

# QDL44

Junio de 2017 · Cuadernos de Derecho Local



15 ANIVERSARIO

Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local





Q



# QDL44

Junio de 2017 · Cuadernos de Derecho Local



15 ANIVERSARIO

Fundación  
Democracia  
y Gobierno 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*  
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*  
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*  
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*  
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*  
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*  
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*

# QDL44

- Estudios**
- 12 Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información · EMILIO GUICHOT REINA
- 48 Las relaciones interadministrativas en la nueva Ley de régimen jurídico del sector público · MARC VILALTA REIXACH
- 83 La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común · FERNANDO GARCÍA RUBIO
- 132 El interés adicional en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas · L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ
- Ponencias, crónicas y notas**
- 164 La increíble y errática historia del carácter básico/no básico de la regulación del rescate como causa de resolución de la gestión contractual de los servicios públicos · PETRA MAHILLO GARCÍA Y JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS
- 178 Revisión de los actos tributarios; especial referencia al recurso de reposición obligatorio regulado en el TRLRHL, después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015 · PILAR GALINDO MORELL
- 202 Potestades urbanísticas y convenios urbanísticos desde el derecho urbanístico de Cataluña · MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

# Sumario

La expropiación forzosa y la función social de la propiedad · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO 256

La regulación de los consorcios, con especial consideración de los consorcios locales · ANTONIO PANIZO GARCÍA 290

El gran Ballbé · JAVIER DELGADO BARRIO 318

## **Jurisprudencia**

El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local · M.<sup>a</sup> PILAR TESO GAMELLA 324



QDL44

**Estudios**

# Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información

EMILIO GUICHOT REINA

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla*

- 1. Conceptos previos: el derecho a la protección de datos y su relación con el derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional y en la normativa sobre protección de datos**
- 2. La regulación de las relaciones entre transparencia y acceso a la información e intimidad y protección de datos en la normativa sobre transparencia**
  - 2.1. Un apunte acerca de la regulación del límite por protección de datos personales en la tramitación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG)
  - 2.2. Normativa aplicable
  - 2.3. El acceso a datos especialmente protegidos
  - 2.4. El acceso a datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano
  - 2.5. Ponderación general entre publicidad y protección de datos personales ordinarios
  - 2.6. La disociación
  - 2.7. La aplicación posterior de la normativa sobre protección de datos
  - 2.8. La colaboración con la autoridad de protección de datos
  - 2.9. Las relaciones entre publicidad y protección de datos en los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)
- 3. Las relaciones entre publicidad y protección de datos en las leyes autonómicas de transparencia**
- 4. Un apunte sobre las relaciones entre publicidad y protección de datos en el acceso a información personal por representantes locales**

---

*Artículo recibido el 25/04/2017; aceptado el 28/04/2017.*

## Resumen

Se abordan en este trabajo las relaciones entre publicidad y privacidad a la luz de la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información, con una referencia final a su juego en el acceso por los representantes locales a la información.

Palabras clave: *transparencia; acceso a la información; publicidad; intimidad; protección de datos; representantes locales.*

## ***Disclosure and privacy in the freedom of information act***

### Abstract

*This article deals with the relationship between disclosure and privacy in the new Spanish freedom of information act, with a final reference to the access to information by local representatives.*

Keywords: transparency; access to information; disclosure; privacy; data protection; local representatives.

## 1

### **Conceptos previos: el derecho a la protección de datos y su relación con el derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional y en la normativa sobre protección de datos**

La Constitución en su artículo 105.b), que reconoce el derecho de acceso a archivos y registros, incluye entre sus límites la “intimidad de las personas”, derecho consagrado en su artículo 18.1, con la máxima consideración de derecho fundamental. No se refiere, por el contrario, al “derecho a la protección de datos personales”.

El derecho a la protección de datos no está expresamente incluido entre los derechos constitucionales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo ha considerado incluido en el artículo 18.4 de la Constitución, conforme al cual “la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus

derechos”. Lo paradójico es que no solo lo ha afirmado en relación con la regulación de datos frente a su tratamiento informático, sino también frente a tratamientos no informatizados<sup>1</sup>.

Ha considerado que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental autónomo a la par que instrumental para la efectividad de los demás derechos fundamentales<sup>2</sup>. En particular, es autónomo respecto del derecho a la intimidad por referencia a una notable multiplicidad de nociones jurídicas: ambos tienen como “objetivo” garantizar la vida privada personal y familiar y cuentan con los mismos “límites”, pero difieren en su “función” (otorgar al titular del derecho un poder de control sobre los datos personales, y no solo la posibilidad de evitar injerencias de terceros); su “objeto” (cualquier dato personal, y no solo los “íntimos”); y su “contenido” (todas las facultades que permiten el control sobre los datos, y no solo el derecho a exigir una abstención de un tercero).

A mi juicio, algunas de estas categorías resultan un tanto indefinidas y reiterativas, y no responden en todos los casos a categorías suficientemente decantadas en la doctrina constitucional. Y además, pese a la voluntad del Tribunal Constitucional por marcar dogmáticamente sus diferencias, hay una notoria contradicción entre la enfática proclamación de la autonomía del derecho a la protección de datos, y la recurrente intercambiabilidad de ambos derechos en la argumentación *ad casum*. Por encima de las diferencias teóricas trazadas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en la jurisprudencia constitucional las diferencias parecen diluirse<sup>3</sup>.

1. En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), y, en su momento, su antecedente, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante, LORTAD), dan cumplimiento al mandato del art. 18.4 CE (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Sin embargo, a diferencia de su predecesora, la LOPD extiende su objeto a los tratamientos no automatizados de datos personales, lo que contrasta con la referencia exclusiva a la informática del art. 18.4 CE.

2. STC 254/1993, de 20 de julio.

3. Desde el punto de vista procesal, la elección del fundamento constitucional invocado (párrafo primero frente a párrafo cuarto del art. 18) ha dependido, en la práctica, de la fase del proceso informativo en juego, de modo que la *obtención* de datos personales sin el consentimiento de su titular ha sido enfocada normalmente desde el prisma de su conformidad con el *derecho a la intimidad*, considerándose invariablemente que la injerencia que ello supone en este derecho puede encontrar justificación en principios constitucionales (destacadamente, en la necesidad de garantizar el cumplimiento del deber de contribuir a los gastos públicos), y que la injerencia será proporcionada en la medida en que el posterior tratamiento de la información se limite a la satisfacción de dicho objetivo, y se realice con todas las garantías que recoge la normativa sobre *protección de datos*. Cuando el recurso se ha centrado en una irregularidad ya no en la fase de obtención, sino en la de *tratamiento* de datos, entonces ha sido cuando los demandantes han apelado directamente a los principios y derechos que les brinda la normativa sobre protección de datos, y es entonces cuando el Tribunal Constitucio-

En mi análisis, el reconocimiento como un derecho autónomo ha venido muy ligado a la idea que dio origen al nacimiento de la regulación sobre protección de datos, según la cual datos “no íntimos” –presuponiendo así una naturaleza intrínsecamente íntima de determinadas informaciones, en que la intimidad no actuaría como una finalidad o resultado a preservar, sino que podría definirse, de manera cuantitativa, espacial o geográfica– y en apariencia “inofensivos”, cruzados entre sí, con las posibilidades que permite la informática, permiten generar perfiles que condicionen la vida social de las personas. Una consecuencia del máximo calado de esta concepción es que el concepto de dato personal se ha tornado omnicompreensivo. En efecto, hasta el momento, el concepto de dato personal ha venido siendo interpretado de la forma más amplia posible, con un cada vez más manifiesto exceso respecto a su sentido originario, fuente de cruciales consecuencias jurídicas para nuestro objeto de estudio, por su potencial efecto impeditivo de toda revelación de información pública en la que figure el nombre de una persona. La normativa comunitaria –y, siguiéndola, las normativas estatales, entre ellas la española– define dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. En España, la LOPD acoge asimismo la definición de dato personal de la Directiva<sup>4</sup>. Debe señalarse, en todo caso, que lo que sí es meridiano es que el concepto de dato personal se reserva por el legislador a los relativos a personas físicas, e incluso no a todos ellos, pues el Reglamento de desarrollo de la LOPD parece intentar –con insuficiencia de rango– una reconducción para excluir de la protección los datos relativos a la gestión

---

nal ha apelado al derecho a la protección de datos como derecho autónomo, a la par que instrumental. *Vid.* el estudio de jurisprudencia en mi trabajo *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 69-115.

4. Artículo 3.a), desarrollada en el artículo 5.1.f) y 5.1.o) RLOPD. Sin embargo, esta aproximación omnicompreensiva no es del todo pacífica, y al respecto hay que destacar la excepcional importancia de la Opinión 4/2007 sobre el concepto de dato personal, adoptada el 20 de junio de 2007 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29. Parte de la constatación de que el legislador comunitario pretendió adoptar una noción amplia de dato personal, pero no ilimitada. Y resulta clave la interpretación que debe darse a “sobre” (*relating to*), y que puede abarcar informaciones que dicen algo de una persona por su contenido, su finalidad o su resultado, pero no todas aquellas que llevan simplemente asociado un nombre, pero no se refieren a una persona. Se requiere, por tanto, un análisis *ad casum*. Sin embargo, por el momento, no ha sido seguida por el Tribunal de Justicia, que, como hemos señalado, considera que, conforme a la propia jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 8 CEDH, los datos económicos o profesionales tienen también esta consideración. Se trata de un debate abierto a nivel mundial, con importantes implicaciones respecto de la transparencia y el acceso a la información oficial, en el que por ahora prevalece la consideración de toda información asociada al nombre de una persona como información personal bajo la garantía del derecho a la protección de datos, si bien la mayor o menor proximidad al círculo de lo “íntimo” tiene una incidencia decisiva en el momento de la ponderación con otros derechos, bienes o principios.

empresarial. Así, ha excluido en su artículo 2 de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos referidos a personas jurídicas, y los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales (datos de contacto). Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal<sup>5</sup>. Como veremos, esta disposición ha tenido una influencia decisiva en la mención de la LTBG a los datos “meramente identificativos”.

También resulta clave, como se verá al analizar la regulación de las relaciones entre transparencia y protección de datos, la distinción que establece la LOPD, como antes hiciera la LORTAD, entre tipos de datos personales. Traza lo que podríamos considerar tres círculos concéntricos de protección, en función de la *naturaleza de los datos*, que llevan asociados un diferente régimen en la verificación del principio del consentimiento y del régimen de medidas de seguridad y sanciones. Podríamos así distinguir tres categorías de datos: un círculo externo, integrado por los datos contenidos en “fuentes accesibles al público” (se sigue un sistema de lista cerrada, que incluye los datos que han sido objeto de publicidad oficial)<sup>6</sup>; un círculo interno, al que pertenecen los llamados “datos especialmente protegidos”<sup>7</sup>; y un círculo medio, en el que se integran el resto de datos personales. De este modo, el contenido del derecho a la protección de datos se modula en función del objeto, esto es, del tipo de datos de que se trate, y de la repercusión que pueda tener en la vida social y económica su flujo informativo: en unos casos, constituyen un presupuesto de la misma (datos contenidos en fuentes accesibles al público), mientras que en el polo opuesto pueden constituir un obstáculo para el libre desarrollo de la personalidad del individuo y del ejercicio de sus derechos fundamentales (datos especialmente protegidos).

5. Y es que, por ejemplo, ¿el dato de consumo eléctrico de un comercio es realmente un dato personal si se trata de un empresario individual, y deja de serlo si se ha constituido como sociedad? El problema es la insuficiencia de rango para recortar el ámbito definido por la propia LOPD –bien que en realidad lo que haga el Reglamento es retomar soluciones aportadas por la Agencia española de protección de datos y/o la jurisprudencia–, lo que explica la ambigüedad que supone excluir estas categorías de datos, no de la protección de la LOPD y la aplicación de sus principios y derechos, sino del ámbito de aplicación del propio Reglamento, lo que, en realidad, genera una gran inseguridad jurídica y revela que en este, como en otros puntos, se ha intentado decir por reglamento lo que hubiera correspondido hacer, en su caso, al legislador.

6. Art. 3.j) LOPD.

7. Art. 7 LOPD.

## 2

### **La regulación de las relaciones entre transparencia y acceso a la información e intimidad y protección de datos en la normativa sobre transparencia**

#### 2.1

#### **Un apunte acerca de la regulación del límite por protección de datos personales en la tramitación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG)**

La redacción final del art. 15 LTBG difiere de la que proponía el Anteproyecto. En efecto, el Anteproyecto de LTBG, de forma claramente continuista con los anteproyectos del anterior Gobierno socialista, se hacía eco, de forma sintética, de los principios reconocidos en el Derecho comparado<sup>8</sup>. Se regulaba de forma particularizada la limitación dimanante del derecho a la protección de datos conforme al siguiente esquema. En primer lugar, se incluía una determinación de la normativa aplicable, conforme a la cual las solicitudes de información que contuvieran datos personales de terceros se regirían por la normativa sobre transparencia, y solo en el caso de que los únicos datos contenidos fueran los del propio solicitante de información sería de aplicación la normativa sobre protección de datos (que regula el también llamado derecho de acceso del interesado a sus datos personales obrantes en un fichero de terceros). En el caso de que la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos (categoría acuñada en la normativa sobre protección de datos), la regla era la denegación del acceso salvo consentimiento expreso del afectado. Con carácter general, y salvo concurrencia de circunstancias particulares, prevalecía el derecho a acceso respecto de los datos no íntimos directamente relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. En los demás casos, había que ponderar entre el interés público de la información y el sacrificio que su conocimiento supusiera para la privacidad de las personas afectadas. El tratamiento posterior de los datos quedaba sometido a la normativa sobre protección de datos<sup>9</sup>.

---

8. Estudiados y formulados como propuesta por mi parte en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, p. 39.

9. Artículo 11 del Anteproyecto.

Esta regulación recibió buena acogida por las organizaciones y asociaciones<sup>10</sup>, a la que también yo me sumé desde la doctrina<sup>11</sup>.

