencia, debió declarar nulas las resoluciones de la Secretaría de Estado de Turismo impugnadas, en cuanto fueron dictadas por “un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia”, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 [RC 684/2014; ponente Espín Templado] resuelve que la competencia para instruir el expediente de reintegro, en relación con la devolución de un préstamo otorgado a un Ayuntamiento, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 721/2005, de 20 de junio, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, corresponde a la Comunidad Autónoma, en consonancia con los criterios del Tribunal Constitucional, expuestos en la sentencia 200/2009, de 23 de julio, lo que deslegitima la actuación de la Secretaría de Estado de Turismo.

## 2

### Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referida a los entes locales

#### 2.1

#### Potestad normativa de los entes locales

##### 2.1.1

#### Límites y limitaciones impuestos a las corporaciones locales para intervenir en la actividad de los ciudadanos [STS de 30 de noviembre de 2015 (RC 711/2014)]

La capacidad de las corporaciones locales para intervenir en la actividad de los ciudadanos se encuentra delimitada por la Constitución, que somete a la Administración local, como al conjunto de las Administraciones Públicas sin excepción, al más estricto respeto del principio de libertad (arts. 9.1, 53 y 103 CE).

Ello no es obstáculo para que las entidades locales, a los efectos de cumplir los fines que tienen constitucionalmente encomendados y poder ejercer

sus competencias, puedan adoptar regulaciones o medidas que delimiten la actividad de los ciudadanos por razones de interés general.

El artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su redacción originaria, establecía:

*1. Las corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:*

*a) Ordenanzas y bandos.*

*b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo.*

*c) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.*

*2. La actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual.*

Tras la reforma de la Ley local por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, el apartado 2 de este artículo 84 disponía que:

*La actividad de intervención de las entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.*

En el mismo sentido, el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, bajo la rúbrica “Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad”, prescribe:

*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 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.*

*2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.*

En la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2015 [RC 711/2014; ponente Requero Ibáñez] se sostiene que la Ordenanza municipal aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de León, reguladora de la dispensa y localiza-

ción de establecimientos destinados a la venta de bebidas alcohólicas para la reducción de su consumo, que prohibía que los salones de banquetes se ubiquen a una distancia menor de 25 metros respecto de otros establecimientos de ocio, como discotecas, salas de fiesta, pubs y karaokes, para prevenir efectos activísticos de consumo de bebidas alcohólicas, es conforme al artículo 84 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El Tribunal Supremo considera que la mencionada Ordenanza municipal tiene amparo en la Ley de Castilla y León 3/1994, de 29 de marzo, de Prevención, Asistencia e Integración Social de Drogodependientes de Castilla y León, y se justifica por preservar un fin legítimo de prevención de la salud pública, y es proporcionada en relación con la satisfacción de dicho objetivo:

*[...] Así planteado se desestima el recurso de casación. Ante todo porque una vez concretado qué preceptos se impugnaron de la Ordenanza, lo que la Sentencia juzgó –y juzgó acertadamente–, es que era conforme a la finalidad de la Ley autonómica 3/1994, luego a los principios deducibles de la Ley de Salud Pública, que se incluyese a los salones de banquetes en el ámbito de aplicación de la Ordenanza. A tal efecto es indiferente que se trate de locales cerrados, accesibles solo a grupos concertados y, además, en lo que ahora interesa no se cuestiona que se trata de locales de venta inmediata de alcohol. En este sentido hay que recordar que lo impugnado fue el artículo 6.Tipo 2 que regula la relación de esos locales, luego lo razonado por la Sentencia respecto de la actividad allí realizada es correcto desde los principios invocados.*

*[...] A lo expuesto debe añadirse un dato no menos relevante que puso de manifiesto el Ayuntamiento demandado y ahora recurrido ante esta Sala: que la razón de incluirse a los salones de banquetes es ajena a la específica y restringida forma de acceso a los mismos, sino porque en ellos se consume alcohol y por razón del uso o costumbre sobre el que se pretende incidir. Así lo que se prevé es una distancia no respecto de otros locales de venta directa de alcohol en general, sino de unos muy concretos, los de Tipo 1: discotecas, salas de fiesta, pubs y karaokes, bares especiales, cafés cantante y cafés teatro, boleras, salas de exhibiciones especiales y locales multiocio. Esto lo prevé el artículo 6.1 que se impugnó no por eso, sino por razón del criterio de medición de las distancias tal y como especificó el Suplico de la demanda.*

*[...] En definitiva y como se deduce de la Sentencia, con la Ordenanza el Ayuntamiento ha hecho una integración razonable de la finalidad de la Ley autonómica 3/1994 respecto de una actividad que incide en la salud pública –venta directa de alcohol– para prevenir un fin lícito –evitar el*

*efecto aditivo del consumo de alcohol por la proximidad de locales—, respecto de unos concretos tipos de locales —los de Tipo 2 respecto de los de Tipo 1 y no otros, lo que no se ha cuestionado— a los cuales es costumbre que se acuda tras los eventos que suelen celebrarse en un salón de banquetes. Esto no lo ataca la recurrente que limita su impugnación a un aspecto parcial e irrelevante como es el tipo de acceso a esos salones.*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia un conflicto normativo suscitado por la eventual aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y las leyes nacionales de transposición de dicha Directiva.

La regulación contenida en la Ordenanza municipal era a juicio del recurrente —propietario de un salón de banquetes— contraria a las previsiones de la normativa europea, ya que impedía que el Ayuntamiento de León restringiera la libertad de establecimiento y el libre ejercicio de la actividad empresarial.

Según el Tribunal Supremo, el diseño de liberalización de las actividades económicas, que constituye uno de los objetivos fundamentales de la normativa europea y española invocada, no es óbice para reconocer la capacidad de las corporaciones locales para, con base a imperiosas razones de interés general, imponer requisitos o condiciones a la actividad económica de los particulares, siempre que estos sean necesarios y proporcionados.

Para el Tribunal Supremo la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de León no persigue limitar la iniciativa en el ámbito del sector de la hostelería, sino desincentivar el consumo de bebidas alcohólicas para prevenir comportamientos adictivos a sustancias perjudiciales para la salud; y, por ello, no entra en juego, “por resultar ajeno al caso”, la aplicación de la Directiva de servicios ni la Ley de Servicios:

*[...] Conforme a lo expuesto ni el artículo 39 bis de la Ley 30/1992 ni el artículo 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local son aplicables al caso, según la redacción al tiempo de dictarse la Ordenanza, y esto por las siguientes razones:*

*1.º Se introdujeron en ambas leyes por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, por la que se adaptaron diversas leyes a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ley esta conocida como “Ley de Servicios”, y así se citará en adelante. Esta Ley traspuso en parte la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.*

*2.º El objetivo de la Ley de Servicios era facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios. De esta*

*manera la exigencia de autorización es excepcional, se sustituye por una declaración responsable y se admite siempre que su exigencia no sea discriminatoria, sea necesaria y proporcionada (artículo 5).*

*3.º A tal efecto en el artículo 5.b) y c) se entiende por “necesidad” que la exigencia de autorización, es decir, levantamiento de prohibición inicial, “esté justificad[a] por razones de [...] salud pública [...]”; y por “proporcionalidad” que la exigencia de autorización sea “el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz”.*

*4.º Según el artículo 9.b) y c) de la Ley de Servicios la exigencia de requisitos previos para acceder a una actividad deben estar justificados por una razón imperiosa de interés general y proporcionados por razón de la misma; y según el artículo 11.1.a) la norma que regule el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio restricciones consistentes en límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores.*

*5.º Los dos preceptos invocados en esta casación obedecen a una perspectiva liberalizadora de la actividad de que se trate en sí, se insertan en un objetivo de fomento de la libertad de establecimiento y prestación de servicios, remoción de obstáculos, y garantías de no discriminación y competencia. Esto no quita para que haya exigencias de otras licencias, autorizaciones o permisos desde punto de vista del urbanismo, sanidad, tutela del dominio público, medioambiente, protección infancia, etc.*

*6.º El juicio de proporcionalidad y necesidad que se haga conforme a los artículos 39 bis Ley 30/1992 y 84 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local debe hacerse siempre en función de un bien que se quiere lograr: conforme a la Directiva de servicios de la que proceden, la liberalización y el libre establecimiento.*

*7.º Tales aspectos son ajenos a la Ordenanza pues esas normas permiten la iniciativa hostelera consistente en la apertura de salones de banquetes, pero cosa distinta es que en el ámbito local se exijan ciertos requisitos o se impongan ciertas condiciones.*

*8.º La previsión de distancias que hace la Ley de Servicios no lo es en el sentido que ahora se plantea, sino desde la no discriminación y fomento de la competencia.*

*[...] Tampoco es admisible la invocación de los principios de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad según se regulan en la Ley de Economía Sostenible (artículo 4.1, más los apartados 2 y 3) pues sus previsiones son ajenas al caso de autos por lo siguiente:*

*1.º Se trata de una norma que se dicta para favorecer el desarrollo económico sostenible y entiende por tal un “patrón de crecimiento” que concilie el desarrollo económico, social y ambiental, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, todo en beneficio de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras (artículo 2).*

*2.º Por tanto, los principios que prevé tienen sentido desde ese objetivo y a tal efecto regula el principio de “buena regulación” aplicable a las iniciativas normativas, formando parte de él su “necesidad” lo que se identifica con que la regulación novedosa se justifique por una razón de interés general. La “proporcionalidad” significa que esa iniciativa normativa sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.*

*3.º Como estas previsiones deben contemplarse desde la perspectiva de favorecer el desarrollo económico sostenible, es decir, que esa justificación y esa adecuación del instrumento normativo no impidan sino que favorezcan tal desarrollo, hay que concluir que la Ordenanza impugnada es ajena a esa regulación pues el bien jurídico que persigue la Ordenanza es otro: desincentivar el consumo de bebidas alcohólicas distanciado los locales de venta directa o inmediata para evitar el efecto aditivo que supone su proximidad.*

### 2.1.2

#### **La prohibición de atribuir competencias profesionales a través de la aprobación de una Ordenanza municipal [STS de 25 de noviembre de 2015 (RC 578/2014)]**

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 [RC 578/2014; ponente Arozamena Laso] confirma la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo in-

terpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Soria de 13 de septiembre de 2012, por el que se procede a la aprobación de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Inspección Técnica de Construcciones, en relación con su artículo 5, referido a la capacitación para la inspección.

La tesis argumental desarrollada por el Colegio accionante, respecto de que el artículo 5 de la Ordenanza municipal, que dispone que la inspección técnica de las edificaciones se llevará a cabo por técnicos competentes, de acuerdo con las competencias y especialidades según la Ley de Ordenación de Edificación, vulneraba el ámbito de atribuciones profesionales de los ingenieros industriales, es rechazada por el Tribunal Supremo.

Según se sostiene en la sentencia, la normativa enjuiciada no restringe las competencias propias de estos profesionales, ni altera las capacidades generales y específicas para elaborar y ejecutar proyectos enmarcados en la técnica propia de su titulación que sus particulares regulaciones les atribuyen, ya que se limita a remitirse a la regulación contenida en la Ley de Ordenación de Edificación, para determinar los ámbitos de actuación profesional de los arquitectos y los ingenieros:

*[...] Con evidente mayor simplicidad, puesto que se trata de una mera remisión, la Ordenanza limita su mandato sobre el particular a habilitar para la Inspección Técnica a técnicos competentes, de acuerdo con sus competencias y especialidades de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas, y entendiendo como técnico competente aquellos que lo sean para proyectar o dirigir las obras de la construcción objeto de inspección, de conformidad con la Ley de Ordenación de la Edificación.*

*A partir de este dato, la racionalidad del argumento ofrecido por la sentencia recurrida, en el sentido de la evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la de calificar el estado general de su conservación, sería la justificación de la norma de la Ordenanza impugnada, por lo que resulta de lógica jurídica que solamente un precepto con el preciso rango legal que diese beligerancia a las razones de diferencia técnica entre la actividad de edificación y la de conservación que aducen los actores para mantener su pretensión podría abatir el fallo recurrido.*

*Y este precepto –como se dijo en la sentencia tantas veces invocada de 9 de diciembre de 2014– consideramos que no existe.*

*La parte recurrente invoca los preceptos anteriormente citados que entienden infringidos. En ellos se habilita a los ingenieros industriales para “la verificación [...] de materiales, elementos e instalaciones de*

*todas clases”, así como la capacidad para “proyectar, ejecutar y dirigir [...] construcciones hidráulicas y civiles” (Decreto de 18 de septiembre de 1935) y, en cuanto a los ingenieros técnicos, “la realización de mediciones, cálculos, valoraciones, tasaciones, peritaciones, estudios, informes, planos de labores y otros trabajos análogos”, así como “la redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles [...] siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación” (Ley 12/1986, por la que se regulan las atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos e ingenieros técnicos industriales).*

*Ahora bien, estas atribuciones de los ingenieros se hacen condicionados a que correspondan “por su naturaleza y características a la técnica propia de cada titulación” (Ley 12/1986) o que se trate de “instalaciones o explotaciones comprendidas en las ramas de la técnica industrial Química, Mecánica y Eléctrica y de Economía Industrial” (Decreto de 1935), de modo que las mismas normas atributivas de competencias profesionales matizan las mismas en función de los saberes propios de cada titulación, siendo de notar que los demandantes no solo invocan para afirmar su posición las capacidades de dictamen e informe, sino también las de “proyectar” para así justificar la capacidad de intervención de los ingenieros en la Inspección Técnica, razonamiento que en definitiva viene a avalar la posición de la Ordenanza, al vincular la intervención en la construcción con la competencia para hacerlo en la Inspección Técnica, a la vista de que la Ley de Ordenación de la Edificación refiere la capacidad para intervenir en esta a la titulación que “corresponda”.*

El Tribunal Supremo incardina la realización de la inspección técnica de las edificaciones en el ámbito de la construcción. Por ello, corresponde a los profesionales capacitados para proyectar, dirigir y ejecutar las obras de cada tipo de construcción a quien corresponde llevar a cabo su realización:

*[...] Finalmente, cabe señalar que la sentencia recurrida añade que la conclusión alcanzada se ve hoy avalada por el hecho de que después de su anterior sentencia se ha aprobado el Decreto 10/2013, de 7 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León en relación con la Inspección Técnica de Construcciones, Boletín Oficial Castilla y León 50/2013, de 13 de marzo de 2013, por el que se ha dado nueva redacción al artículo 317 del Reglamento de la Ley de Urbanismo referido a los técnicos competentes y normativa aplicable, que establece que: “1. La inspección técnica de construcciones debe ser realizada por*