Sin embargo, el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) marcó por completo la regulación sobre las relaciones entre acceso y privacidad, hasta el punto de que contenía como conclusión una propuesta de redacción alternativa del artículo, que sería acogida por el Gobierno, sustituyendo la redacción anterior, en los términos y con las debilidades que veremos. Puedo avanzar que se trató, a mi juicio y como trataré de argumentar más adelante, de un informe y una propuesta con graves defectos de entendimiento de la lógica del derecho de acceso a la información<sup>12</sup>, que fue asumido de forma acrítica por el Gobierno y que introdujo graves distorsiones en la regulación<sup>13</sup>. Además se añadió, a sugerencia de la AEPD, una disposi-

10. Ni en el Informe sobre la consulta pública electrónica ni en ninguno de los dos informes de la Oficina del representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), ni en el Informe de la Asociación Española de Archiveros de la Función Pública, tan críticos en los demás aspectos nucleares del texto, se hacía ninguna observación. La Coalición pro Acceso consideraba que debía integrarse mejor el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos y, en coherencia con la Exposición de Motivos de la LTBG, establecerse que en el caso de que la información contuviera datos especialmente protegidos, en lugar de determinar la negativa automática a conceder el acceso, se aplicara un test de daño, de ponderación y de interés público de la divulgación.

11. En el diario ABC de 30 de abril, publiqué un artículo titulado “Transparencia: la hora de la verdad”. Juzgaba que había de acogerse muy positivamente la regulación de las relaciones entre transparencia y protección de datos. En mi artículo “El Anteproyecto de Ley de Transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio 2012, núm. 30, pp. 28-40, daba una valoración muy favorable. Añadía: “el único matiz es que se prevé que en los casos de datos no especialmente protegidos pero tampoco directamente relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano (donde, por cierto, habría que entender incluidas las agendas de los altos cargos), se otorgue el acceso si tras una ponderación suficientemente razonada el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido (siendo así que nos parece debería más bien llamarse a una ponderación entre los derechos en juego y la transparencia, en la medida en que el derecho a la protección de datos es en sí un derecho autónomo constitucionalmente protegido, y no solo un derecho instrumental, por lo que se incurre en una contradicción lógico-jurídica)” (p. 36).

12. El Informe, en realidad, aprovechó materiales de diversos informes anteriores, con el grave defecto de que se proyectaban sobre realidades particulares o, directamente, diversas, como fue el Informe emitido el 25 de octubre de 2011 al Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, pensado en realidad en la lógica del acceso a documentos en archivos históricos por razones culturales, y no en el acceso a información “viva” para el conocimiento y control de la gestión pública.

13. Y, a mi juicio, confirmó las prevenciones que se podían tener –y yo mismo había manifestado en otros trabajos– contra la opción de designar a la AEPD también como órgano independiente de control en materia de transparencia y acceso a la información. Así, en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, p. 47 [en que señalaba entre los inconvenientes que “la AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de datos. Al extender su

ción adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que esta y el CTBG adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta norma y en la LOPD.

Durante la tramitación parlamentaria, el precepto obtuvo una atención discreta en las comparecencias de expertos ante la Comisión Constitucional, en las que básicamente se discutió si era acertado que el precepto determinara cuándo era de aplicación a una solicitud la LTBG y cuándo lo era la LOPD, de una parte; y si procedía tener en cuenta el interés particular que pudiera ostentar el solicitante de información a la hora de la ponderación, de otra<sup>14</sup>. El debate entre los grupos parlamentarios fue también escaso, y se limitó, básicamente, a recalcar, por parte de los grupos minoritarios de oposición que habían presentado enmiendas a la totalidad (IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y Unión Progreso y Democracia), la contradicción entre el

---

competencia a la información, se corre el riesgo (que se ha hecho sentir en otros sistemas) de que continúe actuando en una lógica ‘defensiva’ y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales”] y p. 48 [en que señalaba que en caso de optarse por la AEPD “sería necesario fijar que la Agencia integrara claramente la idea de que en adelante es una entidad de transparencia y protección de datos. Se requeriría una nueva cultura que fuera acompañada de una nueva organización interna que reflejara esta dualidad y, en su caso, de un reciclaje formativo de una parte de su personal”].

14. El tema fue abordado solo por algunos de los comparecientes: por el director de la AEPD, por la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, por el profesor SANTAMARÍA PASTOR y por mí mismo. El director defendió la regulación, como no podía ser de otro modo tratándose de la asunción plena de la propuesta de la AEPD. Advirtió reiteradamente que la protección de datos no podía servir para denegar automáticamente el acceso, ni ser vista como un obstáculo para la transparencia. Apuntó también que los criterios introducidos en el apartado cuarto no eran exhaustivos y cabría introducir otros, como por ejemplo la prevalencia de la publicidad de las informaciones sobre personas que realicen actividades públicas en relación con las mismas. Recomendó, finalmente, la supresión del apartado primero, pues podría ser interpretado como una peor posición del afectado a la información en que figure su nombre que de los terceros (ya que el derecho de acceso de la LOPD tiene un alcance más limitado en su objeto que el de la LTBG). La directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos recomendó la introducción entre los criterios de ponderación de la mayor protección de los datos de los menores, y propugnó también la supresión o mejora de la redacción del apartado primero, que recogía que era la normativa de transparencia la reguladora del acceso por terceros a información que contuviera datos personales. El profesor SANTAMARÍA PASTOR manifestó la necesidad de dar una mayor protección a los datos personales no especialmente protegidos, para salvar la información personal de la mera curiosidad ajena, y la pertinencia de exigir, por ello, la motivación de las solicitudes y la existencia de un interés legítimo. Por mi parte, puse de relieve los aspectos positivos y negativos de la nueva redacción, recalcando entre los segundos el desenfoque que supone dar entrada como criterio para la ponderación a la consideración de circunstancias referidas al concreto solicitante, en sentido opuesto, pues, al defendido por el profesor SANTAMARÍA, como enseguida trataré de argumentar.

reconocimiento como derecho fundamental del derecho a la protección de datos, por una discutible interpretación del artículo 18.4 CE, y la negativa del Gobierno a extraer el derecho de acceso del 20.4 CE, en virtud de un similar mecanismo hermenéutico, interpretando además que, al no hacerlo, se deja en peor posición a efectos de valoración ponderada al derecho de acceso en los casos de colisión con el derecho a la protección de datos.

Finalmente, el precepto no recibió muchas enmiendas. Tan solo siete en el Congreso de los Diputados, y de carácter menor<sup>15</sup>, de las que únicamente fue aceptada la inclusión entre los criterios de ponderación de la mayor garantía de reserva en el caso de datos de menores<sup>16</sup>. Y dos en el Senado<sup>17</sup>, una de ellas errónea, y la otra, que fue aceptada, de supresión del apartado primero, que establecía la indicación de la normativa aplicable a los casos de solicitud de información que contuviera datos personales.

## 2.2 Normativa aplicable

Una de las enseñanzas del derecho supranacional y comparado es que la normativa sobre acceso a la información, y no la normativa sobre protección de datos, es de aplicación a las solicitudes de información realizadas por un tercero distinto del afectado. A esta regla generalizada se ha llegado por vías diferentes: en unos casos lo disponen así las leyes reguladoras, que a veces

---

15. Salvo la 335 del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en el Congreso, que proponía la supresión del artículo, excepto en lo relativo a la determinación de la normativa aplicable. Así, respecto del apartado primero, la 406 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso y 176 en el Senado, para aclarar que la normativa sobre protección de datos únicamente se aplica cuando la información contiene solo datos del solicitante, y la 469 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, de supresión por innecesaria. Del apartado segundo, la 150 de Esquerra Republicana de Catalunya para equiparar a la posibilidad de publicidad de datos íntimos en los casos previstos en una ley aquellos contemplados en una norma de derecho comunitario. La 407 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y 279 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso, que proponían incluir la audiencia a terceros afectados –contemplada con carácter general en la regulación del procedimiento–. La 149 de Esquerra Republicana de Catalunya proponía la creación por la Administración Pública de una base de datos donde todas las personas, físicas y jurídicas, pudieran registrar un correo electrónico para ser informadas en un plazo máximo de 48 horas de la publicación de datos que afectara a su persona o propiedades, a cualquier ámbito donde tuviera un interés particular, o sobre cualquier institución sometida a la LTBG.

16. Con base en la 407 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso.

17. La 251 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, porque proponía la misma redacción del párrafo 4 ya contemplada en el Proyecto.

—como en el caso francés— han debido ser modificadas para aclararlo expresamente, y en otros han tenido que ser las interpretaciones de las autoridades independientes y/o de los tribunales las que aclaren esta regla, no sin —a menudo— una previa polémica<sup>18</sup>.

La precisión es tanto más importante por cuanto la normativa sobre protección de datos contempla un homónimo “derecho de acceso”, acogido en España en el artículo 15 LOPD<sup>19</sup>. Ciertamente los presupuestos —un tratamiento de datos personales desde un fichero—, la titularidad de este derecho —el interesado, entendiendo por tal aquella persona sobre la cual gira la información—, el obligado —el responsable del fichero—, el alcance —información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento—, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevé hacer de los mismos presupuestos, las condiciones de ejercicio y su garantía —reclamación ante la correspondiente Agencia de Protección de Datos—. Sin embargo, la similitud en el nombre y el amplio desconocimiento de la normativa sobre protección de datos —y mayor aún de la normativa sobre acceso y de sus relaciones con ella—, el silencio de la LOPD al respecto<sup>20</sup>, y la experiencia de

18. Sobre el tema, véase *in extenso* mi trabajo *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 23 a 161.

19. La información puede obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible o inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos. El derecho solo puede ser ejercitado en intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes. Este derecho está desarrollado en los artículos 27 a 30 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD.

20. En efecto, la LOPD no hace ninguna conexión expresa con la normativa sobre acceso. Se limita en su artículo 11.2.a) a permitir la comunicación de datos sin consentimiento del afectado “cuando la cesión está autorizada en una ley”, sin especificar si ha de tratarse de leyes sectoriales que determinen casos concretos en que esté permitida (por enlazar con un fundamento constitucional, de acuerdo con la doctrina de la STC 292/2000, de 30 de noviembre), o si puede incluirse bajo su manto la legislación general sobre acceso a la información pública, como se interpreta en el propio derecho comunitario (el propio Consejo de Estado hizo esta misma constatación en su Informe). El Reglamento de la LOPD ya avanzó la solución en su desarrollo del artículo 15 LOPD, al disponer en su artículo 27.3 que “el derecho de acceso es independiente del que otorgan a los afectados las leyes especiales y en particular la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, ya que como es sabido el derecho así llamado de acceso a la LRJPAC es precisamente el enunciado en el artículo 35.h) y desarrollado en el artículo 37 de dicha Ley [pues el derecho del 35.a) (“a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que se tenga la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”) no tiene ese nombre], que una vez en vigor la LTBG queda remitido *in totum* a la misma. Puede decirse que la cuestión es también pacífica entre la doctrina especializada, pero no cabe afirmar lo mismo en el conocimiento (o desconocimiento) general del grueso de los aplicadores del derecho, de tal modo que una previsión como la contemplada en el artículo 15.1 LTBG puede resultar clarificadora.

que en el derecho supranacional y comparado la cuestión no ha sido pacífica en los inicios, aconsejaron al Gobierno establecer de forma expresa esta previsión en lo que era el apartado primero del artículo dedicado a la protección de datos en los anteproyectos y en el Proyecto.

Ciertamente, la determinación del sistema de fuentes y de las relaciones entre una ley orgánica y una ley ordinaria se desprende de las reglas constitucionales de reparto de competencia material, y no es tarea en principio propia de una ley ordinaria, pero cabe concluir que en pro de la seguridad jurídica una previsión al respecto, siquiera con mero carácter interpretativo de esas reglas generales constitucionales, habría sido conveniente.

La redacción inicial del Anteproyecto decía: “cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante”. Se le añadió, siguiendo la propuesta de la AEPD, la coetilla: “sin perjuicio de que, en este caso, el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no solo de los datos que contenga la información de los que sea titular, sino de esta en su totalidad”. Pero en realidad, ni la redacción inicial ni siquiera la bienintencionada coetilla fueron del todo claras, porque no reflejaban claramente la idea de que se trata de dos derechos distintos, que responden a distintas lógicas y con distintos alcances, unidos tan solo por un mismo nombre. El propio director de la AEPD y la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, en sus comparecencias, como se apuntó, recomendaron la supresión del apartado primero, habida cuenta de su oscuridad. Finalmente, en el Senado fue suprimido el apartado de determinación de la normativa aplicable.

El principio, simple, es que rige la *lex specialis*, esto es, a la publicidad activa y a las solicitudes de información se les aplica la LTBG (o, en su caso, la respectiva ley autonómica de transparencia). Esto además encuentra su apoyo en el art. 11.2.a) de la propia LOPD, que permite la comunicación in consentida de datos personales cuando la cesión esté autorizada en una ley. La LOPD y su normativa de desarrollo solo son de aplicación cuando el interesado pretende ejercer el derecho de acceso de dicha Ley, con sus diferentes presupuestos y alcance en más –origen de los datos, cesiones realizadas de los mismos– y en menos –se tiene acceso a la información referida a los propios datos personales, pero no al resto de la información, si la hay–.

## 2.3

### El acceso a datos especialmente protegidos

La LTBG establece un criterio restrictivo en relación con el acceso a la información que contiene datos especialmente protegidos.

La apelación a esta categoría es un empleo consciente y voluntario de un concepto acuñado en la normativa sobre protección de datos, en concreto en la LOPD (la anterior Ley, la LORTAD, los llamaba “datos sensibles”)<sup>21</sup>. El artículo 7 LOPD considera como tales, siguiendo las determinaciones del derecho europeo, los relativos a la ideología –incluida la afiliación sindical–, religión o creencias, y solo pueden ser tratados con el consentimiento expreso y por escrito del afectado. Asimismo, tienen la consideración de datos especialmente protegidos los referidos al origen racial, la salud y la vida sexual. Los datos referidos al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo pueden ser recabados, tratados y cedidos cuando el afectado consienta expresamente (no es necesario en este caso que sea por escrito), o cuando así lo disponga una ley, por razones de interés. La propia LOPD establece excepciones particularizadas al principio de consentimiento expreso referidas a los datos sanitarios. Junto a estos datos se encuentran los atinentes a la comisión de infracciones penales o administrativas, a los que alude el mismo artículo bajo el paraguas de su título “datos especialmente protegidos”, si bien únicamente para decir que solo pueden ser incluidos en ficheros públicos, sin dotarles de mayores especificidades. Hay que advertir que la inclusión de las sanciones administrativas es una opción del legislador nacional, ya que no figura en el Convenio del Consejo de Europa núm. 108 de 1981, y se prevé como potestativa en la Directiva de protección de datos de 1995, en su art. 8.5, incluyendo en esta facultad la de añadir también los datos derivados de procesos civiles. Como puede comprobarse, y teniendo en cuenta que no hay una definición legal de “intimidad” y el Tribunal Constitucional español ha puesto de manifiesto la dificultad de petrificar un concepto objetivo de ella<sup>22</sup>, es plausible afirmar que el concepto de “dato especialmente protegido” viene a aproximarse a las informaciones que sociológicamente son tenidas por íntimas, con sombras de dudas sobre todo por exceso (el caso de las sanciones), en directa relación con su potencial altamente condicionante de las posibilidades de libre desen-

21. Para profundizar en su concepto, permítaseme la remisión a mi monografía *Datos personales...*, op. cit., pp. 218-223.

22. Sobre todo ello puede profundizarse en mi obra *Datos personales...*, op. cit., pp. 61-168.

volvimiento de la personalidad, sin obstáculos ni discriminaciones sociales derivados del conocimiento de esta información sensible.

El artículo 15.1 LTBG, siguiendo de cerca al artículo 7 LOPD, distingue entre dos tipos de datos especialmente protegidos.

En primer lugar, los datos relativos a la ideología, religión o creencias, para cuyo acceso se exige el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. Esta coletilla recoge algo previsto en el artículo 8 de la Directiva de Protección de Datos, pero omitido en la LOPD, y puede considerarse razonable. Piénsese, por ejemplo, en acceder a un documento en que figuran el nombre de una persona y el sindicato al que representa.

En segundo lugar, el caso de los datos de origen racial, salud o vida sexual, o relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, respecto de los cuales solo puede autorizarse el acceso con consentimiento expreso del afectado o –y esta es la diferencia– si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley. El precepto sigue también el criterio de la LOPD y, por lo que se refiere a la publicidad (activa o pasiva) de las sanciones, aclara que es necesaria una expresa previsión legal, salvo cuando conllevan amonestación pública, puesto que estos casos implican de por sí una opción del legislador por la publicidad.

La opción del legislador, siendo armónica con la LOPD, es un tanto “positivista”, y acaso podría pensarse que también en el caso de datos de salud o de sanciones pudiera haber acogido un criterio último de ponderación con el interés público en la divulgación, que permitiera excepcionalmente dar preferencia a este último en casos muy relevantes (el estado de salud de un alto cargo, incluyendo en particular los presidentes de Gobiernos, relacionado con la capacidad para el ejercicio de sus funciones, y las sanciones administrativas o disciplinarias impuestas a un alto cargo). Dicho de otra forma, si por ley singular se pueden establecer casos en que prevalece la publicidad de los datos sanitarios o sancionadores, tal vez en la ley general que regula la transparencia podría haberse acogido un principio más general de ponderación del interés público en la divulgación, en casos relacionados con otros bienes constitucionales. De esta forma, el derecho a la intimidad (si entendemos que es ese derecho el que se protege mediante la especial resistencia a la publicidad de los datos especialmente protegidos) se convierte en el único límite no sometido a un criterio de ponderación última con el interés superior en la divulgación, a diferencia del resto de los límites acogidos en el artículo 14. No obstante, otros argumentos (la importancia de la tutela de estos datos para garantizar la dignidad, la no discriminación en sociedad y el libre desenvol-

vimiento de la personalidad) y la posibilidad última de obtener estos datos en vía judicial pueden haber aconsejado al legislador esta opción.

A mi juicio, lo más cuestionable es el efecto que supone respecto a la inaccesibilidad a la información sobre sanciones administrativas (salvo previsión legal expresa o que se trate de sanciones que conlleven amonestación pública), información que no resulta evidente que pertenezca a la intimidad de las personas y cuyo conocimiento en ocasiones es crucial para controlar la efectiva aplicación por igual de la ley a todas las personas. Más aún considerando que se incluyen, si se sigue la interpretación que se maneja en el campo de la protección de datos, las sanciones disciplinarias, cuyo conocimiento puede ser de suma relevancia pública para juzgar la actuación administrativa. Se ha seguido así la solución más acorde con la LOPD y el mismo criterio que lucía en el artículo 37.3 LRJAP-PAC, que consideraba que los datos relativos a sanciones administrativas o disciplinarias no eran íntimos, pero seguían la misma regla de los datos íntimos consistente en la limitación del acceso a los propios afectados. Solución que, por cierto, había sido objeto de fuerte debate y alguna severa crítica doctrinal en el régimen anterior<sup>23</sup>.

23. Había merecido consideraciones de todo género. Se dijo que este tipo de datos no pertenecen a la intimidad de las personas, y que, por ello, se trataría de una limitación inconstitucional (L. A. POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, p. 467), máxime cuando se contraponen al principio general de publicidad del proceso penal, llegando a insinuarse que en realidad esta restricción pretende evitar el control público sobre la potestad sancionadora y disciplinaria de la Administración. R. PARADA VÁZQUEZ (*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 165-166) estimaba que los datos referidos a expedientes sancionadores y disciplinarios no estaban cubiertos por el concepto de intimidad. La razón de su exclusión no es la naturaleza punitiva, porque en el proceso judicial las partes conocen los datos personales y de este modo llegan a la opinión pública, de modo que: “Puede haber la sospecha de que con esta limitación no se está protegiendo al sancionado, cuyo interés en el secreto no debe ser superior al interés público de la transparencia informativa, sino más bien defendiendo del conocimiento público actuaciones administrativas poco claras, sobre todo cuando son negligentes e indulgentes con los hechos investigados”. Por su parte, los autores que encontraban justificada una cierta restricción al acceso en estos supuestos apuntaban unos límites necesarios. Unos, el acceso al menos a la resolución, previa omisión de los datos personales (así, para C. GAY FUENTES, en *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Complutense, Madrid, 1995, debería posibilitarse el acceso a la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento, al menos previa omisión de los datos personales, como ocurre en los casos de las sentencias penales, y en los demás casos, habría de excluirse el acceso). Otros, el acceso por parte de los que tienen la consideración de parte en el procedimiento, o incluso de todos los ciudadanos en los sectores en que se reconoce la acción popular o en que se prevé la posibilidad de publicar las sanciones. Así, para S. FERNÁNDEZ RAMOS, en *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, el legislador había considerado que la información contenida en expedientes sancionadores afectaba a la intimidad de los sujetos, lo cual se justificaría en que dicha información implica la valoración de un comportamiento o conducta personal, y se trata de datos con una protección reforzada en la Ley de protección de datos. En todo caso, apuntaba dos importantes matizaciones. En

Por lo demás, recuérdese que, tal y como dispone el artículo 5.3, esta limitación rige igualmente para la publicidad activa, respecto de la cual se dispone que “cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos”. Parece que debe entenderse que, de nuevo, salvo que una ley especial lo prevea<sup>24</sup>.

## 2.4

### El acceso a datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano

Como apuntamos *supra*, del derecho supranacional y comparado se deriva que, como regla general, debe prevalecer la publicidad de los datos personales que, sin ser íntimos, están directamente relacionados con la organización, la gestión y el gasto públicos, también si contienen la mención de la identidad de empleados, contratistas, agentes, beneficiarios de subvenciones, de permisos, etc. Siempre cabe que, en un caso determinado, la publicación pueda suponer un perjuicio desproporcionado a la persona afectada, lo que deberá ser ponderado, en especial, a la vista de las alegaciones que esta pueda formular al ser consultada, o de las peculiaridades de un colectivo, si no se lleva a cabo dicha consulta.

El artículo 15.3 LTBG dispone que “con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulga-

---

primer lugar, la limitación al acceso no debía afectar a los que fueron parte en el procedimiento (en coherencia con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento regulador del procedimiento sancionador, Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) ni al denunciante, si concurrían algunas de las circunstancias del artículo 31 LPC, e incluso –señalaba– se había defendido que se presumiera la legitimación allí donde se reconocía la acción popular. En segundo lugar, había de tenerse en cuenta que algunas sanciones son públicas, y en determinados casos de infracciones graves la publicidad constituye propiamente una medida sancionadora, necesaria o eventual. Si en estos casos el legislador considera que la intimidad debe ceder, el acceso debía garantizarse incluso si en el ejercicio de su discrecionalidad en materia sancionadora decide no publicar la sanción. Otros, finalmente, argumentaban que el acceso debía concederse a los interesados (enlazando así, en realidad, con el régimen de los documentos nominativos en una interpretación *contra legem*). En este sentido, J. F. MESTRE DELGADO, en *El derecho de acceso a Archivos y Registros administrativos [Análisis del art. 105.b) de la Constitución]*, Madrid, 1998, apuntaba que en el caso de los datos obrantes en expedientes sancionadores o disciplinarios debía permitirse al menos el acceso a los terceros interesados, como por ejemplo los licitadores públicos, a los efectos de conocer si alguno de los sujetos concurrentes había sido sancionado con una incapacidad para contratar.

24. Piénsese que aquí puede entrar la posibilidad de previsión legal de publicidad de listados de maltratadores o de defraudadores, con todo el debate jurídico constitucional que conlleva.

ción que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”.

Al margen de la mención al órgano –que pone una vez más de relieve que la LTBG tiene en mente como sujeto prototipo a la Administración Pública– cabe destacar que el precepto mantiene la redacción inicial salvo la introducción de la precisión “meramente identificativos”. Su origen está de nuevo en la acogida de la propuesta de la AEPD, que, a su vez, trae causa nuevamente de su querencia a una interpretación directamente tributaria de la normativa sobre protección de datos. En efecto, como señalamos, el Reglamento de desarrollo de la LOPD (por cierto, extralimitándose e invadiendo la reserva de ley), en línea con la interpretación de la propia AEPD y por su iniciativa, excluyó en su artículo 2.2 del concepto de dato personal los meramente identificativos de las personas físicas en cuanto trabajadores (nombres, apellidos, funciones, dirección, teléfono...) y los datos de empresarios individuales en su condición de tales. Pero el contexto de la transparencia es absolutamente diverso y ajeno a lo que estaba regulado en ese precepto, que inspirado en una regla general en el derecho comparado, tenía como sentido, precisamente, aclarar que la presencia del nombre de una persona no puede impedir que se conozcan datos relevantes sobre la actuación pública: no solo identificativos de funcionarios o autoridades, sino también relativos a las decisiones públicas que adoptan, lo que, a su vez, a menudo implica la mención de nombres de terceras personas (contratistas, beneficiarios de subvenciones, de licencias...). Por ello, esta adición puede complicar el entendimiento del precepto y, llegado el caso, propiciar una gran cerrazón a la transparencia de la actuación pública. Ciertamente es que, no obstante, como veremos, el apartado siguiente contempla un criterio general de ponderación de la publicidad de información que no contiene datos especialmente protegidos, pero el sentido del precepto, que condensaba las directrices generales del derecho supranacional y comparado, era precisamente el de exponer cómo ese género de información debía ser por regla general público (¡no solo en lo meramente identificativo!). Es más, toda la regulación de la publicidad activa es una pura muestra de la aplicación de este criterio, con la previsión de publicidad en materia de información institucional y organizativa (que incluye no solo la identificación de los responsables de los diferentes órganos, sino también su perfil y trayectoria personal), los contratos, convenios y subvenciones, también los relacionados con personas físicas, en todos sus términos y no solo en la identidad de las mismas, las retribuciones, indemnizaciones, resoluciones de compatibilidad y declaraciones de bienes y actividades recibidas por altos cargos, etc., información mucha de la cual de hecho ya es pública porque así

se regula en su normativa sectorial reguladora. Muestra así la regulación de la publicidad activa un acuerdo con el criterio acogido en la redacción originaria de este apartado, que coincide con el general en el derecho supranacional y comparado. Por ello, creemos que la adición de la precisión “meramente identificativa” es confusa y desafortunada, y no debe interpretarse como un portillo para atentar contra el criterio de fondo sobre el que basculan las relaciones entre publicidad y privacidad<sup>25</sup>.

Por lo demás, hay que reiterar que el precepto contiene un criterio general, pero también una excepción (“salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida”), una previsión afortunada que permite modular los efectos perversos del automatismo y que entronca con la idea que está en la base de lo que en materia de protección de datos se califica “derecho de oposición”. Y es que en efecto puede haber casos en que la publicidad (activa o pasiva, pues debe recordarse en todo momento que las limitaciones rigen por igual para la primera, tal y como dispone expresamente el artículo 5.3) de determinada información, incluso meramente identificativa o de otro género, puede implicar para un individuo o para un colectivo, atendidas sus circunstancias especiales, un grave perjuicio (a veces, incluso, un riesgo para su vida e integridad física, como en el caso del puesto de trabajo de personas objeto de amenaza).

## 2.5

### **Ponderación general entre publicidad y protección de datos personales ordinarios**

La LTBG dispone que “cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”. Esta última referencia a los derechos del afectado, y en particular al de protección de datos, debe interpretarse teniendo en cuenta que, como ha declarado el Tribunal Constitucional,

---

25. Quizás consciente de la absoluta restricción introducida por la mención a lo “meramente identificativo” o de su desenfoque, el propio director de la AEPD apuntó en su comparecencia que los criterios introducidos en el apartado cuarto no son exhaustivos y cabría introducir otros, como por ejemplo la prevalencia de la publicidad de las informaciones sobre personas que realicen actividades públicas en relación con las mismas...

entre otras, en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, y antes apuntamos, el derecho a la protección de datos es a la par autónomo e instrumental para la tutela de otros derechos (desde la integridad física a la libertad sindical, la no discriminación, etc.)<sup>26</sup>.

Se trata, pues, de un criterio general de ponderación. Desde luego, mientras mayor sea el grado de ponderación legislativa, mayor lo será el de seguridad jurídica, y en ese sentido, consideramos que las normas que llevan a su articulado estos principios básicos de ponderación contribuyen a este objetivo y son, por ende, modelos a imitar. Ello no evita que siempre haya casos en que el juicio ponderativo revista dificultad, y por ello debe abordarse caso por caso, por parte del aplicador. Por supuesto, siempre habrá zonas de sombra, a menudo relacionada con los datos personales generados en las relaciones de sujeción general y especial entre Administración y ciudadanos. En particular, ¿deben o no ser públicos los resultados del ejercicio de potestades tributarias? Al igual que ocurría con las potestades disciplinarias, también en este caso se trata de una materia de relevancia para el control de la gestión pública, y la garantía de su corrección y de la aplicación no discriminatoria del derecho y la distribución de las cargas. Lo ideal es que se llegue a una solución legislativa como fruto de un debate político y social. Sobre los primeros, como hemos visto, ya la LTBG parece haberse pronunciado en contra –bien que con el portillo abierto de la posibilidad de publicidad cuando sean sanciones que conlleven amonestación pública o lo prevea una ley–. Sobre las potestades tributarias, ha de constatarse que el conocimiento de los ingresos públicos constituye la otra cara del gasto público y resulta clave para “auditar” la gestión pública, si bien las soluciones de los diversos ordenamientos son divergentes –en algunos casos se hace público el listado de contribuyentes, incluso por Internet, y en otros no–, como lo es, más en general, la respuesta a si los datos económicos forman parte de la intimidad<sup>27</sup>.