*técnicos que sean competentes para proyectar o dirigir las obras de cada tipo de construcción, o para dirigir la ejecución de dichas obras. 2. Para la realización de la inspección técnica se tendrá en cuenta la normativa vigente en la fecha de la inspección, salvo para los aspectos respecto de los cuales no sea legalmente exigible la adaptación de las construcciones a la normativa en vigor y que no afecten a las condiciones de seguridad”.*

El Tribunal Supremo no examina si la Ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de Soria infringe la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, por tratarse de una cuestión nueva no suscitada en el proceso de instancia:

*[...] Por último, el motivo tercero –por infracción de los artículos 4 a 16 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y artículos concordantes de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006– no aparece invocado en el tantas veces citado recurso de casación núm. 4549/2012 ni tampoco, y esto es lo ahora relevante, en la demanda formulada ante la Sala a quo ni examinado en la sentencia recurrida, –únicamente se introdujo en el escrito de conclusiones– por lo que, como el motivo cuarto, aunque por razones distintas, debe ser inadmitido como apunta en su escrito de oposición al recurso de casación el Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla y León. Este por versar sobre normas que ni fueron invocadas en la instancia –al menos ni en la demanda ni en las contestaciones– ni, en todo caso, consideradas por la sentencia recurrida por lo que lógicamente no pudo justificarse que la infracción de dichas normas hubiese sido relevante y determinante del fallo de la sentencia; o, en último caso, debió invocarse el motivo del apartado c) por incongruencia o falta de motivación de la sentencia.*

## 2.2

### **Competencias municipales. La falta de competencia de los entes locales para regular las distancias mínimas de las instalaciones de telefonía móvil [STS de 2 de octubre de 2015 (RC 366/2013)]**

Los entes locales no tienen competencia para establecer una regulación de las distancias mínimas de las instalaciones de telefonía móvil, que pudiera justificarse por razones de protección de la salud pública, en relación con los límites de emisión radioeléctrica, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 25.2 h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La competencia corresponde a la Administración del Estado –se afirma en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 [RC 3667/2013; ponente Teso Gamella], siguiendo una consolidada jurisprudencia–, lo que comporta que se declare la nulidad del artículo 2.1 de la Ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de Son Servera para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil en el término municipal:

*[...] En este sentido hemos declarado en nuestra Sentencia de 10 de junio de 2013 (recurso de casación nº 3779/2011) “La reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 11 de Febrero de 2013, RCa 4490/2007, partiendo de las antiguas sentencias de 24 de enero de 2000 y 18 de Junio de 2001, ha fijado definitivamente la cuestión de la regulación por las ordenanzas locales de medidas adicionales de protección de la salud pública en la instalación de estaciones base de telefonía móvil al recoger y asumir la nueva perspectiva de análisis que había aportado al problema del entrecruzamiento competencial Estado-autonomías-corporaciones locales la sentencia de la Sección 5.ª de esta Sala de 22 de Marzo de 2011, RC 1845/2006, que cita la recurrente en su escrito de interposición. Así, se niega competencia objetiva a las corporaciones locales para fijar medidas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación con los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras.*

*No poseen margen de regulación (reglamentación mediante ordenanzas) las corporaciones locales para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública –ex artículo 25.2 h) Ley 7/1985, 2 de abril– más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación a los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras, al haber ejercitado el Estado –ex artículo 149.1.16.ª CE– de forma completa y agotada las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición e estas emisiones. Por tanto, no cabe reconocer a los municipios ningún deber de minimización específico compatible con la normativa básica estatal, puesto que esta es completa y contiene sus criterios de actualización.*

*El RD 1066/2001, de 28 de septiembre (y la Orden de desarrollo CTE/23/2002, de 11 de enero) fija con carácter básico, al amparo de*

*lo dispuesto en el artículo 149.1 16.ª CE y de los artículos 18, 19, 41 y 40 de la Ley General de Sanidad, los límites de exposición a las zonas en las que puedan permanecer habitualmente personas, pero con vocación de uniformidad y generalidad para todo el territorio nacional materializando el principio de precaución contenido en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519 EC. Por ello, no puede ser superado por una pretendida competencia para la mayor protección sanitaria por parte de los municipios. El sistema de protección que integra el RD 1006/2001 ya prevé sus propios mecanismos de intercambio de información que, en su caso, pueda llegar a la actualización de los niveles y formas de protección.*

*En el presente caso, dentro del contenido del artículo 9.9 F de la Ordenanza se contienen distancias de protección sanitaria innovadoras de las establecidas por el RD estatal, por lo que estamos ante un exceso de lo regulado en el artículo 8.7 d) RD 1066/2001 y la Orden CTE/23/2002, 11 de enero. En definitiva, el Estado ha agotado la cuestión de la protección de la salud pública por razón de las emisiones radioeléctricas en su regulación”.*

En esta sentencia del Tribunal Supremo también se niega la competencia del ente local para exigir un seguro de responsabilidad civil y la prestación de fianza a los operadores autorizados para prestar los servicios de comunicación electrónica, en cuanto se considera que se condiciona ilegítimamente el ejercicio de la actividad cuyo control corresponde a la Administración del Estado, lo que determina la nulidad del artículo 7.3 de la Ordenanza municipal impugnada:

*[...] Sin embargo venimos declarando, de forma reiterada, por todas, Sentencia de 8 de marzo de 2013 (recurso de casación n.º 5778/2005), que “como hemos declarado repetidamente, de la que es reciente ejemplo nuestra Sentencia de 10 de enero de 20 (sic 2007) (recurso 297/2006), con cita de las de 4 de mayo y 1 de junio de 2005, 23 de noviembre de 2010 y 12 de abril de 2011, no se acomoda a Derecho la exigencia de ‘presentación de un seguro de responsabilidad civil que cubra las posibles afecciones a los bienes o a las personas, pues tal exigencia no está relacionada con los riesgos causados a la salud humana, pues la cercanía a las antenas de telefonía móvil no generan para los seres humanos, al día de hoy y con los conocimientos técnicos actuales, un riesgo acreditado de necesaria cobertura, máxime si tales garantías condicionan el ejercicio de una actividad que cuenta con la autorización y control de la Administración del Estado y no parece que las empresas concesionarias de estos servicios públicos necesiten de una especial cobertura*

*para afrontar sus posibles compromisos'. Por otra parte, la citada exigencia reglamentaria, que comparte razón y suerte con la de una fianza, carece de cobertura legal, pues no solo no pueden en su exigencia ampararse los municipios en sus competencias de protección urbanística, medioambiental, del patrimonio histórico o de la salubridad pública –se trata de posibles compensaciones a particulares frente a posibles daños– sino que es la Administración del Estado la que detenta la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, señalando el art. 75 de la Ley 50/1980 que será el Gobierno el que establezca los supuestos en que es obligatorio suscribir un seguro de esta índole (FJ. 6.º)”*

Esta doctrina se reitera en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 [RC 1876/2014; ponente Arozamena Laso], en la que se declara la nulidad de determinadas disposiciones de la Ordenanza municipal, aprobada por el Ayuntamiento de Tudela (Navarra), sobre instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil, por violar las competencias de la Administración del Estado en esta materia.

### 2.3

#### **Economía y Comercio. El reconocimiento de un término municipal de zona turística a efectos de horarios comerciales obtenido por silencio positivo [STS de 19 de febrero de 2016 (RC 3371/2013)]**

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016 [RC 3371/2013; ponente Bandrés Sánchez-Cruzat], que pone fin al conflicto suscitado entre el Ayuntamiento de La Roca del Vallés y la Consejería de Empresa y Empleo de la Generalitat de Cataluña, relativo a la declaración de determinados ámbitos de su territorio municipal como zona turística, pone de relieve la obligación de la Administración de respetar de forma rigurosa las reglas procedimentales establecidas en la ley.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había estimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la representación procesal de la mercantil Value Retail Barcelona, S.L. y por la representación procesal del Ayuntamiento de La Roca del Vallés contra la resolución del consejero de Empresa y Empleo de la Generalitat de Cataluña de 28 de septiembre de 2011, que desestimó el recurso de alzada planteado contra la precedente resolución del director general de Comercio de 24 de mayo de 2011, por la que se deniega

la propuesta presentada por la mencionada corporación local de declaración de determinados sectores del término municipal como zona turística a efectos de horarios comerciales, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

*[...] Las recurrentes plantean un motivo de carácter procedimental en el sentido de que la solicitud de declaración de determinadas zonas del término como municipio turístico quedó admitida por acto presunto al no haberse resuelto la solicitud en el plazo de tres meses.*

*El procedimiento para la declaración de municipio turístico a los efectos de la excepción en el régimen de horarios comerciales queda establecido al artículo 3 de la Ley 8/2004 de horarios comerciales. La propuesta inicial corresponde al Ayuntamiento afectado, que deberá aportar la documentación que se menciona en el precepto. A su vez, resulta necesario el informe de la Dirección General de Turismo según que impone el apartado 3 del precepto citado. El apartado 4 dispone que la propuesta se considera aprobada si no se ha dictado resolución expresa en el plazo de tres meses a contar desde la presentación acompañada de toda la documentación preceptiva.*

*En el caso que nos ocupa la solicitud municipal tuvo entrada en la Dirección General de Comercio el 11 de noviembre de 2010, de forma que el plazo para resolver y notificar concluía inicialmente el día 11 de febrero de 2011. La Administración considera que el mencionado periodo quedó suspendido primero cuando, en fecha 1 de diciembre de 2010, se pidió informe a la Dirección General de Turismo y, después, cuando en fecha 1 de abril de 2011 se amplió el plazo a petición del Ayuntamiento. Según se ha mencionado, el plazo para resolver es de 3 meses. Ciertamente el plazo se puede suspender en los supuestos establecidos al artículo 42.5 de la Ley 30/92, específicamente cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a un órgano de la misma o diferente Administración, suspensión que se mantiene desde la solicitud –que deberá comunicarse a los interesados– hasta la recepción del informe, sin que en ningún caso tal suspensión pueda exceder de tres meses.*

*La representación de “Value Retail Barcelona SL” plantea en primer lugar que el informe de la Dirección General de Turismo no era determinante, de forma que no podía justificar una suspensión del plazo. Aparte, añade que la suspensión solo opera desde la comunicación al afectado y, en todo caso, que la suspensión requiere una decisión expresa en tal sentido.*

*Pues bien, el informe de la Dirección General de Turismo es un informe preceptivo ya que es la misma Ley quien lo impone al formalizar el pro-*

*cedimiento que es preciso seguir para la adopción de la resolución que nos ocupa. En lo que concierne a su carácter determinante, no es este un concepto definido legalmente. Se puede deducir, sin embargo, que tal calificación se refiere a un tipo de informe que, no siendo vinculante, sí que tiene un peso especial en la toma de la decisión final. En este sentido debe tenerse en cuenta que el artículo 83 de la misma Ley 30/1992 hace una consideración especial respecto este tipo de informes en lo que se refiere a la posibilidad de proseguir las actuaciones cuando el informe no se emite en el plazo que corresponde. Se trata en consecuencia de un informe imprescindible para formar la voluntad del órgano administrativo llamado a decidir, aunque no le vincule.*

*En el caso de la declaración de municipio turístico a los efectos de los horarios comerciales, la Dirección General de Comercio debe resolver sobre una situación que en buena medida es ajena a la materia que le corresponde. En efecto, se trata de determinar hasta qué punto se produce un fenómeno de afluencia turística significativa en las zonas señaladas por el municipio. De aquí que sea oportuno y necesario el informe de la Dirección General del ramo. Informe que es preciso entender determinante en la medida que sin esa valoración la Dirección General de Comercio no puede constatar el presupuesto material de la declaración de municipio turístico a los efectos de los horarios comerciales.*

*En cuanto a la comunicación de la solicitud de informe, hay que señalar que la misma es en efecto obligada según impone el mismo artículo 42.5.c/. Otra cosa es si la suspensión pospone su eficacia hasta que se produzca la comunicación al afectado. Ciertamente la notificación es condición de eficacia de los actos administrativos y opera asimismo como un requisito de eficacia en otros supuestos como por ejemplo la perención del procedimiento o el silencio administrativo. Ahora bien no es este el planteamiento en el caso de la suspensión del plazo para resolver, pues el artículo 42.5.c/ prevé inequívocamente la suspensión entre la solicitud del informe y su recepción, no desde la comunicación de aquella –in claris non fit interpretatio–. En definitiva, la comunicación opera como una carga jurídica vinculada a la suspensión del procedimiento, pero no como una condición suspensiva de esta.*

*Ahora bien, es preciso admitir la última objeción, y es que hay que entender necesaria una decisión específica de suspensión. No es suficiente la mera petición del informe determinante en cuestión.*

*En efecto, de acuerdo con lo que dispone el artículo 83 de la Ley 30/1992, los informes se deben emitir en el plazo de diez días salvo disposición*

*específica en contra o cuando el cumplimiento del plazo para resolver permite más tiempo. El apartado 3/ de este precepto permite al instructor continuar el procedimiento en el supuesto de que no se haya emitido el informe en el plazo mencionado salvo que se trate de un informe determinante, supuesto en el que se prevé la posibilidad de suspender el procedimiento. Una decisión, en consecuencia, que debe adoptarse formalmente. Cabe decir en este sentido que tanto el artículo 42.5, como el artículo 83.3 de la Ley 30/1992 habilitan la facultad administrativa de suspensión del plazo, planteamiento que indica que no estamos ante una suspensión automática.*

*Debemos señalar asimismo que el artículo 42.5, c/ admite una suspensión hasta tres meses, pero esta no es una duración estándar sino un límite máximo. La Administración debe resolver por lo tanto si en efecto el estado de tramitación permite obtener el informe sin necesidad de suspensión, o bien la misma es necesaria; situación esta en la que debe determinar el tiempo de suspensión.*

*Finalmente hay que considerar que la suspensión es una excepción al plazo máximo para resolver; aspecto este que tiene su sentido en tanto que garantía del interesado. Por lo tanto, considerando la cuestión desde la perspectiva subjetiva del interesado, el principio de seguridad jurídica impone una decisión específica sobre la suspensión del plazo y las circunstancias de la misma, así como la comunicación de esta situación al afectado a efectos de mantenerlo informado en lo que le afecta. Dicho en otras palabras, si la Administración está formalmente obligada a comunicar inicialmente al afectado el plazo máximo de duración del procedimiento –artículo 42.4 de la Ley 30/1992–, también lo está cuando modifique tal plazo.*

*En definitiva, la incorporación de informes preceptivos y determinantes al procedimiento permite la suspensión del plazo, aunque esa suspensión no es imprescindible o consustancial a la citada eventualidad procedimental, de forma que la suspensión no puede considerarse producida eo ipso por la mera solicitud del informe.*

*En el caso que nos ocupa la Administración podía haber suspendido el plazo hasta un máximo de tres meses a la espera del informe de la Dirección General de Turismo, pero no lo hizo. Consecuentemente, el plazo para resolver continuó su curso hasta que en fecha 11 de febrero se produjo el acto presunto de estimación de la solicitud del Ayuntamiento de La Roca del Vallès. Las posteriores vicisitudes del procedimiento, incluida la prórroga del plazo, ya no tuvieron incidencia una vez se había consumado ya el acto presunto.*

*[...] Puesto que se estima el motivo de recurso referido al procedimiento, no corresponde entrar en los motivos materiales de recurso toda vez que la declaración de municipio turístico resulta en todo caso obligada por silencio administrativo.*

El Tribunal Supremo confirma la decisión del Tribunal catalán rechazando la tesis argumental que formulaba la abogada de la Generalidad de Cataluña, respecto de que, en el supuesto enjuiciado, la mera petición de un informe a la Dirección General de Turismo, previsto en el artículo 3.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2004, de 23 de diciembre, de horarios comerciales, tenía eficacia interruptiva del plazo para resolver establecido en el apartado 4 de la referida disposición legal, que dispone que “la propuesta a la que se refiere el apartado 2 se considera aprobada si no se ha dictado resolución expresa en el plazo de tres meses, a contar desde su presentación junto con toda la documentación preceptiva”, porque ello supondría contravenir el designio del legislador de la citada Comunidad Autónoma de entender que en los procedimientos de declaración de municipio turístico a efectos de horarios comerciales opera el silencio administrativo positivo.

Previamente, el Tribunal Supremo había desestimado el recurso de casación, interpuesto por la Confederación de Comercio de Cataluña, que reprochaba a la Sala de instancia que no le hubiera emplazado en el proceso contencioso-administrativo presentado contra la resolución del director general de Comercio que denegó la propuesta formulada por el Ayuntamiento de La Roca del Vallés, al amparo de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2004, de 23 de diciembre, de horarios comerciales, para la calificación como zona turística de determinados sectores del referido municipio.

El Tribunal Supremo considera que la Sala de instancia no ha infringido lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que, en el supuesto enjuiciado, la Administración demandada no tenía la obligación de emplazar a dicha asociación, teniendo en cuenta que no consta que estuviere identificada como interesada en el expediente administrativo, y que la falta de personación en el proceso contencioso-administrativo se debió a su falta de diligencia, al quedar acreditado que tuvo conocimiento extrajudicial de la existencia del proceso, lo que evidencia que no se le ha causado indefensión imputable al órgano judicial.

La sentencia del Tribunal Supremo recuerda la consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 14 de abril de 2014 (RC 4167/2011), de 28 de junio de 2011 (recurso 3239/2007) ya citada, y de 28 de mayo de 2012 (recurso 267/2009), en que dijimos:

*[...] En estas y otras sentencias hemos razonado con amplitud que el emplazamiento de los interesados en un procedimiento contencioso-administrativo resulta esencial para una correcta formación de la relación jurídico-procesal. Quienes están legitimados pasivamente como parte demandada en un proceso contencioso-administrativo deben ser emplazados directa y personalmente cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, constituyendo la falta de ese emplazamiento personal obligado un quebrantamiento de las formas y garantías esenciales del proceso, además de una vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.*

*Por eso, el artículo 48.1 –en relación con el 49– de la Ley Jurisdiccional 29/1998 prevé la práctica de los emplazamientos de quienes aparezcan como interesados en el proceso por la Administración que acuerda remitir el expediente al órgano jurisdiccional, obligación que no exime al Tribunal de la obligación de velar para que se formalice adecuadamente la relación jurídico-procesal. Así, la propia Ley de la Jurisdicción exige al órgano jurisdiccional que compruebe si los emplazamientos se han practicado en debida forma y, en caso contrario, dispone que se ordene a la Administración que se practiquen los necesarios para garantizar la defensa de los interesados que sean identificables (artículos 49.3 y 52.1). Esta obligación recae sobre el secretario judicial desde la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.*

*En definitiva, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia, para apreciar desde esta perspectiva una lesión del derecho constitucional a una tutela judicial sin indefensión han de concurrir los tres requisitos siguientes:*

- a) Que quien no ha sido emplazado sea titular, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión.*
- b) Que sea posible identificar a ese interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.*
- c) Por último, que ese interesado haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no acontece cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto o cuando no se persona en el proceso por su propia falta*

*de diligencia. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, lo que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones.*

*En relación con este último aspecto, cabe añadir que como ha señalado esta Sala en sentencia de 12 de marzo de 2013 (recurso 6400/2009), no cabe apreciar una situación de indefensión real y efectiva de quien denuncia la falta de emplazamiento para comparecer en el proceso cuando quien así se manifiesta ha tenido conocimiento extraprocesal de la existencia del recurso contencioso-administrativo y, por su propia falta de diligencia (o por sus cálculos estratégicos sobre lo que más le conviene), no se ha personado en el mismo. Ciertamente es que ese conocimiento extraprocesal no puede presumirse sin más, sino que debe ser acreditado mediante prueba suficiente, pero esta advertencia no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones, de manera que basta al efecto con que del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonable tal conocimiento extraprocesal.*

Asimismo, se refiere que en la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2013, de 8 de abril, se establecen, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentada en las sentencias de 15 de octubre de 2002 (Caso Cañete de Goñi contra España) y de 4 de mayo de 2004 (Caso Agapito Maestre Sánchez contra España), los presupuestos exigidos para que la falta de emplazamiento de un tercero en el proceso contencioso-administrativo sea lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución:

*a) En primer lugar, es preciso que el demandante de amparo fuera titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado o coadyuvante en aquel proceso. Tal situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida; y, en todo caso, la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo (SSTC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y 122/1998, de 15 de junio, FJ 3). b) En segundo lugar, es necesario que el demandante de amparo fuese identificable por el órgano jurisdiccional; lo que dependerá esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (SSTC 325/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 229/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; y 300/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). c) Y, por último, debe haberse causado al recurrente una situación de indefensión material, sin que pueda apreciarse la mis-*

*ma cuando el interesado tenía conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia pasividad o falta de diligencia, no se personó en el proceso pudiendo hacerlo (SSTC 152/1999, de 14 de septiembre; FJ 4; 62/2000, de 13 de marzo; FJ 3; 125/2000, de 16 de mayo; FJ 3, y 44/2003, de 3 de marzo, FJ 3).*

Concluye la sentencia que, teniendo en cuenta la naturaleza del acto impugnado –la calificación de parte del término municipal de La Roca del Vallés como municipio turístico–, que afecta a una pluralidad indeterminada de sujetos, y tomando en consideración que la agrupación gremial recurrente no tiene una singular posición en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo, derivada de la afectación directa a sus derechos e intereses legítimos, la Sala de instancia no tenía la obligación de emplazar personalmente como interesada a la citada asociación, por lo que la falta de emplazamiento no supuso una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que engloba el derecho a acceder a la jurisdicción.

## 2.4

### Ordenación del territorio y Urbanismo

#### 2.4.1

#### **La Comisión Territorial de Urbanismo no vulnera la autonomía local cuando introduce modificaciones en un Plan General de Ordenación Urbana por razones de legalidad o de racionalidad urbanística [STS de 16 de diciembre de 2015 (RC 870/2014)]**

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de diciembre de 2015 [RC 870/2014; ponente Peces Morate] formula la directriz jurisprudencial de que la Comisión Territorial de Urbanismo no vulnera el principio de autonomía local, cuando introduce modificaciones en el procedimiento de modificación de un Plan General de Ordenación Urbana, si obedece a “razones de legalidad y de racionalidad urbanística”.

El Tribunal Supremo, tras declarar haber lugar al recurso de casación, desestima el recurso contencioso-administrativo, al entender que la Administración Urbanística de la Generalitat de Cataluña no se ha extralimitado en el ejercicio de sus potestades de aprobación definitiva de un Plan General de Ordenación Urbana, cuando se evidencia la presencia de intereses supramunicipales.

La sentencia del Tribunal Supremo parte, para determinar la presencia de intereses supramunicipales que legitimen la intervención de la Autoridad Ur-

banística de la Comunidad Autónoma, del análisis del contenido de las prescripciones urbanísticas del plan, para inferir de estas si había afectación de intereses puramente locales o supramunicipales, sin que la mera aceptación por la corporación local de las modificaciones introducidas por la Comisión de Urbanismo sea, a estos efectos, relevante:

*[...] La representación procesal de la entidad mercantil recurrente sostiene que, a la vista de lo expresado tanto en la Memoria de la Modificación aprobada provisionalmente por la corporación municipal como en la Memoria del Texto Refundido que fue aprobado definitivamente, y así se deduce también de la prueba pericial practicada, esas determinaciones sustituidas o introducidas por orden de la Comisión Territorial de Urbanismo no tenían incidencia supramunicipal, no vulneraban la legalidad ni comprometían la racionalidad de la ordenación urbanística, sino que se trataba de opciones discrecionales de mera oportunidad y, por ello, la decisión de la Comisión Territorial de Urbanismo ordenando su eliminación o cambio ha conculcado el principio de autonomía municipal recogido en los artículos 137 y 140 de la Constitución, mientras que las Administraciones comparecidas como recurridas aseguran que se introdujeron por razones de legalidad y racionalidad urbanística, cuestión que hemos de dilucidar para cumplir nuestro indicado deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.*

*[...] Es cierto que, tanto en la Memoria de la Modificación correspondiente a la aprobación provisional como en la del Texto Refundido aprobado ulteriormente por el Ayuntamiento con las alteraciones impuestas por la Comisión Territorial de Urbanismo, se hace constar que la Modificación no presenta aspectos que puedan incidir sobre criterios de supramunicipalidad ni de legalidad que puedan justificar la denegación de su aprobación por dicha Comisión Territorial, pero no es menos cierto que el propio perito forense, según lo recoge la Sala de instancia en la sentencia recurrida, manifiesta que “las prescripciones dispuestas en el acuerdo de suspensión de la aprobación definitiva no suponen un cambio de modelo urbanístico pero sí un cambio sustancial al reducir la edificabilidad en 3013,95 m<sup>2</sup>, imposibilitar el aprovechamiento privado del subsuelo en el sistema viario y eliminar en la ordenación volumétrica dos edificios”.*

*Además, según se pone de manifiesto por la representación procesal de la Administración autonómica recurrida al oponerse al primer motivo de casación, en el acuerdo de suspensión de la aprobación definitiva por la Comisión Territorial del Urbanismo se dispone que se debe fijar el plazo y la finalización de la construcción de viviendas protegidas de acuerdo con el apartado 7 del artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo,*

*aprobado por Decreto 1/2005, de 26 de julio, modificado por el artículo 9 del Decreto Ley de 16 de octubre de 2007, que la delimitación del polígono tiene que concretar la ordenación donde, además de incluirse las redes de servicios, se deben identificar las propuestas de tratamiento de los espacios libres para resolver el desnivel y la conectividad entre los espacios libres ya previstos y los sugeridos, debiéndose también fijar la densidad máxima residencial, que no ha de superar la proporción de una vivienda por cada 100 m<sup>2</sup> de techo residencial, y, conforme al apartado 4 del artículo 118 del Reglamento de la Ley de Urbanismo, aprobado por Decreto 305/2006, de 18 de julio, el documento tiene que incorporar un apartado justificando si hay alguna repercusión ambiental o no como resultado de la Modificación que se propone, o, como mínimo, el informe ambiental.*

#### 2.4.2

#### **La modificación de un Plan General de Ordenación Urbana exige la emisión de un informe de la autoridad ambiental cuando afecta a suelo rústico de especial protección [STS de 13 de abril de 2016 (RC 3288/2014)]**

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 [RC 3288/2014; ponente Peces Morate] confirma la doctrina jurisprudencial relativa a que cuando la modificación puntual de un Plan General de Ordenación Urbana tiene efectos significativos sobre el medio ambiente –en este supuesto afecta a la desclasificación de suelos rústicos de especial protección que pasan a clasificarse de suelo urbanizable– debe someterse a evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal Supremo considera que el Tribunal sentenciador no ha conculcado, por interpretación y aplicación extensivas, lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y, por lo mismo, no ha aplicado indebidamente, al declarar la nulidad de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Villanueva del Pardillo, lo dispuesto por el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni se ha apartado en la interpretación realizada de lo establecido en el artículo 3 del Código civil, razones todas por las que los motivos de casación primero y segundo esgrimidos tanto por la entidad mercantil recurrente como por la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid, y el único de los invocados por el Ayuntamiento recurrente, deben ser desestimados.

La interpretación que la Sala de instancia había realizado de lo establecido en los diferentes apartados del artículo 3 de la Ley 9/2006, es conforme con la tesis mantenida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2011, al dar respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el Asunto C-295-10, y, además, se desprende con toda claridad de lo previsto ahora en el artículo 6.2 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, que entró en vigor el 12 de diciembre de 2013, que establece que serán objeto de una evaluación ambiental estratégica simplificada: a) las modificaciones menores de los planes y programas mencionados en el apartado anterior; b) los planes y programas mencionados en el apartado anterior que establezcan el uso, a nivel municipal, de zonas de reducida extensión; y c) los planes y programas que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos mencionados en el apartado anterior.

El Tribunal Supremo estima que, aun admitiendo lo que los propios recurrentes ponen en duda, cual es que la Modificación Puntual cuestionada no sea marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental, a pesar de que la Sala de instancia asegura categóricamente que “establece el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental en materia de ordenación del territorio urbano y rural y del uso”, la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Villanueva del Pardillo habría precisado, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 3.3. y 4 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, y en el artículo 3, apartados 4 y 5, de la Directiva 2001/42/CE, que el órgano ambiental determinase, consultando previamente a las Administraciones afectadas, si dicha Modificación debía ser objeto de evaluación ambiental, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el anexo II de la propia Ley 9/2006 y de la indicada Directiva.