26. La redacción acogida a propuesta de la AEPD supone una modificación en la redacción del Proyecto, que comenzaba con un significativo “asimismo” que enlazaba con el apartado anterior. La idea inicial era que el criterio de la ponderación era el que regía para aquellos casos en que no se tratase de datos personales relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, precisamente porque en el apartado anterior ya el propio Proyecto había llevado a cabo la ponderación por sí mismo a favor de la transparencia. Como se acaba de exponer, la adición de la coletilla “meramente identificativos” ha conducido a enturbiar fuertemente la comprensión y el sentido de ambos apartados.

27. Sobre el particular, véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones inabundantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 159-180. En su comparecencia ante la Comisión Constitucional, se mostró contrario a la publicidad de estos datos por vía del ejercicio del derecho de acceso. Me remito también a mis consideraciones en *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 91-115.

La oscuridad se hace mucho mayor si se compara el término de ponderación correctamente empleado en la formulación inicial (“el interés público en la divulgación de la información”) con los criterios que, en un intento de aportar más luz al aplicador, tan encomiable como errado, han sido aportados por la AEPD y acogidos por el Gobierno en el Proyecto y, de ahí, transformados en ley. En efecto:

Por una parte, como reconoce directamente el Informe de la AEPD, se llevan a la LTBG criterios extraídos del análisis que la AEPD realizó en 2011 de la normativa sobre patrimonio histórico y archivos –nótese, por cierto, que el estrambote que suponen se manifiesta en la propia terminología, no apoyada en el concepto de información, como el resto de la LTBG, sino en el de documento, como lo hace la legislación de patrimonio histórico y archivística–. Dichos criterios son (artículo 15):

a) *El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*

Conforme dispone dicho artículo, “los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos”. La acogida de este criterio es un despropósito por varios motivos. En primer lugar, por cuanto, como puede comprobarse, esos plazos se predicen en la LPHE de datos que por su naturaleza pueden calificarse de íntimos o especialmente protegidos, y a los que, por ello, no puede accederse sin el consentimiento del interesado; por tanto, para datos especialmente protegidos, para lo “íntimo”, y no para el resto de datos personales. Y ahora, en la LTBG, además, se prevén como de aplicación no a los datos “íntimos” o “especialmente protegidos”, sino a los que no lo son. En segundo lugar, por cuanto se trata de uno de los preceptos que más problemas han causado en nuestro ordenamiento administrativo desde su aprobación, por su ambigüedad o, dicho de forma directa, su incoherencia. En efecto, los archiveros, los investigadores, los estudiosos de la memoria histórica, llevan décadas devanándose los sesos para tratar de interpretar cómo debe ser aplicado. ¿A quién corresponde acreditar la fecha de fallecimiento de la persona, a quien pretende el acceso –al que la normativa del Registro Civil se lo impide–, al responsable del archivo, que tampoco tiene competencias para ello ni obligación de solicitarla? Ante esta dificultad, ¿debe acudirse directamente a la

regla de los cincuenta años desde la fecha de elaboración de los documentos, llegando al resultado de que terceros puedan acceder a datos íntimos de personas vivas?<sup>28</sup> El sinsentido alcanza su “esplendor” si se tiene en cuenta que, por una parte, la LTBG ha renunciado, como sabemos, a establecer plazos para la vigencia de las limitaciones, y, por otra, con la modificación de la disposición adicional primera en su paso por el Congreso de los Diputados, la LTBG ha extendido su ámbito de aplicación a toda la información, cualquiera que sea el archivo en el que obre (desde los de oficina o gestión hasta los históricos), de tal modo que debería entenderse derogado el propio artículo 57 LPHE, lo que no se hizo. Sin embargo, esta referencia a la LPHE no se corrigió a la par que se modificaba la disposición adicional primera, de modo que aumenta la confusión en algo, la determinación de la normativa vigente y aplicable, que debería estar dotado de la máxima claridad. Es más, el CTBG

---

28. Para tratar de solventar estas “dudas” interpretativas, el artículo 28 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, reguló la llamada “solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por contener datos personales”, del siguiente modo: “1. La solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales referidos exclusivamente al propio solicitante se registrará por la normativa de protección de datos personales. 2. El acceso a los documentos que contengan datos personales que puedan afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas, o que tengan la consideración de especialmente protegidos en los términos de la normativa de protección de datos personales, incluyendo los que se encuentren en procedimientos o expedientes sancionadores, será posible siempre que medie el consentimiento expreso y por escrito de los afectados. No obstante, serán accesibles los documentos con datos personales que puedan afectar a la seguridad o intimidad de las personas *cuando hayan transcurrido veinticinco años desde el fallecimiento de los afectados. Si este dato no constara, el interesado deberá aportar la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil. Cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos.* 3. El acceso a documentos que contengan datos nominativos o meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o su intimidad, será posible cuando el titular de los mismos haya fallecido o cuando el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso. A estos efectos, se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística. 4. Se concederá el acceso a documentos que contengan datos de carácter personal, sin necesidad de consentimiento de sus titulares, cuando se proceda previamente a la oportuna disociación, de los datos de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. 5. La información que contenga datos de carácter personal únicamente podrá ser utilizada para las finalidades que justificaron el acceso a la misma y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos”. El Gobierno socialista de la IX Legislatura, el viernes antes de las elecciones del 20 de noviembre, trasladó a este artículo, como se ve, lo que había sido la regulación de las relaciones entre publicidad y protección de datos de su frustrado Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

ha obviado el cambio operado en la tramitación en el Congreso y considerado que la normativa sobre archivos estatal y autonómica, incluyendo el artículo 57 LPHE, sigue vigente y es normativa especial que desplaza en el ámbito de los archivos la aplicación de la Ley de Transparencia<sup>29</sup> y, además, que tiene su propio sistema de recursos (los generales) que llevan a la inadmisibilidad de las reclamaciones que se presenten ante el CTBG<sup>30</sup>. La situación es aún más confusa para los aplicadores autonómicos o locales, que, a la hora de resolver el conflicto entre transparencia y protección de datos, deberán aplicar un criterio temporal que da lugar a resultados inconstitucionales contenidos en una ley, la LPHE, estatal, de desconocida vigencia, pero ahora trasladado al ámbito autonómico por la remisión hecha por la LTBG a la LPHE, criterio que puede ser contrario al contenido en sus propias leyes autonómicas de archivo. Un prodigio de confusión.

*b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.*

La referencia al “ejercicio de un derecho” “rescata” la exigencia de interés legítimo que figuraba en el artículo 37.3 LRJPAC, que había sido interpretada por la jurisprudencia como equivalente a un interés que no se limita a los que fueron parte en el procedimiento en el que se generó la información a los efectos de impugnar la resolución final<sup>31</sup>. Por su parte,

29. Parece haber hecho suyo un informe de la Abogacía del Estado de 30 de marzo de 2015, que ha colgado en su web: [http://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/dms/ctransp/consejo/informes\\_consultas\\_criterios/Informes/informes\\_abogaciaestado/IINFORME\\_acceso\\_archivocentral\\_MEYSS/IINFORME\\_AE\\_registro\\_central\\_meyss.pdf](http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/dms/ctransp/consejo/informes_consultas_criterios/Informes/informes_abogaciaestado/IINFORME_acceso_archivocentral_MEYSS/IINFORME_AE_registro_central_meyss.pdf)

30. Véase en este sentido, por todas, la Resolución 53/2016, de 1 de marzo.

31. Por todas, véase la STS de 16 de diciembre de 2011, Ar. 2012\2832, en que se concede acceso a expedientes de subvenciones, pese a que se tratara de concesiones de ayudas ya inatacables. Resalta que la condición de interesado en el procedimiento administrativo en el que se originó la documentación no coincide con el concepto a los efectos de ponderar el ejercicio del derecho de acceso a los documentos. Considera que hay que acudir al concepto del artículo 37.3, “empleando una interpretación acorde con los principios constitucionales de participación política, libertad de información y tutela judicial efectiva. Concluimos que por tal interesado a acceder a los documentos administrativos debe entenderse ‘aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella’. [...] Tan especial vinculación del interesado ha de exigirse, en el seno del derecho de acceso a los documentos administrativos, respecto de la información a la que pretende acceder y no del procedimiento al que pertenecen los documentos, como parece propugnar el recurrente. Dicho de otro modo, el interés cualificado que exige el artículo 37.3 ha de proyectarse sobre el contenido de los documentos, pero no sobre el resultado del procedimiento donde se hallan, que bien puede ser totalmente indiferente para el solicitante”.

la referencia al acceso de los investigadores con fines históricos, científicos o estadísticos es un concepto, con reminiscencias del contenido en el artículo 11.2.d) LOPD, que permite la comunicación incontestada de datos para estos fines entre Administraciones Públicas, y que enlaza con un tipo de información (potencialmente obrante, en su mayoría, en archivos históricos) cuyo acceso podría haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la LTBG y dentro de la LPHE, del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, y de la normativa autonómica, y allí sí podría haber tenido sentido un régimen más favorable al acceso y diferente en las modalidades de su práctica con base a estas finalidades. La modificación de la disposición adicional primera ha incluido el acceso a todo tipo de archivos en el ámbito de aplicación de la LTBG, ha sembrado la duda de la vigencia de estos preceptos, y ha complicado el entendimiento y la aplicación de este criterio en el marco omnicompreensivo de aplicación de la LTBG.

De esta forma, el criterio contemplado en esta letra, en su generalidad –y así lo defendí en mi comparecencia en el Congreso, y en un artículo que entregué a los miembros de la Ponencia, posteriormente objeto de publicación<sup>32</sup>, supone un torpedo en la línea de flotación del derecho de acceso como derecho autónomo vinculado a la ciudadanía y la igualdad de todos en el conocimiento de la información pública. Supone un desconocimiento grave del sentido del derecho como derecho de ciudadanía para la participación y el control democráticos, dando prevalencia en la ponderación a su uso como instrumento al servicio de la tutela de otros derechos individuales, o introduciendo diferencias de trato en función de la cualidad del solicitante y de la justificación de intereses particulares, ajenos a la lógica del derecho y del resto del articulado de la LTBG, que excluye expresamente la necesidad de acreditar interés alguno o de motivar las solicitudes, ¡o del propio parámetro inserto en el mismo apartado que, de forma correcta, habla de ponderar con “el interés público en la divulgación”! Al igual que la previsión del artículo 14 sobre la concurrencia de un interés público “o privado” superior, nos saca de este modo del correcto entendimiento de la naturaleza y función del derecho de acceso, y

32. “El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012, pp. 89-134, en pp. 121-122.

nos sitúa en la marginalidad respecto a la normativa europea y la mayoría de normas del derecho comparado.

Téngase en cuenta, por lo demás, que la previsión es profundamente ineficaz, puesto que una vez concedida la información a cualquier solicitante este puede hacerla circular libremente a personas en quienes no concurren estas condiciones.

Por otra parte, se acogen dos criterios que parecen confundirse, al menos parcialmente, con los principios generales sentados en los apartados anteriores del propio artículo 15:

*c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos.*

Su origen está de nuevo en la propuesta de la AEPD, que, a su vez, trae causa nuevamente de su querencia a una interpretación directamente tributaria de la normativa sobre protección de datos, inspirada en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aplicado fuera de contexto. Tal vez se pueda tratar de dotar de contenido a esta previsión teniendo en cuenta que ya no solo se predica de información relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, de modo que podría interpretarse que lo dispuesto en el apartado tercero se refiere a información en que aparezcan nombres de autoridades o funcionarios, y el criterio contenido en el apartado cuarto apunta a que el nombre de una persona que no se integra en la organización administrativa pero se relaciona con ella (por cualquier título, como representante de intereses colectivos, como solicitante de una licencia, como adjudicatario de un contrato, etc.), si no va acompañado de información por así decirlo “privada” (sus ingresos, sus capacidades...), tampoco obsta para conceder el acceso a la información solicitada por un tercero (o para publicarla activamente, en su caso).

*d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad* (este último supuesto añadido en el Congreso de los Diputados, siguiendo la sugerencia de la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos).

En este caso, la referencia a la “intimidad”, concepto que había sido excluido por el Anteproyecto para operar sobre las categorías datos personales-datos especialmente protegidos-datos identificativos, introduce un elemento, como vimos, de confusión en el sistema, a la vista de las imprecisas relaciones entre intimidad y protección de datos.

En todo caso, hay que aclarar que el art. 19.3 LTBG prevé que, si la información solicitada puede afectar a derechos o intereses de terceros, de-

bidamente identificados, se les conceda un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas, informando al solicitante de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. Este precepto no es solo de aplicación cuando está en juego la protección de datos, sino cualquier otro derecho o interés (propiedad intelectual o industrial, intereses comerciales...), y –hay que enfatizarlo– no confiere al afectado un derecho de veto, sino solo la posibilidad de alegar en qué medida la divulgación de la información podría perjudicarlo, para que el órgano pueda ponderar con mayor conocimiento de causa.

## 2.6 La disociación

El apartado quinto del artículo 15 LTBG aclara que “no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas”.

En realidad, podría pensarse que este apartado es tautológico, por cuanto en ese caso la información deja de contener datos personales (pues la normativa sobre protección de datos considera tales los “referidos a personas identificadas o identificables”), pero en la medida en que pueda orientar a los aplicadores de la norma hacia esta modalidad de acceso parcial, conocida de muchas normas sobre acceso en el derecho comparado, puede ser bien recibido. En efecto, en muchas ocasiones, basta la disociación para conseguir un correcto equilibrio entre transparencia y protección de datos<sup>33</sup>, aunque hay que estar a cada caso, ya que, en función de lo singular de la información, en ocasiones las personas a las que va referida siguen siendo identificables.

Por lo demás, cabe traer aquí lo dispuesto en el artículo 5.3 en materia de publicidad activa, según lo cual, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos –por ejemplo, la publicidad de subvenciones asociadas al

---

33. Por ejemplo, con carácter general, para controlar la correcta evaluación de pruebas de oposición, y con ello, la vigencia del acceso por mérito y capacidad, basta comparar el contenido de varios exámenes que hayan obtenido la misma calificación, sin necesidad de conocer la concreta identidad de las personas que los hayan realizado.

apoyo a las personas con discapacidades o enfermedades, u otros tantos que pueden plantearse—.

## 2.7

### La aplicación posterior de la normativa sobre protección de datos

Finalmente, la LTBG prevé que la normativa sobre protección de datos personales es de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso, que, aunque sea innecesaria, contribuye a reforzar la integración de ambos bloques normativos. Ahora bien, no está de más recordar que dicha normativa tiene como presupuesto la integración de los datos en ficheros y su tratamiento, es decir, que fuera de esos presupuestos no cabe invocar la normativa sobre protección de datos para impedir la divulgación general por el solicitante de información de la obtenida conforme a la LTBG.

## 2.8

### La colaboración con la autoridad de protección de datos

A sugerencia de la AEPD se añadió al Proyecto de LTBG lo que se convirtió en la disposición adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que el CTBG y la AEPD adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información, y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en la LTBG y en la LOPD.

En los países donde existe el modelo de doble agencia implantado en España (como Portugal, Italia o Francia, por no alejarnos de nuestro “vecindario”), las relaciones entre ambas han estado tradicionalmente marcadas por cierta tensión y, en ocasiones, por disparidad de criterios. En este sentido, la previsión podría saludarse como positiva. Ahora bien, a nuestro juicio (y no por casualidad) la propuesta viene de la AEPD. Y es que no debe olvidarse que, en coherencia con lo dispuesto en el apartado primero, es la normativa sobre acceso la que se aplica a la publicidad activa o pasiva de información que contiene datos de terceros, y en ese sentido, siendo deseable una interpretación armónica de ambos bloques normativos, dicha interpretación ha sido precisamente la efectuada por el legislador en el artículo 15 LTBG, y su interpretación, como la del resto del articulado de dicha LTBG, es de la competencia de las autoridades de transparencia.

## 2.9

### **Las relaciones entre publicidad y protección de datos en los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)**

El Consejo de Transparencia y Protección de Datos ha aprobado cuatro criterios interpretativos que tienen directa relación con este límite, y que solo vinculan, claro, a las autoridades estatales o a las autonómicas y locales de aquellas comunidades autónomas que han suscrito convenio con el Estado, para que sea el Consejo estatal el que conozca de reclamaciones contra las resoluciones de las entidades de su ámbito territorial.

– En el Criterio 1/2015, de 24 de junio, sobre el alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus relaciones de puestos de trabajo, catálogos, plantillas orgánicas, etc., y las retribuciones de sus empleados o funcionarios, considera que si la información contribuye a un mejor conocimiento de la organización y funcionamiento o de la asignación de recursos públicos, hay un interés público superior en el acceso. Considera que en la información referente a puestos de trabajo de mayor nivel de responsabilidad y autonomía en la toma de decisiones, o cuya provisión se realiza con un cierto grado de discrecionalidad o se justifica por una especial relación de confianza, como regla general prevalece, y no así en los casos contrarios.

– En el Criterio 2/2015, de 24 de junio, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso, parte de la constatación de que “viene observando una interpretación extensiva de los conceptos contenidos en determinados límites respecto de los cuales resulta conveniente identificar y precisar los criterios y condiciones que justifican su aplicación.” Establece cuál debe de ser el orden en el análisis de los límites. Debe comenzarse por analizar el relativo a la protección de datos, estudiando, sucesivamente, si los hay, si son especialmente protegidos (y en ese caso si se dan las condiciones excepcionales para el acceso), si son meramente relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondiente (y en ese supuesto concediendo el acceso con carácter general, salvo que en el caso concreto prevalezcan la protección de datos personales y otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación), o, en caso de que no sean ni de un tipo ni de otro, procediendo a la ponderación.

– En el Criterio 4/2015, de 23 de julio, sobre DNI y firma, considera que debe omitirse en la información a facilitar el dato del DNI de los cargos y empleados públicos o de personas que se relacionan con la Administra-

ción, y, respecto de la firma manuscrita, que aunque en el caso de los cargos y empleados públicos puede facilitarse, una buena práctica sería omitirla y sustituirla con una mención de constancia de la firma en el original.

– Finalmente, en el Criterio 2/2016, de 5 de julio, sobre información relativa a las agendas de los responsables públicos, se analiza el acceso a información relacionada con las reuniones celebradas por miembros del Gobierno, altos cargos o empleados públicos y representantes o empleados del equipo de dirección de entidades privadas. Los criterios para las solicitudes de información sobre las agendas de responsables públicos en que no concurre una específica motivación, y siempre que no revelen datos especialmente protegidos, deben ser que la ponderación sería más favorable al acceso de los datos cuanto mayor fuera la responsabilidad del interviniente en la reunión en la posible toma de decisiones derivada de la misma, y cuando su identidad tuviera un carácter público como consecuencia de las reglas de publicidad que se han mencionado con anterioridad. Por el contrario, la ponderación operaría en contra del acceso en los supuestos en los que la identidad del participante en la reunión no aportara un elemento añadido a la descripción del órgano o entidad en que prestara sus servicios, teniendo en cuenta su posición jerárquica dentro del mismo y, por ende, la influencia en el proceso de toma de decisiones de la organización en relación con las cuestiones tratadas en la reunión y las funciones del participante, quedando plenamente satisfecho el objetivo de la transparencia con el conocimiento del órgano al que pertenece. De este modo, sería posible facilitar la información en los siguientes casos: a) cuando se trate de sujetos obligados por la LTAIBG: los participantes en las reuniones que tuvieran la condición de miembros del Gobierno, altos cargos, directivos públicos profesionales, titulares de las subdirecciones generales o unidades asimiladas, de las subdelegaciones del Gobierno en las provincias, titulares de los órganos directivos de las agencias estatales, entes y otros organismos públicos que tengan atribuida la condición de directivos en los estatutos o normativa reguladora de estos, así como personal eventual con nivel jerárquico asimilado y que desarrolle funciones directivas, y personal eventual que desarrolle funciones que incidan en el proceso de toma de decisiones de la entidad; b) cuando se trate de entidades privadas: aquellos que ostentasen la condición de administradores, miembros del órgano de gobierno o dirección en su caso, y altos directivos o asimilados. Cuando los participantes fuesen asesores o consultores de una entidad de derecho privado, la información se limitaría a indicar esta circunstancia, sin incluir otra información identificativa del asesor o consultor. En los restantes supuestos, el criterio general que resultaría aplicable sería el de indicar, en el ámbito de los sujetos obligados, el órgano o unidad al que pertenezcan los intervinientes y, tratándose de enti-

dades privadas, la indicación de la entidad o, en el caso de las que no tuviesen la condición de PYMES, del órgano o departamento de la misma en que se integrasen los participantes (por ejemplo, entre otros, departamento de cumplimiento normativo, departamento de relaciones institucionales, asesoría jurídica o dirección financiera). En estos casos en que como regla prevalece la reserva, si la solicitud de información aportó una concreta motivación, puede servir para justificar la prevalencia también en estos casos del interés público superior en el conocimiento de la información. Si hay dudas sobre el sentido de la ponderación, sería posible dar traslado a la persona física afectada conforme a lo establecido en el artículo 19.3. Cuando las reuniones se celebren con personas físicas, deberá ponderarse en cada caso la procedencia del otorgamiento del acceso atendiendo a la condición de dicha persona y condición en que asiste a la reunión (persona experta, particular, etc.), sin que sea posible establecer un criterio general de ponderación en estos casos. No será necesario ponderar ni dar traslado al afectado si dio su consentimiento previo para que pueda facilitarse la información, y es un consentimiento libre, inequívoco, específico e informado, no siendo admisible un consentimiento que operase como condición para la celebración de la reunión. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento y corresponde al responsable del tratamiento la prueba de su existencia.

### 3

#### **Las relaciones entre publicidad y protección de datos en las leyes autonómicas de transparencia**

La regulación de los límites al derecho de acceso a la información tiene carácter básico, de conformidad con la disposición final octava LTBG (que ape- la al artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, pero también al 149.1.1.<sup>a</sup> y al 149.1.13.<sup>a</sup>)<sup>34</sup>. Siendo así, podía esperarse que las leyes autonómicas (que son de aplicación no solo a los entes autonómicos, sino también a las entidades locales respectivas) no regularan los límites o se limitaran al reenvío a la re-

34. Dejando a estos efectos al margen si las “condiciones básicas” del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> son equivalentes a las “bases” del 149.1.13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup>, y dejando constancia de la indefinición legal de qué artículos de la LTBG se apoyan competencialmente en uno u otro título. Puede especularse que la regulación de la transparencia y el acceso a la información pública deriva del 149.1.18.<sup>a</sup>, la parte de buen gobierno, que implica básicamente sanciones a altos cargos por incumplimiento de la normativa presupuestaria del 149.1.13.<sup>a</sup>, y la garantía de la existencia de una autoridad independiente de control en materia de transparencia y acceso a la información del 149.1.1.<sup>a</sup>, a semejanza.

gulación del art. 15 LTBG o a su reproducción. Este ha sido el proceder más común, aunque con matices.

En el caso de las leyes autonómicas aprobadas antes de la LTBG y aún en vigor, sus preceptos vienen a reproducir, con pocas variaciones, el contenido de la redacción del Anteproyecto de Ley, que como sabemos es diferente de la redacción del Proyecto, así como de la Ley<sup>35</sup>. En el caso de las posteriores, la mayoría se remite a la regulación estatal; alguna reproduce literalmente el precepto<sup>36</sup>, y en algún caso (Andalucía, Canarias) se lleva a cabo un reenvío a las normativas de transparencia y protección de datos, que más bien contribuye a la confusión<sup>37</sup>. En el caso de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña, dicha Ley establece como uno de los límites “la intimidad y los demás derechos privados legítimos”, en su artículo 21, en traducción del Convenio Europeo de acceso a los documentos públicos de 2009. Regula a continuación los datos especialmente protegidos en su art. 23, de forma parcialmente diferente a lo establecido en el art. 15.1 de la Ley de Transparencia, pues establece la misma regulación para todos ellos, sin distinguir entre consentimiento expreso y por escrito o datos manifiestamente públicos, para los datos de ideología, religión y creencias, por una parte, y consentimiento expreso, no necesariamente escrito, o previsión legal, por otra, para los datos de salud, vida sexual o infracciones que no conlleven amonestación pública; por el contrario exige siempre y como único supuesto el consentimiento escrito del afectado, que debe acompañar la solicitud (salvo en el caso de infracciones que conlleven amonestación pública). En el artículo 24 se regula la protección de datos personales no especialmente protegidos, de forma similar pero

35. Es el caso de los artículos 24 de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto, y 17 de la Ley extremeña 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto, que añaden, por lo demás, que prevalecerá la protección de los datos personales sobre el derecho de acceso a la información pública en los casos en que el órgano competente para resolver considere que hay un conflicto de derechos en el que debe preservarse el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

36. Artículo 12 de la Ley riojana 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno.

37. Es el caso del artículo 26 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública: “De conformidad con lo previsto en la legislación básica de acceso a la información pública, para la resolución de las solicitudes de acceso a la información pública que contengan datos personales de la propia persona solicitante o de terceras personas, se estará a lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”. La Ley canaria 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, reproduce el artículo 15 LTBG en su artículo 38, pero en su apartado primero dice: “Las solicitudes de acceso a información que contenga datos personales especialmente protegidos se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la legislación básica reguladora del derecho de acceso a la información pública”.

no coincidente con las bases estatales, ya que se establecen como criterios: a) el tiempo transcurrido; b) la finalidad del acceso, especialmente si es histórica, estadística o científica, y las garantías que se ofrezcan; c) el hecho de que se trate de datos relativos a menores de edad; d) el hecho de que puedan afectar a la seguridad de las personas. Además, se dispone que las solicitudes de acceso a la información pública que se refieran solamente a datos personales del solicitante deban resolverse de acuerdo con la regulación del derecho de acceso establecida por la legislación de protección de datos de carácter personal. Asimismo, el artículo 42.8 prevé que, si la denegación que da origen a la reclamación se ha fundamentado en la protección de datos personales, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso, que es la autoridad independiente catalana competente para resolverla, debe solicitar informe a la Autoridad Catalana de Protección de Datos, el cual debe ser emitido en el plazo de quince días<sup>38</sup>.

#### 4

### Un apunte sobre las relaciones entre publicidad y protección de datos en el acceso a información personal por representantes locales

Una cuestión de gran interés es cuál haya de ser la interpretación del régimen de acceso de los representantes locales a la información en poder de su respectiva Administración local.

La disposición adicional primera de la LTBG establece en su apartado segundo que “se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con ca-

38. Hay que reseñar que, como excepción, en el País Vasco se han regulado la transparencia y el acceso a la información en poder de los entes locales vascos en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. Su artículo 62 regula los límites a la transparencia en su ámbito de aplicación, del siguiente modo: “4.- Si la solicitud de acceso se refiere a información pública que contenga datos personales, se aplicará la normativa en materia de acceso a la información pública, salvo que tal información contenga datos que se refieran exclusivamente a quien lo solicita. En el caso del otorgamiento del acceso se podrá acceder a la información íntegra. 5.- En el supuesto de acceso a datos personales especialmente protegidos, se estará a lo previsto en la legislación de protección de datos. 6.- Cuando la solicitud de información tenga por objeto la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, se dará preferencia aplicativa al derecho de acceso a la información pública. 7.- En los demás supuestos, cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el acceso a la misma se llevará a cabo previa ponderación suficientemente motivada del interés público en la difusión de la información pública y, en su caso, los derechos de las personas afectadas, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La ponderación tomará en cuenta los criterios establecidos en la legislación básica en materia de transparencia. 8.- En todo caso, lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación si previamente la entidad local lleva a cabo una disociación de los datos de carácter personal mediante la cual se impida la identificación de las personas afectadas”.

rácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”.

Una de esas materias es el acceso por los representantes locales a la información en poder de su respectiva Administración. Como es sabido, el art. 77 LBRL se limita a señalar que “todos los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde o presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado”. No diseña un régimen material, que se encuentra en la normativa de desarrollo autonómica o, en su defecto, en los artículos 14 a 16 del ROF, que establecen, respectivamente, el silencio positivo, los casos excepcionales en que se puede acceder a la información sin necesidad de autorización, y que restringe los modos de consulta, siendo la consulta *in situ* la regla general, acompañada del deber de guardar reserva sobre la información consultada.