## 2.5

### **Medio ambiente. El respeto debido al principio de precaución en las prospecciones petrolíferas utilizando la técnica de fractura hidráulica [STS de 28 de abril de 2016 (RCA 440/2013)]**

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2016 [RCA 440/2013; ponente Bandrés Sánchez-Cruzat] desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los ayuntamientos zaragozanos de Jaraba y de Ariza contra el

Real Decreto 317/2013, de 26 de abril, por el que se otorga a Frontera Energy Corporation, S.L., el permiso de investigación de hidrocarburos denominado “Cronos”, al sostener que no resultaba plausible declarar la nulidad del citado acuerdo gubernamental por la denunciada insuficiencia de las medidas de protección medioambiental exigibles, atendiendo a la naturaleza y características de los trabajos específicos contemplados en el Programa de investigación, cuya ejecución se prevé desarrollar en distintas fases, que requieren de autorización previa por la Administración condicionada a la obtención de declaración de impacto ambiental:

*[...] la Sala considera que el nivel de concreción exigible en esta primera fase no puede ser equiparado al que ulteriormente será necesario para autorizar cada una de las labores de sismica o perforación singulares, respecto de las cuales han de imponerse estándares de protección rigurosos y ya plenamente precisados.*

*En esta fase inicial, cuando se trata de un permiso de investigación de las características que presenta el de autos y con la superficie de exploración a que se extiende (a ambos factores nos referimos también en nuestra sentencia de 24 de febrero de 2004) basta que el operador que aspire al otorgamiento del permiso exponga “las medidas de protección medioambiental mínimas sin las cuales no es autorizable la perforación del subsuelo marino”, en el buen entendimiento de que “no necesariamente se identifican con las que ulteriormente pueden venir precisadas, tras la eventual evaluación de su impacto, en función de las circunstancias singulares de las diferentes actuaciones, una vez concretada la ubicación y demás elementos de estas”, según ya expusimos en nuestra sentencia precedente.*

*Buena parte de los peritos propuestos por la parte demandante han elaborado sus informes sobre este punto partiendo, en realidad, de una interpretación inadecuada del artículo 16.2 de la Ley 34/1998, que la Sala no asume. Han equiparado, de un modo u otro, la fase inicial (solicitud del permiso) con la subsiguiente (presentación del estudio ambiental necesario para la autorización de cada uno de los trabajos singulares) y esta premisa ha lastrado sus conclusiones. Al igual que ulteriormente expondremos al analizar el cumplimiento de las normas nacionales o de la Unión Europea en materia medioambiental, aquellos dictámenes periciales –y otros– podrán ser útiles, en su caso, para la hipótesis de que, tras la preceptiva declaración de impacto ambiental, se conceda la autorización a las perforaciones singulares de determinados sondeos exploratorios dentro de la superficie del permiso de investigación (la declaración de impacto ya ha tenido lugar cuando se dicta la sentencia),*

*pues los respectivos técnicos que han informado a la Sala en realidad han “adelantado” sus propias opiniones al respecto.*

*A nuestro juicio, repetimos, el contenido de aquellos documentos, incluso si no se refieren de modo singular a los sondeos exploratorios específicos en las aguas atlánticas próximas a las Islas Canarias, contienen las medidas de protección y cautela que, sujetas a su ulterior concreción para cada uno de los trabajos que después requerirán los preceptivos estudios y declaración de impacto, bastaban para satisfacer la exigencia “mínima” del artículo 16.2 de la Ley 34/1998. No cambiaría esta conclusión el hecho afirmado por la recurrente (a su juicio, “Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A.” ya “sabía dónde iba a perforar desde un primer momento”) pues, incluso si fuese cierto, es precisamente al solicitar las preceptivas autorizaciones posteriores para perforar en cada una de las localizaciones elegidas cuando ha de fijar las medidas y cautelas singulares, con el necesario grado de precisión y acomodo a las circunstancias de cada emplazamiento [...].*

*Estas mismas consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa, por lo que deben considerarse suficientes las medidas contempladas en el documento que aportó la solicitante del permiso, denominado “Medidas de Protección Medioambiental y Plan de Restauración para la solicitud del permiso de investigación de hidrocarburos Cronos” (documento 5 del expediente administrativo). Se trata de un documento de 44 páginas, más anexos, en el que tras una descripción ambiental del medio, se detallan las medidas de protección ambiental estructuradas en un estudio de impacto ambiental, un plan de gestión medioambiental y un plan de contingencias medioambientales. Y como decimos, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que acabamos de reseñar, las medidas de protección medioambiental contenidas en el citado documento cumplen de manera suficiente la exigencia del artículo 16.2 de la Ley 34/1998, habida cuenta que se trata aquí de un permiso de investigación de hidrocarburos referido a una amplia zona (96.961,2 hectáreas) y en el que, como se explica en los apartados del Real Decreto impugnado que antes hemos dejado transcritos, se contempla un programa de actuaciones a realizar en seis años agrupados en tres fases, siendo así que para la primera fase –años primero y segundo– únicamente se contemplan trabajos de “[...] recopilación, escaneo y reprocesado de información sísmica disponible en el área: digitalización, procesado y evaluación de logs pertenecientes a pozos perforados en el área así como interpretación sísmica regional; evaluación de necesidades para una nueva campaña sísmica. Recogida de muestras aflorantes para estu-*

*dios y evaluación geoquímica. Gestión del permiso sobre el programa de sísmica 2D en función de los resultados del procesado de la información existente. Recogida de muestras de testigos de pozos poco profundos para estudios geoquímicos y geomecánicos, y su evaluación económica”; estableciendo el artículo 2.1 del propio Real Decreto impugnado que si en la segunda fase del programa –tercer y cuarto año de vigencia del permiso– se decide perforar, “[...] tendrá lugar el comienzo de un estudio de impacto medioambiental del sondeo”.*

*Para terminar este apartado, dos últimas consideraciones sobre elementos de prueba aportados por la demandante.*

*De un lado, el Informe del Instituto Geológico y Minero de España –documento n.º 3 de la demanda– es un estudio de carácter general sobre medidas preventivas y correctoras a considerar cuando se aplica la técnica del fracking; y como señala la parte codemandada en su contestación a la demanda, el citado informe, por su propio carácter de estudio general, no se refiere al permiso de investigación Cronos que aquí nos ocupa ni contiene, por tanto, ningún análisis o valoración sobre la viabilidad de dicho permiso de investigación desde la perspectiva medioambiental.*

*De otra parte, el informe aportado como documento n.º 4 de la demanda, emitido por la licenciada en Ciencias Ambientales D.ª Ana García Bautista, afirma la existencia de aguas subterráneas en determinadas zonas del permiso de investigación Cronos. Pero aparte de que ese informe no contiene una valoración sobre el grado de compatibilidad del permiso de investigación otorgado con esas masas de aguas subterráneas, debemos nuevamente señalar que para la primera fase del programa únicamente se contemplan sondeos exploratorios –sin utilizar la técnica de fracking– que en nada pueden afectar a los acuíferos subterráneos; y solo en un momento posterior, en caso de que se decida perforar en determinadas localizaciones, habrán de obtenerse las correspondientes autorizaciones administrativas y de iniciarse el estudio de impacto medioambiental del sondeo a fin de adoptar las medidas de protección ambiental que se establezcan como necesarias.*

El Tribunal Supremo también descarta que el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado deba anularse por omitir una declaración de impacto ambiental estratégico, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

*[...] La cuestión relativa a la exigibilidad de la evaluación ambiental estratégica o la declaración de impacto ambiental con carácter previo al otorgamiento de permisos de investigación de hidrocarburos como el aquí controvertido ha sido ya examinada por esta Sala en ocasio-*

*nes anteriores. Sirva de muestra lo declarado en sentencias de fecha 25 de junio de 2014 (dictadas en los recursos contencioso-administrativos 353/2012, 327/2012, 364/2012 y 365/2012), en las que se cita, a su vez, la sentencia de 24 de febrero de 2004 (recursos acumulados 39 y 40/2012). De lo declarado en una de las sentencias citadas –sentencia de 25 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 353/2012, FJ 12.º) reproducimos ahora el siguiente fragmento:*

*“[...] En efecto, no era preceptiva la ‘evaluación ambiental estratégica previa al acto autorizador’ cuando, simplemente, se trataba de un proyecto específico de investigación de hidrocarburos, circunscrito a unas coordenadas geográficas y con una duración temporal bien determinada. La obligación de evaluar los efectos significativos que sobre el medio ambiente puedan tener ciertos ‘planes y programas’ a tenor de la Directiva 2001/42/CE y de la Ley 9/2006 (actualmente derogada por la Ley 21/2013, al igual que el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos) se extiende a ‘una serie de sectores’ económicos (entre ellos la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo de suma importancia), respecto de los cuales los ‘planes y programas’ establecen un marco general dentro del que tendrán ulterior cabida las futuras autorizaciones de proyectos (estos últimos sí sujetos a la evaluación de impacto ambiental, no a la previa evaluación estratégica).*

*Por ‘planes y programas’ debe entenderse, pues, conforme al artículo 2 de la Ley 9/2006 –de cuyo acomodo a la Directiva en este punto no se han suscitado dudas en el litigio– ‘el conjunto de estrategias, directrices y propuestas que prevé una Administración Pública para satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo por medio de un conjunto de proyectos’. Un permiso de investigación específico como el de autos no constituye uno de aquellos ‘planes y programas’ sino uno más de los cientos de ‘proyectos’ singulares de actividad industrial (por lo que aquí importa, de investigación de hidrocarburos) que requerirán, en efecto, la evaluación de su impacto pero no la evaluación estratégica correspondiente a las otras dos figuras. A esta conclusión se llega sin dificultades hermenéuticas y sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya jurisprudencia en interpretación de la Directiva 2001/42/CE no se refiere a proyectos singulares como el de autos. Si el Tribunal de Justicia ha negado el carácter de planes o programas sujetos a eva-*

*luación estratégica incluso a ‘intervenciones normativas aisladas que no pueden constituir un sistema organizado y articulado’, con tanta más razón deberán excluirse los actos singulares que, sin tener connotaciones normativas ni generales, únicamente autorizan unas determinadas labores o trabajos de investigación de hidrocarburos.*

*El hecho de que un mismo permiso de investigación se desarrolle en dos o más fases sucesivas no implica que su naturaleza quede transmutada en un ‘programa’ sujeto a evaluación estratégica en el sentido de la Directiva 2001/42/CE y de la Ley 9/2006. Sigue siendo un proyecto singular, referido a una determinada operación exploratoria sobre la superficie concedida (a reserva de la posterior concreción de sus trabajos) y no trata de fijar líneas directrices, o estrategias de futuro o propuestas para su ulterior desarrollo caso por caso, dirigidas a un sector o subsector de la vida económica [...].*

*Y en las mismas sentencias citadas se excluye también que los permisos de investigación de hidrocarburos como el que es aquí objeto de litigio estén sujetos a una previa declaración de impacto ambiental conforme a lo dispuesto en la Directiva 85/337/CEE, relativa a la evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de evaluación del impacto ambiental de proyectos. En este punto la sentencia 25 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 353/2012, FJ 13.º) reitera también las consideraciones expuestas en la anterior de 24 de febrero de 2004, pues aunque en esta se utilizaba como referencia normativa una regulación anterior –Real Decreto Legislativo 1302/1986, según la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre– la sentencia de 25 de junio de 2014 explica que ‘[...] esa circunstancia no cambia significativamente el resultado’; por lo que mantiene la misma conclusión tomando en consideración la regulación contenida en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero [que es también la norma aplicable en el caso que ahora nos ocupa].*

*Tras admitir la sentencia de 24 de febrero de 2004 que las labores de perforación de los pozos exploratorios se incluían entre las previstas por el Anexo II de aquel Real Decreto Legislativo 1302/1986, modificado por el Real Decreto-ley 9/2000, señalábamos allí que la evaluación de impacto ambiental procedía ‘[...] cuando estuvieran ya determinadas, con un relativo grado de precisión, las labores sujetas a, o susceptibles de ser declaradas sujetas a [...]’ los procedimientos establecidos para llevarla a cabo, esto es, la evaluación de impacto ambiental. Lo expre-*

*saba sentencia de 24 de febrero de 2004 –y luego lo reitera la de 25 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 353/2012, FJ 13.)– en los siguientes términos:*

*‘[...] Grado de precisión que necesariamente debía incluir las referencias topográficas correspondientes, pues el impacto ambiental apreciable sería distinto según la naturaleza de las actividades y su ubicación; no es lo mismo, obviamente, que aquellas tengan lugar en un punto muy próximo a las costas de las islas de Fuerteventura y Lanzarote (incluidos los espacios naturales protegidos de ambas) que en otro del subsuelo marino alejado varios centenares de kilómetros de dichas islas. Dada la extensión, cifrada en cientos de miles de hectáreas, de la superficie sobre la que se autorizan las labores de investigación, esta circunstancia adquiere un relieve que no puede ser ignorado y condiciona, en gran medida, la evaluación del impacto potencial que sobre el medio ambiente tuvieran dichas labores.*

*La dinámica del proyecto de investigación, que comprende fases iniciales cuyo resultado determina en gran parte la procedencia de las subsiguientes, no permite formular la solicitud inicial con aquel grado de precisión. La Administración, que parte de esta misma premisa, no dispensa de la obligación ulterior de someter a los procedimientos de evaluación de impacto (o a la consideración de si procedía dicha evaluación, en los términos ya dichos) las actividades singulares que se fueran desarrollando.*

*[...]*

*Interpretada y aplicada en estos términos la regulación normativa interna (el tan citado Real Decreto Legislativo 1302/1986) que exige la evaluación del impacto ambiental respecto de algunas de las actividades objeto del proyecto de investigación de hidrocarburos, esta Sala considera que el Real Decreto impugnado no vulnera aquellas normas.*

*Podrían vulnerarlas actos posteriores de la Administración mediante los cuales se haya autorizado actividades determinadas que, figurando bien en el Anexo I bien en el Anexo II de aquel Real Decreto, no se hayan sometido a los protocolos de evaluación.*

*La parte actora conoce sin duda esa jurisprudencia, pues la cita en su demanda; aunque lo hace para manifestar que discrepa de ella (páginas 38 y 39 de la demanda). Pero más allá de mostrar esa diferencia de parecer, la argumentación de la demandante permanece en el terreno de las generalidades, sin citar un solo precepto de la normativa de aplicación –Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relati-*

*va a la evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y Real Decreto-legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación del impacto ambiental de proyectos— que venga a poner de manifiesto el desacierto de aquella jurisprudencia o la necesidad de reconsiderarla. Más concretamente, no cita la demandante ningún apartado de los anexos I y II tanto de la Directiva 85/337/CEE como del Real Decreto-legislativo 1/2008 —en la redacción aplicable al caso— del que pudiese resultar la exigibilidad de la declaración impacto ambiental previa al permiso de investigación que nos ocupa.*

*No es aquí de aplicación —por ser de fecha posterior al Real Decreto impugnado— el cambio normativo que introdujo la Ley 17/2013, de 29 de octubre, que por medio de su disposición final tercera vino a modificar el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, para añadir al texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos un nuevo apartado e/ dentro del Anexo I, Grupo 2, con la siguiente redacción: e) Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica’. La demandante no invoca este apartado e/ del Grupo 2 del Anexo I introducido en el Real Decreto Legislativo 1/2008 por la citada Ley 17/2013, de 29 de octubre; sin duda por ser consciente de que dicha norma no es de aplicación al caso, por razones temporales.*