Esta normativa ha de ser ahora cohonestada con la normativa sobre transparencia que hemos analizado, partiendo del principio de que en ningún caso los concejales, como representantes de los ciudadanos democráticamente elegidos, pueden entenderse situados en una peor condición para acceder a la información municipal que los propios ciudadanos. Esta regla debe proyectarse sobre cualquier interpretación de las reglas establecidas en la normativa local.

Aplicado a nuestro tema de estudio, y al margen, pues, de cuestiones procedimentales, un tema crucial es qué límites han de jugar en el acceso de los concejales a la información. La LBRL y el ROF no se refieren a ello, si bien permiten al alcalde o presidente denegar motivadamente las solicitudes. Esta indefinición legal acompañada de esta libertad de decisión de los alcaldes o presidentes colisiona desde luego con los principios elementales de nuestra Constitución (interdicción de la arbitrariedad, reserva de ley para la limitación de los derechos, necesidad de que los posibles límites establecidos por la ley tengan fundamento en preceptos constitucionales y sean proporcionados...). Al respecto, en cuanto al catálogo de límites establecidos en la LTBG, ¿ha de entenderse vigente también en el acceso de los concejales? ¿O son de aplicación tan solo los límites constitucionales referidos por el artículo 105.b) de la Constitución, esto es, “la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”? Obsérvese, por lo que respecta a este trabajo, que se habla del concepto más restringido de “intimidad” y no del más amplio de “protección de datos”. En todo caso, incluso en el supuesto de que se considerara que deben jugar los límites previstos en la LTBG, cabe

plantearse, bajo la enseña del principio que formulamos en la letra a), si respecto de estos habrían de jugar de una forma más atenuada, en la medida en que la función política de los concejales conecta directamente con el art. 23 CE. En particular, el límite más habitual es el relativo al derecho a la intimidad y a la protección de datos, en que, como se dijo, y en síntesis, el principio más general es que, cuando se trata de datos personales no especialmente protegidos, hay que ponderar el perjuicio que supondría para el afectado su revelación y el interés público para la transparencia (ergo, para la participación y el control ciudadanos, en este caso a través de sus representantes).

Además, a diferencia de la LTBG, que permite al ciudadano difundir cualquier información que obtenga a través del ejercicio del derecho de acceso (es más, se potencia, como vimos, la publicidad activa por la propia Administración de toda información que haya sido facilitada por esta vía), la normativa local impone a los miembros de la corporación el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio. Todo ello lleva a concluir que la protección de datos no puede suponer una “excusa” para ocultar información relevante para el ejercicio de la función del concejal conectada con el art. 23 CE<sup>39</sup>.

Esta interpretación, que sostuve desde la aprobación de la LTBG<sup>40</sup>, se encuentra en línea con un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2015, en que señalaba, en relación con el acceso a información por electos autonómicos, pero plenamente extrapolable a los electos locales, lo siguiente: “Ya al margen de las circunstancias

39. En ese sentido, la propia jurisprudencia viene reconociendo el derecho de los concejales (a diferencia del común de los ciudadanos) a acceder a datos del padrón para poder ejercer su labor de control y crítica. Un tanto más restrictiva, como suele ocurrir, es la visión de la Agencia Española de Protección de Datos, que considera que en las transmisiones de información a los concejales hay una cesión de datos (lo que es discutible pues se trata de miembros de la propia corporación y no de terceras personas) y por ende cualquier transmisión debe estar justificada conforme al principio de proporcionalidad (así, en el Informe 0016/2013, en un caso de solicitud de un concejal del acceso a información sobre la identidad de las personas que tienen asignados teléfonos móviles corporativos, así como el registro de llamadas entrantes y salientes, considera que la primera es proporcionada pero la segunda no).

40. Entre otros, en “L’aplicació de la Llei de transparència en les entitats locals”, en VILLORIA, M. (dir.) y FORCADELL, X. (coord.), *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*, Diputació de Barcelona/Mancomunitat de Catalunya, Barcelona, 2015, pp. 93 a 107; y en su versión actualizada en castellano “La aplicación de la Ley de Transparencia en las entidades locales”, en VILLORIA MENDIETA, M. (dir.) y FORCADELL ESTELLER, X. (coord.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos/Diputación de Barcelona, Madrid, 2016.

propias de este litigio y como consideración de futuro, hay que decir que, tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, y tras la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunidad Valenciana, el derecho de los parlamentarios a la información pública no puede sino verse fortalecido. En efecto, a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto de acceso a la información y a los documentos públicos no solo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer un plus añadido imprescindible” (FJ 8.º).

En conexión con este tema, otro del máximo interés que se encuentra en estos momentos en proceso de definición es el de si los representantes locales pueden plantear reclamación ante las autoridades administrativas de transparencia, en caso de que vean denegado o limitado su derecho de acceder a la información en poder de su respectiva Administración local. No podemos entrar aquí a fondo en este tema, por cuestiones de espacio de objeto de este trabajo, pero cabe apuntar que el Consejo de Transparencia estatal, y, siguiéndole, diversos Consejos autonómicos, interpretan que, cuando un concejal o diputado autonómico solicita información, son de aplicación alternativa dos bloques normativos: el que regula el derecho de acceso a la información por parte de los representantes políticos, en su calidad de tales, con sus propias condiciones procedimentales, sustantivas y de garantías; y el que regula el derecho de acceso a la información por los ciudadanos, entre los que se encuentran, también, los representantes políticos, con sus condiciones procedimentales, sustantivas y de garantías. El representante político goza de plena libertad para determinar el bloque normativo aplicable, bastándole para ello decidir si actúa como representante político o como ciudadano, invocando una u otra normativa y siguiendo uno u otro procedimiento. Una vía es la de la normativa local, que “será la vía habitual y ordinaria de ejercicio del derecho fundamental de referencia debido, sobre todo, tanto al alcance del acceso a la información como a las garantías jurisdiccionales que incorpora”, y la otra, la de la Ley de Transparencia, conforme a sus reglas y sus propios mecanismos de recurso, incluida la reclamación ante la autoridad independiente, que no cabe, sin embargo, en la primera<sup>41</sup>.

41. Así lo ha determinado en la respuesta a una consulta de una autoridad independiente autonómica de transparencia (“Consulta sobre aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno a Concejales”, formulada

El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía también ha acogido esta postura<sup>42</sup>, pero ha ido incluso más allá, al considerar que un electo autonómico que no obtuvo respuesta a su solicitud de información en vía parlamentaria no puede solicitar posteriormente información como ciudadano apelando a la Ley de Transparencia, y reclamar ante la Autoridad independiente de transparencia tras un nuevo silencio<sup>43</sup>.

Otras autoridades autonómicas han sido mucho más favorables a la efectividad del derecho de acceso de los electos locales y autonómicos, destacando la de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, que ha admitido su competencia (en el caso de los parlamentarios autonómicos, establecida en el propio Reglamento del Parlamento de Cataluña, tras su reforma en 2015<sup>44</sup>)<sup>45</sup>. En efecto, la Comisión admite siempre a trámite las reclamaciones de electos locales, a las que, si se identifican como tales y piden información a su respectivo ente local, les aplica el régimen de la normativa local (en Cataluña, el artículo 164 del Texto refundido de la Ley de Régimen Local de Cataluña, que es más

---

por el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, N/REF: C0105/2015, de 18 de febrero de 2016). Ha aplicado este criterio en las resoluciones 51/2016 y 56/2016, de 15 de junio; 71/2016, de 12 de julio; 192, 194, 195, 196 y 201/2016, de 5 de diciembre; 198/2016, de 7 de diciembre; 202/2016, de 16 de diciembre; 193 y 197/2016, de 27 de diciembre; y 199, 200 y 203/2016, de 28 de diciembre. Lo sigue la Comisión de Transparencia de Castilla y León (resoluciones 13/2016, de 9 de junio; 21/2016, de 21 de julio; 25/2016, de 8 de agosto; y 30/2016, de 7 de septiembre).

42. Consulta 1/2016, de 11 de mayo; resoluciones 56/2016, de 13 de julio, 82/2016, de 3 de agosto, 86/2016, de 7 de septiembre, y 89/2016, de 14 de septiembre.

43. Las resoluciones 96 y 97/2016, de 19 de octubre, conocen la reclamación de una parlamentaria andaluza, que formuló su solicitud a través del Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía, en relación, en el primer caso, con el dinero recuperado de subvenciones al programa de formación profesional para el empleo, y en el segundo, con el dinero reclamado y recuperado de los expedientes de regulación de empleo. Apelaba a la Ley de Transparencia, pero el Consejo andaluz estima que puesto que solicitó esa información con anterioridad por vía parlamentaria (obteniendo en ambos casos el silencio) no puede ahora interponer la reclamación como ciudadana, e inadmite las reclamaciones, con este argumento: “Tras el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso, no puede sino llegarse a la conclusión de que con la solicitud de información formalmente presentada al amparo de la LTPA no se pretendía sino proyectar, prolongar o extender artificialmente a un ámbito institucional ajeno la función de control político del Gobierno que corresponde a la ahora reclamante en cuanto miembro del Parlamento [...]”. Se han planteado recursos judiciales contra estas resoluciones.

44. Art. 8.6: “Los diputados pueden hacer valer su derecho de acceso a la información mediante los mecanismos de garantía establecidos con carácter general por la legislación de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La utilización de esta vía es compatible con la aplicación de las demás medidas establecidas por el presente reglamento y no excluye dicha aplicación”.

45. El Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, paradójicamente, puesto que es el que formuló la consulta al CTBG que dio origen a esta doctrina, ha admitido también su competencia incluso cuando la solicitud se presentó invocando la normativa local (resoluciones 30 y 36/2015, de 17 de mayo de 2016).

favorable que el estatal, con plazo de resolución de 4 días y derecho incondicionado a copia, entre otros), y supletoriamente, en lo que resulte más favorable, la Ley de Transparencia autonómica. Este criterio lo aplica cualquiera que sea la normativa que se haya invocado, de transparencia, local o ninguna, al considerar que la normativa reguladora de las reclamaciones no exige la invocación de normativa alguna<sup>46</sup>. Nos parece la postura más convincente, habida cuenta de lo artificial de reconocer en una misma persona una doble condición, de representante y de ciudadano, que le permita elegir libremente en calidad de qué actuar y que paradójicamente le dé menos garantías de recurso gratuito, rápido y efectivo cuando actúa como ciudadano que cuando actúa como representante político de estos. Creemos que, creado un sistema adicional y operativo de garantía por una Ley de 2013, es difícil convencer a un jurista e imposible explicar a un ciudadano que los representantes políticos no puedan acceder a él, salvo “camuflados” de ciudadanos de a pie. Y que el mayor sentido de la referencia de la disposición adicional primera de la LTBG a su supletoriedad en los casos en que existe una regulación específica es, precisamente, proveer de esta garantía adicional a normativas que, como la de los electos o la ambiental, fueron abanderadas y pioneras en el reconocimiento del derecho de acceso, precisamente habida cuenta de la trascendencia para la sociedad, y para la participación ciudadana en los asuntos públicos, del flujo de información en esos ámbitos.

Es más, en la doctrina de la Comisión de Garantía catalana, la condición de electo local juega en sentido favorable a una mayor posibilidad de acceso a la información (por ejemplo, en la interpretación de los límites), ya que, conectada con la obligación de confidencialidad establecida en la normativa local, permite una interpretación más generosa.

Es en particular el caso de la protección de datos que aquí examinamos. Así, se ha considerado que un grupo municipal de la oposición tiene derecho a acceder a información sobre infracciones y sanciones prescritas referidas a cargos electos, personal directivo, de confianza y eventual de la Administración municipal y de sus entes instrumentales –puesto que el límite que juega en la normativa local catalana es el de la intimidad<sup>47</sup> y no

46. La lista de resoluciones es extensa. Por todas, Resolución de 7 de julio de 2016, 34/2016. Se ha planteado recurso judicial contra alguna de estas resoluciones, de modo que se está a la espera de la validación judicial o no de esta doctrina.

47. Artículo 164.3.a) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

el de la protección de datos<sup>48</sup>—, o a información sobre las condiciones laborales de los trabajadores de empresas contratistas, sobre el coste del cumplimiento de un convenio con una asociación privada y sobre el salario de los trabajadores municipales<sup>49</sup>.

---

48. Resoluciones acumuladas 78, 116, 117 y 118/2016, de 14 de septiembre. Al respecto, se entiende que si quien solicitara la identificación fuera un ciudadano, y no un concejal (en este caso, un grupo municipal), se tendría que denegar el acceso por imperativo del límite contenido en la normativa sobre transparencia, ya que se trata de un dato especialmente protegido, y el acceso se condiciona en este caso al consentimiento expreso del afectado o a que una norma con rango de ley lo ampare. “Sin embargo, la posición de los concejales es distinta de la de la generalidad de la ciudadanía”. La normativa local no se apoya en los conceptos de “datos personales” y “datos especialmente protegidos”, sino en el de “intimidad”. Ciertamente las categorías de “dato íntimo” y “dato especialmente protegido” en gran medida se yuxtaponen, pero “no parece ser el caso de determinados datos relativos a la comisión de infracciones y sanciones administrativas”, como no lo eran en el artículo 37 de la Ley 30/1992 y como piensa un amplio sector doctrinal. En todo caso, no quedaría afectada la intimidad si no se da acceso al conocimiento de las concretas infracciones cometidas (que pueden revelar datos de salud, vida sexual...), sino sobre el número de denuncias y sanciones administrativas archivadas en relación con una determinada persona, “y menos aún si esta persona tiene la condición de cargo electo, de alto cargo o de personal directivo de la Administración municipal o de sus entes instrumentales. En cambio, existe un interés público evidente en el control del correcto ejercicio de la potestad sancionadora municipal, y el acceso por parte de los concejales de la oposición a la identidad de los cargos públicos municipales a los que se han archivado expedientes sancionadores en un período de tiempo determinado es necesario a fin de que aquellos puedan ejercer debidamente su tarea esencial de control y fiscalización de la actividad del consistorio (artículos 22.2.a LBRL y 52.2.a TRLMRLC) y detecten eventuales negligencias y tratos de favor. Las consecuencias de este acceso se encuentran, además, limitadas por el deber de reserva o confidencialidad impuesto a los concejales por el artículo 164.6 TRLMRLC, y que el propio grupo municipal reclamante se compromete a observar en su escrito de solicitud”. Así que se considera que ha de entregarse la información con una lista nominal de los cargos públicos que contenga tan solo el cargo, el número total de expedientes sancionadores archivados y el motivo del archivo.

49. Resolución 142/2016, de 28 de septiembre. La GAIP reitera la misma doctrina sobre su competencia y sale al paso de la alegación de un informe del secretario municipal sobre la no aplicación supletoria de esta garantía. La GAIP considera que la regulación del derecho de acceso de la Ley de Transparencia no es aplicable a los electos locales en aquello que pueda resultar más restrictivo, pero sí en lo que pueda reforzar su derecho de acceso, de modo que si cualquier ciudadano puede pedir a la Administración datos de sus contratistas directamente relacionados con el contrato suscrito, con más motivo lo tienen que poder hacer los cargos electos locales.

# Las relaciones interadministrativas en la nueva Ley de régimen jurídico del sector público<sup>1</sup>

MARC VILALTA REIXACH

*Profesor lector de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona*

1. **Introducción**
2. **Ámbito de aplicación de la LRJSP y principios generales de las relaciones interadministrativas**
  - 2.1. Principio de colaboración
  - 2.2. Principio de cooperación
  - 2.3. Principio de coordinación
3. **Las técnicas de cooperación**
  - 3.1. Técnicas orgánicas de cooperación
    - 3.1.1. Órganos de cooperación
    - 3.1.2. Conferencia de Presidentes
    - 3.1.3. Las conferencias sectoriales
    - 3.1.4. Comisiones bilaterales de cooperación
    - 3.1.5. Comisiones territoriales de coordinación
  - 3.2. Técnicas funcionales de cooperación. En particular, los convenios administrativos
    - 3.2.1. El concepto legal de convenios administrativos
    - 3.2.2. Régimen jurídico de los convenios administrativos
4. **A modo de conclusión**

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación de las relaciones interadministrativas prevista en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre,

*Artículo recibido el 23/05/2017; aceptado el 05/07/2017.*

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2015-65148-C2-2-P, con el título *Nuevas formas de administración en la colaboración público-privada: BIDS y ECAS*, del que es investigador principal el Dr. Alfredo GALÁN GALÁN.

de Régimen Jurídico del Sector Público. En este sentido, se estudia, en primer lugar, la definición de los diferentes principios generales de relación entre las diferentes Administraciones Públicas prevista por la Ley; para pasar, seguidamente, a examinar con más detalle las principales novedades introducidas por la LRJSP en relación con las diferentes técnicas, tanto orgánicas como funcionales, para llevar a cabo cada uno de dichos principios.

Palabras clave: *relaciones interadministrativas; convenios; colaboración; cooperación.*

### ***The inter-administrative relations in the new Law on the Public Sector***

#### **Abstract**

*This paper aims to analyse the regulation of inter-administrative relations under the new Law 40/2015, of 1 October, on the Public Sector. In this regard, it studies first the definition of the various general principles of inter-administrative relations prescribed by the Law; to subsequently review in more detail the major innovations introduced by Law 40/2015 in relation to different techniques, both organic and functional, to carry out each of the principles.*

*Keywords:* inter-administrative relations; inter-administrative agreements; collaboration; cooperation.

## **1**

### **Introducción**

Aunque, como tempranamente ha subrayado la doctrina, las nuevas leyes reguladoras del régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común, aprobadas en el mes de octubre de 2015, presentan un escaso alcance innovador<sup>2</sup>, lo cierto es que la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

2. En este sentido, y aun refiriéndose a los proyectos de ley, SANTAMARÍA PASTOR afirmaba que estos no pasarían precisamente a la historia, “por tratarse de operaciones normativas de refundición legislativa material, con diversas reformas micro que no afectan con intensidad a ninguna de las instituciones capitales de los temas que abordan”. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas y

de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), sí que se ha ocupado de regular ampliamente un aspecto que, hasta ahora, había quedado parcialmente desatendido: las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas.

En efecto, a pesar de la enorme importancia que tienen las relaciones entre los distintos niveles de Gobierno y Administración en nuestro modelo de organización territorial, la regulación de las relaciones interadministrativas prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), ha sido calificada habitualmente de parca y fragmentaria<sup>3</sup>. No solo porque se circunscribe únicamente a las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas –remitiendo la regulación de las relaciones entre estas y los entes locales a lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL)–, sino también porque se limita a prever algunos instrumentos o fórmulas generales de colaboración entre Administraciones, pero sin establecer realmente una regulación sustantiva de cada uno de ellos.

En este contexto, y como señala expresamente su Preámbulo, uno de los objetivos de la LRJSP ha sido establecer un régimen completo de las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas. Para ello, como veremos a continuación, en su Título III –“Relaciones interadministrativas”– la Ley regula de forma sistemática no solo los principios que rigen dichas relaciones, sino también los concretos instrumentos mediante los cuales se articulan dichos principios.

Es cierto que, como apuntábamos anteriormente, en esta materia la regulación de la LRJSP no resulta tampoco absolutamente novedosa u original, sino que, principalmente, supone un desarrollo de normas e instituciones hoy ya vigentes (especialmente de las mencionadas LRJPAC y LBRL)<sup>4</sup>. Sin

---

de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, p. 15.

3. Sobre la regulación de las relaciones interadministrativas en la LRJPAC podemos citar, entre muchos otros, MAURI MAJÓS, J., “Administraciones Públicas, sus relaciones y los órganos administrativos”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 79-108; ALBERTÍ ROVIRA, E., “Relaciones entre las Administraciones Públicas”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 41-70; o FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Marcial Pons – Diputación de Barcelona, Madrid, 2000, *in totum*.

4. Nuevamente, compartimos la opinión de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *op. cit.*, p. 4.

embargo, no debemos tampoco menospreciar la importancia de la nueva regulación, por cuanto supone un paso más en el establecimiento, con carácter básico, de un modelo general de relaciones interadministrativas en nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso, y antes de avanzar en el estudio de todas estas cuestiones, debemos advertir al lector que nos resultaría ciertamente complejo exponer de forma exhaustiva, en las páginas que siguen a continuación, el completo sistema de relaciones entre Administraciones Públicas previsto por la LRJSP. Es por ello que para poder valorar, siquiera superficialmente, sus principales novedades, y examinar algunos de los problemas que plantea, dividiremos nuestra exposición en dos grandes apartados: en primer lugar, haremos referencia a su ámbito de aplicación y a los principios generales de las relaciones interadministrativas, y, en segundo lugar, examinaremos las técnicas de cooperación previstas en la Ley, prestando especial atención a los convenios administrativos, que, como se ha apuntado en muchas ocasiones, constituyen actualmente el instrumento por excelencia a través del cual se articulan las relaciones de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas<sup>5</sup>.

## 2

### Ámbito de aplicación de la LRJSP y principios generales de las relaciones interadministrativas

Uno de los objetivos específicos de la LRJSP consiste en establecer una regulación integral de las relaciones interadministrativas, que sea aplicable por *todas* las Administraciones Públicas. En consecuencia, podemos afirmar que el ámbito de aplicación de la nueva Ley en esta materia es sensiblemente más amplio que el previsto anteriormente por la LRJPAC, por cuanto se aplicará no solo por las Administraciones estatal y autonómicas –como venía sucediendo hasta ahora–<sup>6</sup>, sino también en lo que a las relaciones de estas con las entidades que integran la Administración local se refiere.

Este carácter de norma común –para el conjunto de las Administraciones Públicas españolas– del sistema de relaciones interadministrativas previsto en la nueva Ley, se plasma claramente no solo en la delimitación de su ámbito subjetivo (art. 2 LRJSP), sino también, sobre todo, en el artículo 140.2 de la

5. En este sentido, y entre muchos otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup>, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 19; o MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pp. 24-27.

6. Cfr. art. 9 LRJPAC.

LRJSP, que prevé el carácter meramente supletorio de la LBRL para regular las relaciones de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las comunidades autónomas con las entidades que integran la Administración local.

En nuestra opinión, el hecho de regular en un solo texto normativo los principios generales y los elementos comunes a los diferentes instrumentos o técnicas de relación entre Administraciones Públicas puede resultar plenamente justificado, porque, de este modo, se da un tratamiento unitario a un mismo objeto normativo. No obstante, ello puede plantearnos también algunos interrogantes, por ejemplo, a la hora de analizar la relación entre la normativa general prevista en la LRJSP y la normativa específica prevista en el ámbito local. Más adelante volveremos sobre ello.

Más cuestionable, quizá, podría ser el grado de detalle con que el legislador básico estatal ha regulado algunos aspectos de esta materia. Es el caso, por ejemplo, del régimen jurídico de los convenios administrativos, en el que se concretan muy detalladamente cuestiones que, aunque relevantes, resultan poco trascendentes de cara a la configuración de un verdadero sistema general de relaciones interadministrativas. En este sentido, debemos recordar que el carácter básico de la Ley 40/2015, de 1 de octubre –dictada al amparo, entre otros títulos competenciales, del artículo 149.1.18 de la Constitución–, no excluye la facultad del legislador autonómico para realizar un tratamiento común de las relaciones entre la Administración autonómica y los entes locales, así como de aquellas que puedan entablar los entes locales entre sí, sino que –como se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2010, de 28 de junio (F.J. 100)– únicamente impone su respeto a la legislación básica estatal<sup>7</sup>.

Al margen de las anteriores cuestiones competenciales, para valorar el alcance y contenido del nuevo Título III de la LRJSP, podemos comenzar haciendo referencia a los principios generales de relación entre las distintas Administraciones Públicas que se recogen en el artículo 140.1 de la LRJSP, por cuanto en ellos encontraremos algunas de las primeras novedades de la LRJSP en esta materia. Así, aunque es cierto que dicho precepto parte de un esquema conceptual similar al previsto en los artículos 3.2 y 4 de la LRJPAC,

7. En este sentido, por ejemplo, GRACIA RETORTILLO, R. y VILALTA REIXACH, M., “Las relaciones interadministrativas de las Administraciones Públicas de Cataluña”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2011, p. 674; o VELASCO CABALLERO, F., “Régimen local y estatutos de autonomía tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto catalán”, en COSCULLUELA MONTANER, L. y CARBONELL PORRAS, E. (dirs.), *Reforma estatutaria y régimen local*, Civitas – Thompson Reuters – Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2011, pp. 106-107.

la enumeración de los principios generales que rigen las relaciones interadministrativas no debe verse como una mera reproducción de la normativa anterior. Más bien al contrario.

En primer lugar, entendemos que la regulación del artículo 140.1 de la LRJSP resulta más completa y sistemática que la anterior. No solo porque, a diferencia del anterior artículo 4 de la LRJPAC, se identifican más claramente cuáles son dichos principios relacionales, sino porque, además, junto con principios tradicionales de nuestro derecho administrativo –como el principio de lealtad institucional, el principio de colaboración o el principio de coordinación–, el artículo 140.1 de la LRJSP añade otros principios que, hasta ahora, no habían sido expresamente previstos legalmente en este ámbito concreto –como, por ejemplo, el principio de responsabilidad de cada Administración en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos, el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones o el principio de solidaridad interterritorial–.

Ahora bien, ello no obsta para que podamos seguir cuestionándonos cuál es realmente la utilidad de dicha enumeración. Y es que, como puede apreciarse, no se trata de principios desconocidos por nuestro ordenamiento jurídico o ajenos a la actuación de la Administración Pública en el momento actual. De hecho, algunos de ellos se encuentran recogidos expresamente en la Constitución –es el caso de los principios de solidaridad (arts. 2 y 138 CE), de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos (art. 149.1.1 CE) o de eficiencia en la utilización de los recursos públicos (art. 31.2 CE)–, mientras que otros, de una u otra manera, han sido elaborados por la jurisprudencia constitucional –sirva como muestra el principio de cooperación o el principio de lealtad institucional–<sup>8</sup>. Al mismo tiempo, debemos tener también muy presente que, como se ha afirmado, el mero enunciado de estos principios no asegura automáticamente un determinado comportamiento de la Administración, a no ser que se articulen mecanismos que garanticen eficazmente su cumplimiento<sup>9</sup>.

En todo caso, más allá de su simple enumeración, el artículo 140.1 de la LRJSP destaca sobre todo por incorporar también una definición legal de algunos de dichos principios. Es decir, la nueva Ley no solo establece un listado de cuáles son los principios rectores de las relaciones interadministra-

8. A tal efecto pueden verse, entre muchas otras, la STC 181/1982, de 4 de mayo, o la STC 239/2002, de 11 de diciembre.

9. PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, 2.ª edición, Madrid, 1999, p. 75.

tivas, sino que también intenta precisar qué debemos entender por cada uno de ellos.

En nuestra opinión, este esfuerzo definitorio de la Ley –sin perjuicio de las observaciones críticas que realizaremos a continuación– resulta meritorio, por cuanto puede contribuir a clarificar la imprecisión terminológica y conceptual que, hasta ahora, ha singularizado esta materia. Y es que, aunque es cierto que algunos de ellos son principios tradicionales de nuestra organización administrativa, no lo es menos que se caracterizan por un alto grado de abstracción, de modo que no siempre resulta fácil identificar su contenido. Toda vez que, como ha destacado la doctrina, nuestro derecho positivo en muchas ocasiones los ha utilizado de forma indistinta, sin ningún rigor ni conceptualización<sup>10</sup>.

Ahora bien, debemos apuntar también que la regulación de la LRJSP en este punto resulta técnicamente mejorable. Y es que, mientras que algunos supuestos –como, por ejemplo, el principio de colaboración [art. 140.1 c) LRJSP] o el principio de cooperación [art. 140.1 d) LRJSP]– se definen de forma bastante detallada, otros –como el principio de lealtad institucional [art. 140.1 a) LRJSP]– ni tan siquiera cuentan con un mínimo intento de delimitar su contenido.

Al mismo tiempo, hay que tener muy presente que el artículo 140 de la LRJSP no recoge todos los principios generales que rigen las relaciones interadministrativas, sino que en el artículo 3 de la LRJSP se prevén también otros principios que las diferentes entidades públicas deberán respetar igualmente en sus relaciones. De todos ellos, y aunque no podemos entrar a analizar con más detalle su contenido, cabría destacar el principio de relación electrónica entre las diferentes Administraciones Públicas, previsto en el artículo 3.2 de la LRJSP (y desarrollado en los artículos 155-158 LRJSP) y que está llamado a jugar, a partir de ahora, un papel fundamental en la gestión diaria de la actividad administrativa.