*Y seguramente por la misma razón, la demandante tampoco cita la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental [quien sí la cita es la Abogacía del Estado, que lo hace sin mencionar en que no es aplicable en este caso]. Sobre esta norma tan solo diremos que incluye en su Anexo-I, esto es, entre los proyectos sometidos a evaluación ambiental, a Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO<sub>2</sub>, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica” (apartado d/ del grupo 2 del Anexo I de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre). Pero esta inclusión se hace ahora con una importante salvedad que, en plena consonancia con la jurisprudencia que antes hemos reseñado, introduce ese apartado d/ del Anexo I en su párrafo segundo: “No se incluyen en este apartado las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica”.*

*No vamos a profundizar aquí en la interpretación de esas normas que, como decimos, no son de aplicación para la resolución del presente litigio; sin perjuicio de que deban ser tomadas en consideración –ya lo hemos indicado– al tiempo de llevarse a cabo las evaluaciones de impacto ambiental que habrán de realizarse y las autorizaciones específicas que habrán de emitirse en las fases ulteriores del programa de investigación. Pero en lo que se refiere a la presente controversia nos limitaremos a concluir que, por las razones que hemos dejado expuestas, debe ser desestimado este motivo de impugnación basado en la falta de evaluación ambiental estratégica, o declaración de impacto ambiental, con carácter previo al otorgamiento de permiso de investigación de hidrocarburos.*

Tampoco será apreciada por el Tribunal Supremo la infracción de la Directiva 94/22/CE, siguiendo los argumentos expuestos en la precedente sentencia de 25 de abril de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Ecologistas en Acción de Guadalajara:

*[...] Aduce la demandante que el Real Decreto 317/2013 vulnera lo establecido en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 94/22/CE, de 30 de mayo de 1994, al haberse otorgado el permiso de investigación sin que se hubiese producido la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de ningún anuncio que invite a presentar solicitudes en pública concurrencia para la concesión de un permiso de investigación en la zona a que se refiere el Real Decreto impugnado.*

*En lo que ahora nos interesa, el citado artículo 3 de la Directiva 94/22/CE, de 30 de mayo de 1994, establece lo siguiente:*

*“Artículo 3*

*1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que la concesión de autorizaciones se efectúe mediante un procedimiento que permita a todas las entidades interesadas presentar una solicitud con arreglo al apartado 2 o al apartado 3.*

*2. Dicho procedimiento se abrirá:*

*a) bien por iniciativa de las autoridades competentes, mediante un anuncio que invite a presentar solicitudes publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas al menos 90 días antes de la fecha límite de presentación de solicitudes,*

*b) o bien, tras la presentación de una solicitud por parte de una entidad, mediante la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de un anuncio que invite a presentar solicitudes, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2. Las demás entidades interesadas dispondrán de un plazo de al menos 90 días a partir de la publicación para presentar a su vez una solicitud.*

*En el anuncio se especificará el tipo de autorización y la zona o zonas geográficas que hayan sido o puedan ser objeto de una solicitud, así como la fecha o el plazo previstos para la concesión de la autorización. En el anuncio se especificará si se otorga preferencia a las solicitudes de entidades constituidas por una única persona física o jurídica.*

*3. Los Estados miembros podrán conceder autorizaciones sin abrir un procedimiento con arreglo al apartado 2 si la zona para la que se solicita la autorización:*

- a) está disponible de forma permanente, o*
- b) ha sido objeto de un procedimiento anterior, con arreglo al apartado 2, que no haya tenido como resultado la concesión de una autorización, o*
- c) ha sido objeto de renuncia por una entidad y no está incluida automáticamente en el supuesto a).*

*Los Estados miembros que deseen aplicar lo dispuesto en el presente apartado deberán, en un plazo de tres meses a partir de la adopción de la presente Directiva, o sin demora en el caso de los Estados miembros que todavía no hayan iniciado dichos procedimientos, tomar las medidas necesarias para la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de un anuncio que indique las zonas de su territorio que están disponibles con arreglo al presente apartado y dónde puede obtenerse información detallada al respecto. Cualquier cambio importante de esta información será objeto de otro anuncio. No obstante, no se podrá tener en cuenta ninguna solicitud de autorización al amparo del presente apartado hasta después de que se haya publicado el anuncio pertinente con arreglo a la presente disposición [...]”.*

*Siendo ese el tenor literal del precepto de la Directiva que se invoca, el motivo de impugnación que esgrime la demandante debe ser desestimado; y la razón para llegar a esta conclusión la encontramos de nuevo en la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 353/2012), de cuyo fundamento jurídico 8º.B/ reproducimos el siguiente fragmento:*

*“[...] B) La Directiva 94/22/CE permite en su artículo 3.3 que los Estados miembros concedan autorizaciones sin abrir un procedimiento competitivo con arreglo al apartado 2 si la zona para la que se solicita la autorización: a) está disponible de forma permanente; o b) ha sido objeto de un procedimiento anterior, con arreglo al apartado 2, que no haya tenido como resultado la concesión de una autorización; o c) ha sido objeto de renuncia por una entidad y no está incluida automáticamente en el supuesto a).*

*Para estos supuestos, el artículo 3.3 de la Directiva 94/22/CE exige tan solo que los Estados miembros que deseen aplicarlo publiquen en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas ‘un anuncio que indique las zonas de su territorio que están disponibles con arreglo al presente apartado y dónde puede obtenerse información detallada al respecto’. Así lo hizo el Reino de España según consta en el número 283 de aquel Diario Oficial (serie C) correspondiente al 27 de octubre de 1995, bajo la rúbrica ‘anuncio para la obtención de permisos de investigación de hidrocarburos en España’ [...]”.*

*La demandante conoce la existencia de ese anuncio que el Reino de España publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (serie C) correspondiente al 27 de octubre de 1995; pero lo considera insuficiente pues entiende que para la efectividad del principio reconocido en la Directiva 94/22/CE de no discriminación en el otorgamiento de permisos en materia de prospección, exploración o producción de hidrocarburos en una zona específica debe exigirse en todo caso la publicación del correspondiente anuncio de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea a fin de que los interesados puedan presentar sus solicitudes.*

*Sin embargo, de aceptarse el planteamiento de la demandante quedaría vaciada de contenido la previsión del artículo 3.3 de la Directiva 94/22/CE cuya finalidad es, precisamente, eximir de la exigencia de publicación de la convocatoria, en aquellos casos en los que, como aquí sucede, el Estado miembro de que se trate (Reino de España) hubiese publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas “un anuncio que indique las zonas de su territorio que están disponibles con arreglo al presente apartado y dónde puede obtenerse información detallada al respecto”.*

*En fin, el caso al que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que invoca la demandante –STJUE de 27 de junio de 2013 (asunto C-569/10)– es muy distinto al que aquí estamos examinando, pues dicha sentencia se refiere a la legislación geológica y minera de la República de Polonia, considerada por la Comisión Europea contraria al Derecho de la Unión y por ello sometida al escrutinio del Tribunal en el seno de un recurso por incumplimiento en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; sin que en aquel supuesto el Estado miembro concernido (Polonia) se hubiese acogido a la previsión del artículo 3.3 de la Directiva 94/22/CE, que en nuestro caso hemos declarado correctamente aplicado.*

Previamente, el Tribunal Supremo había desestimado el motivo de impugnación sustentado en la falta de opacidad y transparencia del procedi-

miento administrativo autorizatorio, atendiendo a los datos contenidos en la documentación obrante en el expediente administrativo.

El Tribunal Supremo advierte, sin embargo, que la utilización de la técnica de fractura o fracturación hidráulica (*fracking*) prevista en la ejecución del permiso de investigación de hidrocarburos denominado “Cronos”, que consiste en la inyección a alta presión de agua con arena y aditivos químicos en las fracturas existentes en el sustrato rocoso que encierra el gas, dotando así de gran permeabilidad a la roca madre, lo que facilita su extracción, no determina, según se desprende del artículo 16 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y del artículo 23 del Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974, que el solicitante del permiso de investigación deba aportar una documentación complementaria sobre las características de los trabajos a realizar, las medidas de protección del medio ambiente o del plan de restauración a la contemplada, con carácter general, en dichas disposiciones, aunque sí requiere que la investigación y extracción de hidrocarburos se produzca en el más estricto respeto al principio de precaución, con el fin de evitar que se produzcan daños o perjuicios al ecosistema, tal como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en las sentencias 106/2014, de 24 de junio y 73/2016, de 25 de abril.

### 3

#### **Epílogo. Los desafíos y retos del sistema de gobierno local: participación ciudadana, transparencia y responsabilidad, desarrollo económico sostenible, bienestar y cohesión social**

La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria no solo ha afectado a las políticas de contención y reducción del gasto público, sino que también ha propiciado que se abriera un amplio debate sobre la urgente necesidad de adoptar medidas legislativas tendentes a reestructurar y racionalizar el conjunto de las Administraciones Públicas, con el objetivo de que presten los servicios públicos que tienen encomendados de forma eficiente en un contexto de crisis económica.

El profesor José Luis Carro Fernández-Villamayor ha expuesto con notable rigor expositivo cómo la aplicación de este principio de estabilidad presupuestaria, que tiene rango constitucional, no puede suponer la ablación de los mandatos prestacionales igualmente constitucionalizados, dirigidos a preservar la dignidad humana y vinculados a la materialización del Estado social (“Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, racional-

lización del gasto público y cláusula del Estado Social”, *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, págs. 339 y ss.).

Por ello –sostiene este profesor de la Universidad de Santiago de Compostela–, la sostenibilidad social del Estado constituye una limitación a las políticas de reducción del déficit estructural y del volumen de deuda pública.

La reforma de la Administración local debe afrontar ese doble desafío: preservar el Estado social de bienestar a nivel local, confiando a las autoridades municipales las capacidades competenciales necesarias para desarrollar políticas de inclusión social, y a la vez reestructurar el gasto público y promover una profunda revisión de la regulación de la Hacienda local, basada en el principio de suficiencia.

El profesor Tomás Font i Llovet ha enjuiciado de forma crítica la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, porque no aborda los problemas de institucionalidad y de organización de la vida pública que afectan al sistema de Gobierno local.

Según este autor, resulta insuficiente tratar de racionalizar la Administración local bajo el principio de “una Administración una competencia”, si olvidamos la perspectiva de articulación de los poderes públicos territoriales en su conjunto, que exige revisar el texto constitucional.

Por ello –expone este profesor barcelonés–, es urgente emprender la tarea de regeneración política que requiere España, lo que pasa necesariamente por la reforma de diversos aspectos de la organización local. Desde el sistema electoral, pasando por la reconfiguración del segundo nivel, hasta la mayor interiorización autonómica de lo local. No hemos entrado en otras consideraciones –reforma de la planta municipal, transparencia, financiación, etc.– que requieren atención específica. En todo caso, la mayor proximidad a la ciudadanía que ofrece el sistema de gobierno local le asigna un papel relevante en las transformaciones necesarias de nuestro sistema de organización de los poderes públicos territoriales.

Las experiencias comparadas en la Europa más próxima, para el profesor Font i Llovet, nos aportan ejemplos de soluciones que combinan factores de heterogeneidad, de adaptación al caso, de medidas *ad hoc*, de fórmulas asimétricas, de flexibilización del carácter necesario o general de ciertas instituciones, de reparto de papeles entre el legislador central y el territorial, etc.

Una futura dinámica de necesarias reformas institucionales, que puede alcanzar a la reconsideración constitucional de la organización territorial del poder, ha de incluir en su programa determinadas reformas del sistema de gobierno local que incluyan al menos elementos de cara a su repolitización, su diversificación y su interiorización autonómica (*Los retos del Gobierno*

*local: repolitización, transparencia y reformas. Anuario de Gobierno Local 2014*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015).

La “Constitución local”, desarrollada en el Capítulo II del Título VIII de la Constitución española de 1978, y comentada en el reconocimiento de los principios de democracia local (art. 140 CE) y autonomía local (art. 137 CE), informa el sistema de gobierno local, que no puede desvincularse de su función de materializar la cláusula del Estado social y democrático de Derecho.

Desde esta perspectiva constitucional, los Gobiernos locales deben implementar políticas públicas innovativas orientadas a promover una mayor participación de los ciudadanos en la vida pública local.

Un modelo sostenible de buen gobierno a nivel local requiere reforzar los mecanismos e instrumentos de participación de los ciudadanos y ciudadanas que integran la comunidad local, acorde con los parámetros de la era digital, para impulsar de forma interrelacional la vida pública local y revitalizar la democracia en el ámbito de las provincias y municipios.

Otro de los ejes estratégicos que favorecen el desarrollo del sistema de gobierno local debe ser instaurar políticas de transparencia tendentes también a renovar los mecanismos de rendición de cuentas del Gobierno local ante la ciudadanía.

La existencia de instrumentos eficaces para exigir la responsabilidad a los electos locales derivada del ejercicio de sus funciones debe ser una garantía contra las prácticas de abuso de poder.

Las políticas municipales se legitiman ante la colectividad local cuando persiguen el interés general y procuran el bien común de los vecinos residentes en el municipio o la provincia. La actuación del poder público municipal debe promover el desarrollo político, económico, social y cultural de todos los integrantes de la colectividad local.

Los ayuntamientos deben involucrarse en el gobierno económico de la comunidad desde el respeto a las libertades económicas consagradas en la Constitución y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ello comporta elaborar políticas que hagan compatible la actividad económica con los paradigmas de desarrollo sostenible, redistribución de los espacios públicos y armonización y homogeneización de los estándares urbanísticos que permitan desaterrar la ciudad dual (Jordi Borja, *La ciudad conquistada*, Alianza Ensayo, Madrid, 2003; y David Harvey, *Ciudades rebeldes*, Akal, Madrid, 2013).

En último término, la comprensión de la ciudad como un escenario de materialización de derechos, como un espacio de reivindicación de derechos, requiere del Gobierno local el desarrollo de políticas públicas de inclusión y cohesión social que garanticen el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas

nas del municipio a acceder a los servicios básicos de carácter social (salud, educación, vivienda) (*vid.* Joaquín Tornos Mas, “La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 61/62, mayo/junio 2016).

Hacer la ciudad, construir la ciudad, transformar la ciudad, renovar la ciudad, consiste en asegurar a todos los convecinos y residentes una vida acorde con la dignidad humana (*vid.* José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, “Los derechos humanos de proximidad y democracia local. La Carta Europea de Salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad”, en *16 Ensayos sobre democracia, justicia y derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, págs. 273 y ss.).

# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de régimen local\*

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS  
*Magistrado del Tribunal Constitucional*

- 1. Introducción**
- 2. Principios generales**
  - 2.1. Carácter bifronte del régimen jurídico de los entes locales y la autonomía local
  - 2.2. Papel de los estatutos de autonomía
  - 2.3. Competencias básicas del Estado en materia de régimen local
  - 2.4. Competencia del Estado en materia de Hacienda general y Deuda del Estado
  - 2.5. Competencia del Estado sobre bases de la actividad económica
  - 2.6. La estabilidad presupuestaria
  - 2.7. Competencias en materia del mapa local
  - 2.8. Competencias sobre competencias locales
- 3. Principio democrático**
- 4. Controles sobre las entidades locales**
- 5. Competencias locales**
- 6. Competencias de las diputaciones provinciales**
- 7. Mapa de los municipios y entidades locales**
- 8. Mancomunidades y consorcios**
- 9. Entidades instrumentales**
- 10. Miembros y personal al servicio de las corporaciones locales**
- 11. Actividad económico-financiera de los entes locales**
- 12. Retención de cantidades adeudadas**

---

*Artículo recibido el 10/10/2016; aceptado el 13/10/2016.*

\* El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 8 de julio de 2016 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2016, organizado por la Diputación de Barcelona.

## Resumen

Se actualiza sistemáticamente la jurisprudencia constitucional en el último año, subrayando las importantes novedades en materia de distribución de competencias, organización del régimen local y actividad financiera.

Palabras clave: *Administración local; régimen local; leyes básicas; autonomía; autogobierno; insularidad; principio democrático; Haciendas locales.*

### **The case law of the Spanish Constitutional Court on local law**

#### Abstract

*The article systematically updates the constitutional case law of the last year; highlighting the important changes in the field of distribution of competences, organization of local entities and financial operations.*

Keywords: local entities; local law; basic laws; principle of autonomy; self-government; insularity; democratic principle; local tax law.

## 1

### Introducción

Dadas las importantes novedades registradas en la jurisprudencia constitucional sobre Administración local en el último período anual, voy a centrar mi trabajo exclusivamente en el análisis de las mismas, sin pretender un resumen de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional en la materia desde el momento de su constitución, a diferencia de lo que he hecho en anteriores seminarios.

## 2

### Principios generales

En la STC 41/2016, en la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra determinados preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), se recopilan, con importantes matizaciones, los principios generales sobre competencia del Estado y de las comuni-

dades autónomas en materia de régimen local formulados hasta ahora por la jurisprudencia constitucional.

Podemos señalar los siguientes puntos, recogidos principalmente en el FJ 3 de la sentencia.

## 2.1

### **Carácter bifronte del régimen jurídico de los entes locales y la autonomía local**

Según la STC 41/2016, el régimen jurídico de los entes locales no es “intra-comunitario” ni “extracomunitario”, sino “bifronte”. El Estado y las comunidades autónomas comparten la regulación del régimen local, pero deben asegurar espacio en todo caso a las normas locales en virtud de la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE).

## 2.2

### **Papel de los estatutos de autonomía**

La STC 41/2016 confirma la interpretación del art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE mantenida en la jurisprudencia constitucional.

La CE permite al Estado regular parte del régimen local mediante normas de carácter básico, y las comunidades autónomas han asumido la competencia para completar esa regulación. El estatuto de autonomía habilita para configurar políticas propias y puede contener las “líneas fundamentales o la regulación esencial del régimen local en el ámbito territorial la comunidad autónoma”, pero solo con el fin de “vincular al legislador autonómico”, y respetando “en todo caso la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE”. La regulación básica de esta materia por el Estado se impone, en consecuencia, sobre los preceptos contenidos en los estatutos de autonomía, que pueden incluso, en caso de modificación de aquella regulación, resultar desplazados.

## 2.3

### **Competencias básicas del Estado en materia de régimen local**

La STC 41/2016 resume la jurisprudencia sobre las bases del régimen local. Según la sentencia, estas responden esencialmente a dos cometidos:

(1) “Concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales directamente regulados por la Constitución”. La sentencia precisa que el Estado puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración, siempre que deje espacio a las comunidades autónomas y respete el derecho de la entidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración.

La sentencia introduce un cierto giro jurisprudencial al admitir que, aunque la doctrina constitucional, a este respecto, se ha edificado sobre normas básicas habitualmente destinadas a consolidar o incrementar la autonomía de los entes locales, el sentido ampliatorio o reductor de la legislación básica es indiferente desde el punto de vista constitucional, y cabe una legislación estatal que, respetando aquellos límites, reduzca la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado. Cita como ejemplo el enjuiciamiento como constitucional de la regulación de los “municipios de gran población”, introducido en la LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local [SSTC 103/2013, FJ 3, letras e), f) y g), y 143/2013, FJ 5].

(2) “Concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones Públicas”. El art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE habilita al Estado para regular aspectos distintos de los “enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE”. “Los imperativos constitucionales derivados del art. 137 CE, por un lado, y del art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE, por otro, no son coextensos”. El legislador básico puede establecer, en particular, la serie de “elementos comunes o uniformes” que requiera la satisfacción de “los intereses generales a los que sirve el Estado”. Se hace, sin embargo, la salvedad de que no cabe agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y el funcionamiento interno de los órganos.

## 2.4

### Competencia del Estado en materia de Hacienda general y Deuda del Estado

La STC 41/2016 considera que el título competencial consagrado en el art. 149.1.14.<sup>a</sup> CE, que habilita al Estado para regular en exclusiva la materia “Hacienda general y Deuda de Estado”, tiene un alcance limitado en lo que afecta a los entes locales, porque, en rigor, toda regulación estatal de

las Haciendas locales destinada a desarrollar la garantía constitucional de la autonomía local, o a introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración local, debe encuadrarse dentro del art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE (arts. 137, 140 y 141 CE). El título “Hacienda general” (art. 149.1.14.<sup>a</sup> CE) ampara: (i) la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas; (ii) las medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las locales; (iii) las que tengan por fin salvaguardar la suficiencia financiera de las Haciendas locales (art. 142 CE); (iv) “las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas Haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio) y control (art. 136 CE)”.

## 2.5

### Competencia del Estado sobre bases de la actividad económica

Según la STC 41/2016, el título competencial consagrado en favor del Estado en el art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) es uno de los que puede utilizar el Estado para aprobar la ley orgánica prevista en el art. 135.5 CE [STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a)], pero esa reserva “no puede considerarse como atributiva de una competencia material del Estado, aunque sí ‘corroborar’ su competencia en esta materia”. Del mismo modo, el art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE permite al Estado adoptar ciertas medidas de ahorro, como son los “topes máximos a los incrementos retributivos de los funcionarios autonómicos”, y “la congelación salarial en un ejercicio concreto” (STC 94/2015, de 14 de mayo, FJ 3).

Ahora bien, el art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE, respecto del que hay que evitar “una lectura excesivamente amplia”, que pudiera “constreñir de contenido o incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las comunidades autónomas”, tiene como objeto característico la actividad económica privada, más que la racionalización de las estructuras administrativas. Las SSTC 130/2013, FFJJ 5 a 8, y 135/2013, FJ 3, descartaron encuadrar la controversia competencial suscitada por la Ley general de subvenciones en el apartado 13 del art. 149.1 CE; la enmarcaron en los apartados 18 y 14. En el mismo sentido se ha abordado el análisis de preceptos sobre vacaciones, licencias y permisos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público,

modificados por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8), a pesar de que tal regulación “responde a la necesidad de hacer frente a las circunstancias económicas de crisis que padece nuestro país, adoptando medidas que tiendan a la racionalización del gasto de personal de las Administraciones Públicas”.

## 2.6

### La estabilidad presupuestaria

Según la STC 41/2016, el art. 135 CE modificado, al imponer la estabilidad presupuestaria a la conducta financiera de todas las Administraciones Públicas, incluidas las entidades locales, obliga a cada cual, en el marco de sus competencias, a adoptar las medidas de racionalización de estructuras administrativas y manejo de sus recursos materiales y personales que permitan realizar los principios de eficiencia (art. 31.2 CE) y eficacia (art. 103.1 CE), y alcanzar la situación presupuestaria de equilibrio o superávit que impone la Constitución (art. 135).

A estos efectos, cobran singular relevancia las competencias de que dispone el Estado con diverso alcance respecto de las organizaciones, los procedimientos, los empleados, los bienes y las haciendas públicos, entre las cuales figura la relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, en general, y de los entes locales, en particular (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE), que amparan normas básicas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica en el modelo local español, con dos precisiones: (i) el desarrollo en sentido estricto de los principios establecidos en el art. 135 CE ha quedado reservado a la ley orgánica (apartado 5); (ii) el Estado ha de hacer compatible su competencia para establecer legislación básica, encaminada a introducir criterios de racionalidad y eficiencia en materia de régimen local, con la autonomía reconocida a las comunidades autónomas y a las propias entidades locales.

## 2.7

### Competencias en materia del mapa local

Según la STC 41/2016:

(a) El art. 137 CE establece una estructura territorial compuesta conforme a la que los entes locales no están exclusivamente integrados en el nivel autonómico.

(b) La Constitución asume la existencia de provincias como entes locales con autonomía garantizada (art. 141.1) y atribuye al Estado “cualquier alteración de los límites provinciales”. El art. 141.1 CE exige a tal efecto una decisión de “las Cortes Generales mediante ley orgánica”.

(c) En ejercicio de su competencia para establecer las bases del régimen local (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE), el Estado debe regular asimismo “los elementos que permiten definir el modelo municipal común entre los que se encuentran el territorio, la población y la organización, como recoge el art. 11.2 LBRL”, y, con ello, “las bases del procedimiento de alteración de los términos municipales”. “Corresponde al Estado optar, de entre los posibles, por un determinado modelo municipal. Así, el Estado puede inclinarse por un modelo minifundista, por un modelo basado en mayores exigencias de población y territorio, o por una combinación de ambos”.

(d) Las comunidades autónomas, respetando las bases estatales, pueden ejercer la competencia normativa y ejecutiva sobre “alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio”, prevista en el art. 148.1.2.<sup>a</sup> CE.

(e) El Estado no puede por sí, directamente, fusionar municipios. No obstante, entra dentro de lo básico, sin que invada las competencias autonómicas de ejecución, la “acción estatal de fomento a fin de favorecer las fusiones de municipios, buscando con ello una mayor capacidad de gestión en las entidades locales”.

(f) El legislador básico puede ocuparse asimismo en alguna medida de las “entidades locales no necesarias o contingentes”, en general, y las de segundo grado (p. ej., comarcas), en particular. No obstante, estas entidades están dotadas de “un fuerte grado de interiorización autonómica”. Por eso queda excluida “la posibilidad de que el Estado las cree o mantenga en existencia, por decisión propia”.

(g) La creación y regulación de entidades inframunicipales es competencia, en principio, autonómica. No obstante, la normativa básica puede “identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado”.

(h) Si bien la constitución y determinación del régimen jurídico de las entidades locales menores, de carácter puramente contingente o voluntario, depende de la normativa local y de la legislación de las comunidades autónomas, caben reglas básicas que atiendan a “intereses generales de alcance supraautonómico”.

(i) La doctrina constitucional es similar respecto de las entidades instrumentales o asociativas [p. ej., mancomunidades y consorcios, STC 103/2014, FJ 3 a)].

## 2.8

### Competencias sobre competencias locales

Según la STC 41/2016, FJ 9, la Constitución “no precisa las competencias que corresponden a los entes locales”, y distribuye todo el poder público entre el Estado (las competencias atribuidas por el art. 149 CE) y las comunidades autónomas (las competencias atribuidas por los estatutos de autonomía y por las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE). Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y atribuir las competencias de los entes locales. La protección constitucional de la autonomía local obliga solo a “asegurar el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración”. “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’”. Las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas “deben asegurar que los municipios tengan competencias ‘propias’ en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal”.

La STC 41/2016 implica un importante giro jurisprudencial –aunque trata de presentarlo como una continuación de la jurisprudencia anterior– cuando, frente a lo declarado en la STC 214/1989, afirma que el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE permite la atribución directa de competencias locales en materias de competencia autonómica, “si ello no supone ‘un obstáculo a las competencias que corresponden’ a las comunidades autónomas (STC 214/1989, FJ 12), y para garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino. La configuración de ese núcleo homogéneo puede justificar la limitación de la autonomía, tanto de las comunidades autónomas (porque el Estado puede habilitar directamente la competencia local en materias de alcance autonómico) como de los propios entes locales (porque el Estado puede prever el servicio como obligatorio)”.

## 3

### Principio democrático

La disposición adicional decimosexta LBRL, introducida por el art. 1.38 LRSAL, lleva el título: “Mayoría requerida para la adopción de acuerdos en las corporaciones locales”.

La disposición enuncia como tales acuerdos los siguientes: (a) “[e]l presupuesto del ejercicio inmediato siguiente”; (b) “[l]os planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere

la Ley Orgánica 2/2012”; (c) “[l]os planes de saneamiento de la corporación local o los planes de reducción de deudas”; y d) “[l]a entrada de la corporación local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012”, y, “en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las Administraciones Públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros”.

Se mantiene la regla conforme a la que el órgano competente para adoptar aquellos actos es el pleno de la corporación. Se exige, en todo caso, una primera votación en el pleno, y se establece que solo “excepcionalmente” será competente la junta de gobierno local. Cumplidas determinadas condiciones formales (que la corporación cuente con junta de gobierno; que se produzca al menos una primera votación fallida en el pleno de la corporación; y, en el caso del presupuesto, que exista previamente uno prorrogado), la junta de gobierno local “tendrá la competencia” para aprobar aquellos instrumentos.

La STC 111/2016, FJ 8, declara que por escasa que sea la densidad normativa de la Constitución en este punto y, en consecuencia, por amplios que sean los márgenes para distribuir competencias entre los órganos de gobierno de las corporaciones locales, el legislador debe en todo caso ajustarse a la democracia (art. 1.1 CE) como principio fundamental que juega en paralelo en los tres niveles territoriales, pues el principio democrático es nada menos que “el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas” (STC 103/2013, FJ 6).

La STC 111/2016 hace un recorrido por anteriores sentencias que han aplicado el principio democrático al ámbito de la Administración local. Así, recuerda que el Tribunal Constitucional ha apoyado en el principio democrático la declaración de inconstitucionalidad de la previsión básica que permitía al alcalde nombrar como miembros de la junta de gobierno a personas que no ostentaran la condición de concejales (STC 103/2013, FJ 6). Del mismo modo, el principio democrático dio lugar a la siguiente interpretación de conformidad: “el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL, en tanto establece que las sesiones de las juntas de gobierno local no son públicas, es conforme con el principio democrático (art. 1.1 CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), siempre que se interprete en el sentido de que no incluye las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno”, para evitar que, “aprovechando el carácter preceptivo de la no publicidad de las sesiones de la junta de gobierno local y mediante la mera delegación de atribución del pleno en la junta”, quede “imposibilitado el control de la ciudadanía” (STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9). Por otra parte, la ordena-

ción de las competencias de los órganos de gobierno que llevó a cabo la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local –a la que se refieren las SSTC 103/2013, 143/2013 y 161/2013–, tuvo en cuenta el principio democrático.

La STC 111/2016 añade que los presupuestos generales encierran decisiones muy relevantes para la vida local, y que el instituto presupuestario, junto al tributo (*no taxation without representation*), está en los orígenes mismos de la democracia moderna. Por su parte, el debate y la aprobación de aquellos planes (económico-financiero, de reequilibrio, ajuste, saneamiento o reducción de deudas) conllevan la toma de decisiones muy determinantes, más incluso que el propio presupuesto de la entidad local, caracterizado por el principio de anualidad.

Aplicando la falta de proporcionalidad de la medida, en un juicio de ponderación entre el principio democrático y el de estabilidad presupuestaria que tiene en cuenta circunstancias muy diversas (especialmente que la medida no solo puede responder a situaciones de bloqueo institucional, pues puede beneficiar a alcaldes y presidentes que no gobiernen en minoría, y que existen otros medios para solucionar situaciones de bloqueo, como la presentación de la cuestión de confianza), la STC 111/2016 estima inconstitucional la disposición citada.

#### 4

### Controles sobre las entidades locales

La STC 6/2016, de 21 de enero, declaró la constitucionalidad del artículo 119 de la Ley de Costas. La sentencia resume la jurisprudencia sobre los requisitos que deben reunir los controles sobre los entes locales para vulnerar la autonomía local diciendo (FJ 4) que 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. La sentencia afirma que, “[d]esde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada, el art. 119.2 LC cumple las antedichas exigencias, al estar prevista la suspensión en norma con rango de ley, acotado su objeto con precisión suficiente e

incidir claramente en intereses supralocales, como son los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal”.

## 5

### Competencias locales

El nuevo régimen básico de las competencias de titularidad municipal introducido por la LRSAL implica importantes novedades. La STC 41/2016, FFJJ 11 y ss., acepta solo en parte la constitucionalidad del nuevo sistema de regulación de las competencias locales.

(a) El art. 27 LBRL sigue permitiendo que el Estado y las comunidades autónomas deleguen el ejercicio de sus competencias respectivas en los municipios (apartado 1). Se trata de las llamadas “competencias delegadas” (art. 7.3 LBRL) o “atribuidas por delegación” (art. 7.1 LBRL), ejercidas bajo la dirección y el control de la entidad territorial titular, pero cuya efectividad exige la aceptación municipal. La nueva regulación se orienta a garantizar la suficiencia financiera del municipio, mejorar el servicio a la ciudadanía, incrementar la transparencia de los servicios públicos y contribuir a los procesos de racionalización administrativa, evitando duplicidades administrativas y generando un ahorro neto de recursos.

La STC 41/2016 acepta el carácter básico de las normas establecidas sobre las materias delegables, requisitos formales de la delegación, un tope temporal, facultades de control de la Administración delegante y compensación de las obligaciones financieras asumidas por la entidad delegante, fundándose en los principios de eficacia, eficiencia, estabilidad financiera y economía de procedimientos, por cuanto se deja suficiente espacio a las comunidades autónomas y se mantiene el requisito de la aceptación por parte del municipio.

(b) Las competencias “propias” se atribuirán a los municipios de modo específico y a través de normas (estatales o autonómicas) con rango de ley (art. 25, apartados 3 y 5, LBRL). Estas normas deben en cada caso: (i) “evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera”; (ii) “prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales, sin que ello pueda conllevar en ningún caso un mayor gasto de las Administraciones Públicas”; (iii) ir acompañadas de una memoria económica y, si la ley es estatal, “de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”; (iv) garantizar que “no

se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública” (apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL).

La nueva redacción del art. 25.2 LBRL identifica las materias dentro de las que el municipio debe tener “en todo caso” competencias “propias” (art. 25.2 LBRL), reduciendo o suprimiendo algunas materias incluidas en el listado de la redacción anterior del art. 25.2; en especial, la asistencia social y la atención primaria de la salud.

Según la STC 41/2016, la desaparición, en la nueva redacción del art. 25.2 LBRL, de algunas materias recogidas en la anterior, no es contraria a la garantía constitucional de la autonomía local. Tales exclusiones significan que en determinados ámbitos el legislador básico ha dejado de ampliar el mínimo de autonomía local que garantiza la Constitución y, por tanto, que dentro de ellos la comunidad autónoma o el legislador sectorial estatal pueden atribuir competencias propias municipales, pero sin estar obligados a hacerlo “en todo caso”.

Por otra parte, impedir que las comunidades autónomas atribuyan competencias propias mediante cláusulas generales, abiertas o indeterminadas, es una opción política del legislador básico. Prohibir la descentralización de competencias cuando suponga mayor gasto responde a los principios de eficacia y economía, por los que debe velar el legislador básico, y no impide a las comunidades autónomas establecer mecanismos compensatorios en las diversas áreas competenciales.

La LRSAL excluye de las competencias propias, y prohíbe su desarrollo como competencia “distinta de las propias o atribuidas por delegación”, dos servicios típicamente municipales: “los servicios sociales y de promoción y reinserción social” y “la participación en la gestión de la atención primaria de la salud”. Esta prohibición –observa la STC 41/2016–, aun cuando no se extiende a las concretas tareas asistenciales y sanitarias directamente atribuidas a los ayuntamientos por el art. 26 LBRL, y establece garantías para el traspaso de los servicios a las comunidades autónomas, incurre en inconstitucionalidad, en cuanto se prohíbe que las comunidades autónomas, en materias de su competencia, atribuyan servicios a los entes locales, y en cuanto se les impone un determinado régimen de traslación o traspaso (disposiciones transitorias primera y segunda de la LRSAL). Las comunidades autónomas, siendo competentes para regular aquellos servicios sociales y sanitarios, son competentes para decidir sobre su descentralización o centralización, y, en este segundo caso, para ordenar el correspondiente proceso de asunción competencial y traspaso de recursos. No es suficiente con que se permita la delegación, por cuanto esta exige la aquiescencia del municipio afectado. El art. 135 CE no puede traducirse en una alteración radical de la doctrina constitucional, con la

consecuencia de permitir al Estado eliminar las competencias que los estatutos de autonomía, dentro del marco establecido por la Constitución, asignan a las comunidades autónomas para organizar sus servicios.

En consecuencia, se declara la inconstitucionalidad de las disposiciones transitorias primera y segunda de la LRSAL, y también de la disposición adicional undécima de la LRSAL, ligada a aquellas dos transitorias.

Por las mismas razones se declara la inconstitucionalidad de la disposición transitoria tercera de la LRSAL, cuando dispone que las comunidades autónomas prestarán los servicios relativos a la inspección y al control sanitario de mataderos, de industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios.

La disposición adicional decimoquinta de la LRSAL se refiere a la asunción, por parte de las comunidades autónomas, de otras competencias “que se prevén como propias del municipio”, relativas a “participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial”. La nueva redacción del art. 25.2 LBRL se refiere a estos servicios como materia dentro de la que la ley debe “en todo caso” asegurar a los municipios competencias propias [letra n)]. La LRSAL ha incurrido, pues, en una evidente antinomia, que el Tribunal Constitucional, en la STC 41/2016, soluciona mediante la interpretación constitucional de que el legislador básico no ha prohibido que la ley autonómica atribuya aquellas tareas como competencia propia municipal.

(c) Según la STC 41/2016, las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, con sujeción a las exigencias reseñadas en el artículo (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL y de las previsiones generales de la LBRL. Según la STC 41/2016, si el Estado quisiera apoyarse en el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE para prohibir, con carácter general, que las leyes atribuyeran competencias propias a los municipios de su ámbito territorial en cualesquiera otras materias, tendría que haberlo establecido expresa o inequívocamente, y semejante prohibición, indiscriminada y general, sería manifiestamente invasiva de las competencias de las comunidades autónomas.

(d) La LRSAL suprime las reglas generales habilitantes previstas en la anterior redacción de los arts. 25.1 y 28 LBRL. Para sustituirlas se establece una regla que permite a los municipios (y a todas las entidades locales) ejercer cualesquiera competencias, pero con sujeción a exigentes condiciones

materiales y formales. Estas competencias en el art. 7.4 LBRL reciben la denominación de “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”. Su ejercicio no requiere de una habilitación legal específica, pero es posible solo si: (i) no hay riesgo para la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal; (ii) no se produce la ejecución simultánea del mismo servicio por otra Administración; (iii) hay informe previo vinculante de la Administración competente por razón de la materia (que señale la inexistencia de duplicidades) y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera (sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias). La doctrina las ha denominado, en positivo, competencias “propias generales”.

En cuanto a estas competencias propias generales, la STC 41/2016 considera que las restricciones establecidas no afectan a la autonomía local, especialmente en un sistema en que se atribuyen directamente determinadas competencias a los entes locales, y en que las Administraciones que elaboran los informes previos están vinculadas a la garantía constitucional de la autonomía local, bajo el control de la jurisdicción ordinaria.

Junto a esta regla habilitante general, hay reglas habilitantes específicas incluidas en la propia legislación básica. La nueva redacción del art. 26 LBRL mantiene un listado de servicios mínimos y, con ello, la obligación y consiguiente habilitación directa a los municipios en orden a su establecimiento. La novedad es que suprime o reduce el alcance de algunas obligaciones prestacionales recogidas en la redacción anterior. Por ejemplo, ya no es obligatorio que todos los municipios presten el servicio de “control de alimentos y bebidas”, ni que los de más de 20 000 habitantes lleven a cabo la “prestación de servicios sociales”.

(e) El art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por la LRSAL, establece un régimen de preferencia de gestión por la propia entidad local, o sus organismos autónomos, sobre la realizada mediante entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles locales. Según la sentencia, la nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales, asegurando la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen. Expresa una opción legítima vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE), que no vulnera la autonomía local, por cuanto los entes locales disponen de amplios espacios de organización.

## 6

### Competencias de las diputaciones provinciales

El refuerzo de las competencias de las diputaciones provinciales por la LRSAL es abordado por la STC 111/2016, FFJJ 9 a 12, considerando que

el Estado puede apoyarse en la diputación provincial, con el fin de asegurar que también los vecinos de zonas rurales o menos pobladas puedan acceder a servicios indispensables, sin infringir la autonomía local, al configurar la intervención provincial como subsidiaria de la municipal. Añade que la legitimidad democrática indirecta con que cuenta la diputación provincial podrá discutirse políticamente, pero, siendo una opción constitucionalmente posible, no puede alzarse en obstáculo a intervenciones del legislador básico favorables a una ampliación de las competencias provinciales.

La STC 111/2016 admite la constitucionalidad de la letra g) del art. 36.1 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.13 de LRSAL), conforme a la que corresponde a la diputación provincial, como competencia propia, “la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes”, dentro de la función institucional más característica de las diputaciones provinciales de prestar apoyo a los municipios.

Asimismo, la STC 111/2016 admite la constitucionalidad de determinados preceptos que, en la LRSAL, reiteran o desarrollan la competencia provincial de “coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada”, que, incluida ya en la anterior redacción del art. 36.1 LBRL, se mantiene en la nueva letra a), dado que el Tribunal Constitucional viene admitiendo que el Estado puede atribuir competencias a las diputaciones provinciales, y en particular facultades de coordinación de la actividad municipal, orientadas a “flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias” (STC 214/1989, FJ 18).

El apartado 2 del art. 36 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 LRSAL, establece una serie de previsiones, disponiendo, entre otros preceptos, que “[c]uando la diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos”. La STC 111/2016 considera que no es inconstitucional, pues perfila algunos aspectos del poder de coordinación provincial a la vez que trata de proteger intereses supramunicipales, sin dejar de tomar en consideración los municipales.

El art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la LRSAL, prevé la intervención de la diputación provincial en la gestión que lleven a cabo los municipios de menos de 20 000 habitantes de los servicios de: (i) recogida y tratamiento de residuos; (ii) abastecimiento de agua potable a domicilio, así como evacuación y tratamiento de aguas residuales; (iii) limpieza viaria; (iv) acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías urbanas y alum-

brado público. Tal intervención consiste, según el tenor de la norma, en una “coordinación” adoptada “con la conformidad de los municipios afectados” y concretada en el siguiente elenco —no taxativo— de técnicas posibles: “la prestación directa por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas”. Según la STC 111/2016, la regulación no pone en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE), habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas y, por tanto, también a las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía. Añade que no puede excluirse en abstracto que los planes provinciales que sean aprobados al amparo de la norma legal de referencia, eventualmente, puedan diseñar mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de autonomía municipal que asegura el art. 26.2 LBRL. Pero, en tal caso, el problema que tal circunstancia pudiera plantear para la autonomía municipal afectaría estrictamente no al art. 26.2 LBRL, sino a los planes que hubieran desvirtuado materialmente la exigencia de “conformidad” que este impone.

Sin embargo, la STC 111/2016 considera que la designación del órgano autonómico competente para ejercer la tutela es inconstitucional, por lo que declara la nulidad de los siguientes incisos del art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la LRSAL: “al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”, y “para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la comunidad autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”.

## 7

### Mapa de los municipios y entidades locales

La STC 41/2016, FJ 6, en función de las competencias estatales que se acaban de citar, admite la constitucionalidad de la nueva redacción del art. 13 LBRL, en la cual se sigue confiando el régimen de creación, supresión y alteración de los términos municipales a la “legislación de las comunidades autónomas sobre régimen local” (apartado 1). Sin embargo, las coordenadas dentro de las que esa legislación ha de moverse son algo más intensas. Por una parte se endurece el régimen de creación de nuevos municipios mediante dos requisitos añadidos: el núcleo poblacional ha de contar con al menos 5000 habitantes, y el municipio resultante ha de ser financieramente sostenible (apartado 2). Por otra parte, se incluye un nuevo régimen jurídico sobre fusiones voluntarias

de municipios y medidas concretas para incentivarlas (apartados 4 a 6). Ese régimen y esas medidas van más allá de la genérica previsión que incluía la redacción anterior.

La STC 41/2016 considera asimismo constitucional el núcleo de la modificación introducida en el art. 24 bis LBRL (modificado por el art. 1.7 de la LRSAL) y la disposición transitoria cuarta de la LRSAL. Estos preceptos desarrollan tres medidas de “racionalización” de las entidades locales menores: (i) la comunidad autónoma debe suprimirlas o transformarlas en “formas de organización desconcentrada” si no presentan sus cuentas antes de una determinada fecha; (ii) solo cabe la creación de nuevas entidades si resulta más eficiente que la administración concentrada de núcleos de población separados; (iii) estas estructuras de nueva creación serán simples “entes desconcentrados” (art. 24 bis, apartado 1, LBRL). En consonancia, la nueva redacción del art. 3.2 LBRL suprime la referencia a las “entidades de ámbito territorial inferior al municipal” de la lista de organizaciones que gozan de la condición de entidad local.

La STC 41/2016 considera que el carácter básico de estos preceptos se funda en la competencia estatal para garantizar los mandatos constitucionales de eficiencia en los recursos públicos y estabilidad presupuestaria, y, más en general, en la existencia de intereses generales de carácter supraautonómico. Trata de demostrar que el legislador básico no ha ocupado más espacio normativo que en la legislación anterior, y valora que el ayuntamiento es el centro de imputación de los derechos y obligaciones de las nuevas entidades; que se mantienen grandes espacios de desarrollo autonómico y autoorganización local, y que se respetan las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas. Deja en manos de la jurisdicción ordinaria el control de los supuestos en que pueda apreciarse un excesivo rigor en la obligación impuesta a las entidades de presentar las cuentas.

Considera, sin embargo, la STC 41/2016 que la disposición transitoria cuarta de la LRSAL ha sobrepasado claramente los límites de la competencia estatal, al predeterminar el órgano de la comunidad autónoma que ha de acordar la disolución y la forma que ha de revestir esta decisión, por lo que declara la inconstitucionalidad del inciso “Decreto del órgano de gobierno de”, incluido en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL.

Por las mismas razones, la STC 111/2016 declara la inconstitucionalidad parcial del art. 97 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en la redacción dada por la disposición final primera LRSAL.

Desde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada, el art. 119.2 LC cumple las antedichas exigencias, al estar prevista

la suspensión en norma con rango de ley, acotado su objeto con precisión suficiente, e incidir claramente en intereses supralocales, como son los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal.

La STC 102/2016, de 25 mayo, enuncia la jurisprudencia tradicional según la cual el control de la adecuación de la legislación autonómica a la legislación básica que desarrolla, cuando esta es posteriormente modificada, no puede llevarse a cabo por aplicación del principio de prevalencia de las normas del Estado (art. 149.3 CE), sino que debe tratarse como un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida. Sin embargo, la sentencia parece dar un importante giro jurisprudencial con importantes consecuencias de futuro, pues en el caso examinado inadmite la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 32.1 de la Ley de Galicia 5/1997, de 22 de julio, basándose en que la Ley autonómica, al incluir el requisito de la mayoría de dos tercios para aprobar la fusión voluntaria de los municipios, no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica estatal que aquella Ley pretendía desarrollar y que luego fue objeto de modificación por la Ley estatal 57/2003, de 16 de diciembre, que redujo esa mayoría cualificada. Según la sentencia, por aplicación del principio de prevalencia en este caso la comunidad autónoma debió aplicar directamente la nueva regulación.

## 8

### Mancomunidades y consorcios

La STC 41/2016, FJ 8, admite en general la constitucionalidad de la disposición transitoria undécima de la LRSAL sobre el régimen jurídico de las mancomunidades de municipios, que introduce algunas novedades: (i) el objeto de la mancomunidad es más limitado, pues ha de coincidir con actividades reconducibles a las competencias y servicios enumerados en los arts. 25 y 26 LBRL, cosa que se considera justificado regular con carácter básico en función de los principios de eficacia, eficiencia y estabilidad financiera, dado que resta espacio suficiente al legislador autonómico; (ii) el órgano de gobierno de la comunidad autónoma podrá iniciar y resolver un expediente de disolución contra las mancomunidades que a cierta fecha no hubieran adaptado sus estatutos al art. 44 LBRL. Sin embargo, al igual que ocurre con las entidades locales menores, la sentencia considera fuera de las competencias estatales la indicación precisa del órgano autonómico al que corresponde iniciar y resolver el expediente de disolución, por lo que se declara la inconstitucionalidad

del inciso: “el órgano de gobierno de”, incluido en el párrafo tercero de la disposición transitoria undécima.

Respecto de los consorcios, fundándose igualmente en los principios de eficacia, eficiencia y estabilidad presupuestaria, en la política de contención de personificaciones públicas y en la existencia de espacio para el legislador autonómico, se admite la constitucionalidad como básico del art. 57 LBRL modificado, el cual establece que: (i) el consorcio queda configurado, al igual que el convenio interadministrativo, como un instrumento que permite la colaboración voluntaria (que puede ser vertical) en relación con los servicios locales y los asuntos de interés común; (ii) el recurso a la fórmula consorcial se configura como subsidiario respecto de la fórmula convencional y, en todo caso, condicionado al cumplimiento de criterios de eficiencia; (iii) los consorcios constituidos no podrán demandar más recursos de los inicialmente previstos.

## 9

### Entidades instrumentales

La disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el art. 1.36 LRSAL, sobre “redimensionamiento del sector público local”, establece medidas que obligan a que, en determinada fecha, estén disueltas entidades instrumentales dependientes de Administraciones locales que hayan sido incapaces de corregir su situación de desequilibrio financiero; de otro modo, la supresión se produce automáticamente por ministerio de la ley (apartados 2 y 4). Por otro lado, hay normas generales destinadas a asegurar que las corporaciones locales en situación de déficit presupuestario no creen entidades instrumentales (apartados 1 y 3).

La STC 111/2016 rechaza la inconstitucionalidad de este precepto por incumplir el principio de reserva de ley orgánica del art. 135 CE, pues “[n]o cabe un entendimiento expansivo en cuya virtud cualesquiera medidas destinadas al ahorro en el gasto público, al manejo eficiente de los recursos públicos o a la racionalización de las estructuras administrativas queden reservadas a la ley orgánica por el solo dato de que sirvan en última instancia a fines de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

El ATC 86/2016, de 26 de abril, declara que no afecta a la autonomía local la modificación por ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia, aplicable a los contratos en curso, del canon que deben abonar los ayuntamientos por la gestión institucional de los residuos domésticos, desde el momento en que los ayuntamientos pueden desistir de aquellos.

## 10

**Miembros y personal al servicio de las corporaciones locales**

Los arts. 75 bis y 75 ter LBRL, introducidos por los apartados 18 y 19, respectivamente, del art. 1 de la LRSAL, regulan la dedicación y retribución de los miembros (y el personal al servicio) de las corporaciones locales.

La STC 111/2016 considera que los límites introducidos en cuanto al régimen de dedicación y retribuciones de los miembros de corporaciones locales de menos de 1000 habitantes son constitucionales, pues responden a principios de eficiencia y dejan suficiente margen regulatorio dentro de los regímenes de dedicación parcial, dado que una determinada modalidad retributiva, según la jurisprudencia, no forma parte del núcleo esencial del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, protegido por el art. 23.2 CE.

## 11

**Actividad económico-financiera de los entes locales**

El art. 116 bis LBRL, introducido por la LRSAL, relativo al plan económico-financiero que deben formular los entes locales cuando incumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria o de deuda pública o la regla de gasto, complementa la regulación establecida en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, añadiendo una serie de medidas a las previstas en el artículo 21 de dicha Ley e implicando a las diputaciones provinciales o entidades equivalentes en las áreas de elaboración y seguimiento del plan.

La STC 41/2016 entiende que se está ante una institución común a las Haciendas locales, o medida de coordinación de la Hacienda estatal con las locales, directamente conectada, por lo demás, con la suficiencia financiera del municipio. Consecuentemente, el precepto se encuadra en el art. 149.1.14.<sup>a</sup> CE sobre Hacienda general. No se vulnera el principio de reserva de ley orgánica porque las medidas reguladas están vinculadas a la configuración básica de la diputación provincial, las competencias locales, la gestión de los servicios municipales obligatorios, los entes menores inframunicipales, la organización local y la fusión de municipios. Según la sentencia, la intervención de las diputaciones provinciales es acorde con el papel institucional que corresponde a estas, de donde se infiere la constitucionalidad del precepto.

El art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, en la redacción dada por el art. 2.2 de la LRSAL, contiene una regulación sobre controles de la actividad económico-financiera de los entes locales. La STC 111/2016 declara que el Tribunal ha tenido ya la oportunidad de señalar que la tutela financiera autonómica puede ser compatible con la ejecución, por parte del Estado, de algunos concretos controles (en relación con la deuda local: STC 120/2012, de 4 de junio, FFJJ 6 a 8, citando las SSTC 56/1983 y 57/1983, ambas de 28 de junio); también con el relativo a las cuentas locales que ejerce el Tribunal de Cuentas, por lo que la nueva regulación no es inconstitucional.

El art. 116 ter LBRL, introducido por el art. 1.31 de la Ley 27/2013, obliga a las entidades locales a, por un lado, calcular el “coste efectivo” de sus servicios conforme a una serie de criterios –que una orden ministerial habrá de desarrollar–, y, por otro, comunicar el cálculo resultante al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación. La STC 111/2016 considera que no puede excluirse en abstracto que los preceptos que se sirvan del concepto de “coste efectivo”, regulado en el art. 116 ter LBRL, vulneren la garantía constitucional de la autonomía local. No obstante, esto habrá de analizarse respecto de cada precepto concreto, y en todo caso, si la vulneración se produjera, sería imputable a ese precepto, no al art. 116 ter LBRL. Por eso se desestima la impugnación del art. 116 ter LBRL, introducido por el art. 1.31 de la Ley 27/2013.

## 12

### Retención de cantidades adeudadas

El art. 57 bis LBRL (introducido por la LRSAL) y la disposición adicional octava de la LRSAL, autorizan a la Administración General del Estado a compensar determinadas deudas contraídas por las comunidades autónomas con los créditos resultantes de su sistema de financiación.

Concretamente, se regula un supuesto de compensación “triangular”, al autorizar al Estado a aplicar retenciones a las comunidades autónomas, ante el incumplimiento de obligaciones de pago de las que él no es acreedor; el acreedor de la obligación es un ente local, al igual que en el caso regulado por la disposición adicional octava.5 LOFCA. Se trata, en particular, de las obligaciones financieras o compromisos de pago que tiene la comunidad autónoma frente al ente local como consecuencia de acuerdos de delegación o colaboración suscritos por ambos. Según la sentencia el art. 57 bis LBRL contiene una regulación que, al incidir directamente sobre las relaciones

financieras del Estado y las comunidades autónomas, debió revestir forma de ley orgánica. Esta conclusión no cambia por la circunstancia de que el precepto esté destinado a garantizar la suficiencia financiera de los entes locales.

Comoquiera que el art. 57 bis LBRL (introducido por el art. 1.17 de la LRSAL) carece de rango de ley orgánica, la sentencia declara su inconstitucionalidad y nulidad.

## 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 2015



**QDL**  
Anual (3 números)  
+  
**Anuario del**  
**Gobierno Local**  
80 €

**QDL**  
Anual (3 números)  
38 €

**Anuario del**  
**Gobierno Local**  
55 €

**Suscripciones a través de:**

Teléfono: 917 020 414

Fax: 913 103 499

Internet: [www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

**\*IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

\*Nombre: ..... Profesión: .....  
\*Entidad: ..... \*CIF/NIF: .....  
\*Dirección: ..... \*Población: ..... \*Provincia: ..... \*C.P.: .....  
Mail: ..... \*Teléfono: ..... Fax: .....

Los campos señalados con un asterisco (\*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

**Idioma de los QDL:**

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: ..... Sucursal: ..... Localidad: .....

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)



Para la mejora de los gobiernos locales

Inicio La Fundación ▼ Boletín Actividades ▼ Fundación Digital ▼ Publicaciones ▼ Actualidad

Último tweet

RT @GO\_DIVAL: Coge la agenda y apunta, el 29 de noviembre tienes una cita con 'La transparencia y el periodismo de datos' en el @MuVIM #Tra...

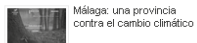
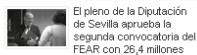
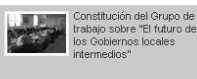
Siguenos en Twitter

Actualidad



Constitución del Grupo de trabajo sobre "El futuro de los Gobiernos locales intermedios"

En la sede de la Fundación Democracia y Gobierno Local en Madrid



**NOV 16 2016**  
**El presupuesto para 2017 de la Diputación de Lleida asciende 112.951.587,48 millones de euros**  
 Presupuesto 2017 Diputación de Lleida

**NOV 16 2016**  
**La Diputación de Lugo inyecta 2,3 millones de euros a distintos Concellos para mejorar los servicios públicos**  
 La totalidad de las subvenciones asciende a 10 millones de euros

**NOV 16 2016**  
**La Diputación de Pontevedra pone en marcha el Plan de Práctica Laboral de Empresas**  
 Plan de Práctica Laboral de Empresas

**NOV 15 2016**  
**Eliminación de la Violencia contra la Mujer**  
 Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

NOV

La Pizarra de la Fundación

Próximas actividades:

**- "2.ª Conferencia de Presidentes de Gobiernos Provinciales"**  
 (Badajoz, 17 a 19-nov)

Últimas Publicaciones



Gold IV 2016 - Cuarto Informe Mundial Sobre la Descentralización y la Democracia Local **1**



Revista Democracia y Gobierno Local nº 34



DIGITALIZA-TI



Gold III 2013: Basic Services for All in an Urbanizing World



Cuadernos de Derecho Local nº 41





# QDL42SUMARIO

## **Estudios, ponencias, crónicas o notas sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**

- 12 El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble · MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO
- 40 La revisión de oficio en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) · SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
- 69 El concepto de interesado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas · FEDERICO SUÁREZ CANCELO
- Otros estudios, ponencias, crónicas o notas**
- 92 Intervención y disciplina urbanística en la Ley 2/2016, del Suelo de Galicia · ALEJANDRO RAMÓN ANTELO MARTÍNEZ
- 125 La modificación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en particular, el nuevo recurso de casación (Un decálogo de cuestiones para comprender el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo) · DIMITRY BERBEROFF AYUDA
- 147 Transparencia y gobierno abierto · MIGUEL ÁNGEL BLANES CLIMENT
- 169 La libre concurrencia o igualdad de trato: su aplicación en la adjudicación de los contratos públicos · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
- 199 Els acords polítics dels ens locals i el dret d'expressió · EDUARD PARICIO RALLO
- 229 Las competencias de las diputaciones provinciales · JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
- 263 Las ofertas de empleo público y la precariedad de la función pública: la Directiva 1999/70/CE, frente a las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado · ANTONIO SERRANO PASCUAL
- 296 El recurso de amparo: admisión, objeto y efectos · FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
- Jurisprudencia**
- 318 La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de régimen local (reflexiones sobre el Gobierno local y la crisis económica) · JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
- 373 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de régimen local · JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