En todo caso, por lo que a nuestra exposición se refiere, y teniendo en cuenta que la opción del legislador básico estatal de prestar una mayor atención solamente hacia algunos de los principios generales de relación entre Administraciones Públicas parece ser una decisión consciente<sup>11</sup>, centraremos también

10. En este sentido se expresan, por ejemplo, MENÉNDEZ REXACH, Á., “La cooperación, ¿un concepto jurídico?”, *Documentación administrativa*, núm. 240, 1994, pp. 11-13; MORELL OCAÑA, L., “Una teoría de la cooperación”, *Documentación administrativa*, núm. 240, 1994, pp. 51-52; o FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, *op. cit.*, pp. 21-30.

11. Así parece desprenderse del Apartado VI del Preámbulo de la LRJSP, en el que se destaca expresamente el hecho de que el nuevo Título III de la LRJSP se ocupa de definir y diferenciar “dos principios clave de las relaciones entre Administraciones: la cooperación [...] y la coordinación [...]”.

nuestra atención en aquellos principios que, sin duda alguna, constituyen los pilares centrales de las relaciones interadministrativas y que, en consecuencia, encuentran un mayor desarrollo en la Ley: esto es, el principio de colaboración, el principio de cooperación y, por último, el principio de coordinación.

## 2.1

### Principio de colaboración

La nueva LRJSP prevé, como uno de los principios que deben regir las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas, la colaboración, entendida como “el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes” [art. 140.1 c) LRJSP]. De este modo, la LRJSP parece configurar la colaboración como un principio general de actuación de las Administraciones Públicas, cuya finalidad esencial sería reconducir la diversidad de la actividad administrativa a un fin común: la consecución de unos mismos objetivos de interés general.

Más allá de su concreta denominación –*colaboración*–, la configuración de dicho principio no resulta en absoluto novedosa, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia habían venido ya haciendo referencia –aunque, eso sí, sin acuerdo en cuanto a la terminología utilizada– a la existencia de un principio general, implícito en la propia forma de organización territorial del Estado (STC 12/1984, de 4 de mayo, F.J. 14), que, en términos generales, se traduciría en un deber de todas las Administraciones Públicas de actuar como parte de un complejo articulado de poderes públicos, que debe garantizar la coherencia y eficacia del sistema, evitando toda actuación contradictoria<sup>12</sup>.

Quizá la principal novedad, por lo que a la definición del principio de colaboración se refiere, podamos encontrarla en el artículo 141 de la LRJSP, que se ocupa de precisar de forma sistemática el contenido concreto de este deber abstracto. Así, se imponen a las diferentes Administraciones Públicas un conjunto de obligaciones específicas. Estas pueden tener tanto un carácter meramente negativo, dirigidas a no obstaculizar el ejercicio de competencias ajenas –por ejemplo, el deber de respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias, o de ponderar, en el ejercicio de

12. Sobre el significado del principio de colaboración podemos citar, entre otros muchos, PAREJO ALFONSO, L., “Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 161-191; CARBALLEIRA RIVERA, M.<sup>a</sup> T., “La cooperación interadministrativa en la LBRL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 257, 1993, pp. 45-75, o MORELL OCAÑA, L., “Una teoría de la cooperación”, *op. cit.*, pp. 51-70.

las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados—, como un carácter positivo, de auxilio a las restantes Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias—sirva como ejemplo la obligación de facilitar a las otras Administraciones Públicas la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias, o la prestación de la asistencia que las otras Administraciones pudieran solicitar para el eficaz ejercicio de sus competencias—<sup>13</sup>.

Ciertamente, no resulta tampoco fácil determinar *a priori* el sentido concreto de todas estas obligaciones. Sin embargo, con ello se evidencia que la colaboración administrativa no es un mero principio interpretativo, sino que puede proyectarse incluso con un cierto carácter impositivo, condicionando el ejercicio de las propias competencias. Así creemos que debe entenderse el artículo 141.1 de la LRJSP, que se expresa de forma imperativa —“las Administraciones Públicas deberán [...]”—; mientras que el artículo 141.2 de la LRJSP prevé que la asistencia y colaboración requerida solo podrá negarse cuando el organismo o entidad del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada; o cuando la información requerida tenga carácter confidencial o reservado. En estos supuestos, la negativa a prestar dicha asistencia debería ser motivada y comunicada a la Administración solicitante.

Finalmente, el artículo 142 de la LRJSP establece un listado no exhaustivo de técnicas mediante las cuales las diferentes Administraciones Públicas pueden hacer efectivas las obligaciones concretas derivadas del deber de colaboración: por ejemplo, el suministro de información, la asistencia en la realización de tareas ajenas, etc. Aunque no podemos profundizar mucho más en ellas, sí que nos gustaría destacar brevemente, por su importancia práctica, la posibilidad de crear sistemas integrados de información administrativa [art. 142 b) LRJSP].

Nuevamente, creemos que esta no es tampoco una invención original de la LRJSP<sup>14</sup>. No obstante, con la apuesta de las nuevas leyes administrativas por la utilización de medios electrónicos, creemos que dichos sistemas de información pueden desempeñar a partir de ahora un papel fundamental<sup>15</sup>. Y

13. Téngase en cuenta que dichas obligaciones no son tampoco novedosas en sí mismas, pues toman como referencia aquello ya previsto anteriormente en el artículo 4.1 de la LRJPAC.

14. Sin ir más lejos, el artículo 43 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, regulaba la red de comunicaciones entre las Administraciones Públicas españolas.

15. Recientemente, ha puesto también de relieve la importancia de la gestión y puesta en común de la información administrativa el Código ReNUAL de procedimiento administrativo de la UE elaborado por un grupo de expertos académicos. A tal efecto, MIR PUIGPELAT, O. *et alii*, *Código ReNUAL de procedimiento administrativo de la UE*, INAP, Madrid, 2015.

es que, en nuestra opinión, una de las mejores maneras de facilitar la relación entre las diferentes Administraciones en el ejercicio de sus competencias sería mediante el establecimiento de mecanismos que permitan a las distintas entidades públicas disponer de datos actualizados, completos y permanentes referentes a los diferentes ámbitos de actividad administrativa en todo el territorio nacional. Ahora bien, la implementación de dichos sistemas exigirá previamente el desarrollo de normas y criterios que permitan realmente la interoperabilidad de las diferentes Administraciones Públicas, guardando las debidas garantías de seguridad, integridad y privacidad.

Para concluir este apartado, simplemente plantearnos una última pregunta: si con la nueva Ley decimos que el principio de *colaboración* se configura como un deber general de actuación del que se desprenden obligaciones concretas para las diferentes entidades públicas, entonces ¿en qué se diferencia del principio de *lealtad institucional* previsto igualmente en el artículo 140.1 a) de la LRJSP?

En efecto, la nueva Ley regula como elementos separados dos principios que, hasta ahora, tenían un contenido muy similar o coincidente, por cuanto el Tribunal Constitucional y nuestra doctrina, a la hora de definir el principio de colaboración implícito en nuestra forma de organización territorial, han venido acudiendo reiteradamente a la idea de lealtad institucional<sup>16</sup>. ¿Debemos entender que, a partir de ahora, se trata de dos principios jurídicamente distintos? En tal caso, ¿cuál sería el contenido concreto del principio de lealtad institucional previsto en el artículo 140.1 a) de la LRJSP? La verdad es que no resulta nada fácil responder a esta pregunta. Mucho menos cuando, como criticábamos anteriormente, la LRJSP no nos ofrece la más mínima definición de este principio.

## 2.2

### Principio de cooperación

Junto con el principio de colaboración, la LRJSP prevé también como otro de los principios generales que deben regir las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas la *cooperación*. En este caso, el artículo 140.1 d) de la LRJSP nos la define como aquellos supuestos en que dos o más Adminis-

16. En este sentido, entre otras, podemos citar la STC 109/2011, de 22 de junio, F.J. 5, la STC 239/2012, de 11 de diciembre, F.J. 11, o la STC 64/1990, de 5 de abril, F.J. 7. Igualmente, sobre el principio de lealtad institucional sirva como referencia la remisión a ALBERTÍ ROVIRA, E., “Relaciones entre las Administraciones Públicas”, *op. cit.*, pp. 42-48.

traciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.

Como apuntábamos antes, tradicionalmente la distinción entre colaboración y cooperación ha resultado una tarea muy compleja. No solo por la dificultad de determinar jurídicamente sus significados, sino también por la imprecisión con la que nuestro ordenamiento jurídico a veces utiliza dichos conceptos. De ahí que volvamos a insistir en que, sin perjuicio de lo que añadiremos a continuación, la tarea de definir legalmente el contenido de dichos principios relacionales deba considerarse como positiva.

Por lo que se refiere al principio de cooperación, si leemos con atención el artículo 140.1 d) de la LRJSP, podríamos llegar a la conclusión de que ya no nos referimos a un deber general de actuación de las diferentes Administraciones Públicas para hacer posible –o no obstaculizar– el cumplimiento de competencias ajenas, sino a un tipo concreto de relaciones interadministrativas, en el que las obligaciones asumidas por las partes derivarían del acuerdo voluntario entre ellas.

En efecto, en las relaciones de cooperación son las propias entidades públicas interesadas las que deciden voluntariamente actuar de forma conjunta –asumiendo “compromisos específicos” (art. 143.2 LRJSP)– para la obtención de un resultado de interés común. De modo que podríamos considerar que la cooperación se caracterizaría por dos notas definitorias: la reciprocidad y la voluntariedad<sup>17</sup>.

Reciprocidad en el sentido de que la cooperación supone el ejercicio conjunto, y en posición de igualdad, de las propias competencias. Por lo tanto, la cooperación implica no solo que son las partes las que libremente constituyen y determinan el contenido de dicha relación, sino también que ambas participan en la obtención del resultado común. Mientras que su voluntariedad se refiere a que la formalización de dichas relaciones –tal y como expresamente prevé el artículo 143.2 de la LRJSP– requiere la aceptación expresa de las partes intervinientes. En efecto, la cooperación no puede ser configurada como un deber, sino que supondría el nacimiento de una relación jurídica de carácter voluntario entre dos entidades públicas diferenciadas de cara a la consecución de un fin común.

Sin embargo, con respecto a la voluntariedad como nota característica de las relaciones de cooperación, debemos hacer aún dos precisiones más. En primer lugar, ¿es posible la existencia de una cooperación forzosa? Es decir,

17. En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., “Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas”, *op. cit.*, p. 182, o MENÉNDEZ REXACH, Á., “La cooperación, ¿un concepto jurídico?”, *op. cit.*, pp. 40-44.

¿es posible que el ordenamiento jurídico o alguna de las partes impongan obligatoriamente la cooperación interadministrativa?

En nuestra opinión, en la medida en que la LRJSP exige el consentimiento –la aceptación expresa (art. 143.2 LRJSP)– de las Administraciones Públicas afectadas para formalizar una relación de cooperación, deberíamos responder negativamente a esta pregunta. De manera que, a partir de ahora, las Administraciones intervinientes no estarían obligadas a prestar dicha actividad cooperadora, sino que esta debería ser, en todo caso, acordada por las partes.

Otra cosa distinta sería cuando la *cooperación* se atribuye directamente por el ordenamiento como una competencia a una determinada entidad pública. En estos supuestos, denominados convencionalmente de *cooperación competencial*, los poderes públicos quedarían obligados a ejercer acciones en provecho y ayuda de otras entidades<sup>18</sup>. A pesar de que es verdad que dicha competencia implicaría que la Administración cooperante deba desplegar necesariamente todos los medios económicos, personales e instrumentales que requiera la prestación de dicha cooperación, ello no obsta para que podamos entender que su formalización requiere, en todo caso, del consentimiento de la otra parte. Y es que, en caso contrario, mediante técnicas cooperativas, se estaría limitando indirectamente su autonomía y el libre ejercicio de sus competencias.

En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, destacar también que la voluntariedad inherente a la cooperación se extendería no solo a la decisión de iniciar o no las relaciones, o a la facultad de configurar su contenido, sino también a la elección de sus medios, es decir, del concreto instrumento del que quieren servirse las partes para entablar relaciones entre sí. Este sería, en nuestra opinión, el sentido del artículo 144.1 de la LRJSP, que, al regular las distintas técnicas de cooperación, comienza afirmando que las Administraciones Públicas podrán dar cumplimiento a dicho principio a través de aquellas técnicas que “estimen más adecuadas”.

A partir de aquí, de forma similar a la prevista para el principio de colaboración, el artículo 144.1 de la LRJSP establece un listado no exhaustivo de técnicas mediante las cuales poder dar cumplimiento a dicho principio. Más adelante analizaremos con detalle algunos de estos instrumentos, por

18. En este sentido, podemos mencionar el artículo 36.1 b) de la LBRL, que atribuye a las diputaciones provinciales la competencia de “cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios”. Sobre estas cuestiones, pueden verse, por ejemplo, CARBALLEIRA RIVERA, M.<sup>a</sup> T., “La cooperación interadministrativa en la LBRL”, *op. cit.*, pp. 58-60, o FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la provincia”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 25, 2011, pp. 152-153.

lo que sirva en este momento apuntar simplemente que la Ley prevé tanto la posibilidad de acudir a fórmulas de carácter orgánico –principalmente, la participación en órganos de cooperación [art. 144.1 a) LRJSP]– como la posible utilización de fórmulas de carácter funcional –como pueden ser la prestación de medios materiales, técnicos o personales [art. 144.1 d) LRJSP] o la emisión de informes no preceptivos [art. 144.1 f) LRJSP], entre otras–.

## 2.3

### Principio de coordinación

Finalmente, podemos concluir este repaso a los principios jurídicos que, según la LRJSP, deben ordenar las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas, haciendo referencia al principio de coordinación. En este caso, la Ley nos lo define como aquellos supuestos en que una administración pública, y singularmente la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevean la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico [art. 140.1 e) LRJSP].

Como puede observarse, se parte de un concepto muy amplio de coordinación que, en realidad, más que un principio jurídico de actuación parece definirse como un objetivo o resultado a conseguir: la garantía por parte de la Administración General del Estado u otras Administraciones de la coherencia de las actuaciones administrativas<sup>19</sup>. Ahora bien, la duda que se nos puede plantear es: ¿cómo puede conseguirse este objetivo?, ¿qué implica esta función de garantía?, o ¿cuáles son las técnicas concretas a través de las cuales, en su caso, la Administración General del Estado puede coordinar las actividades de las diferentes Administraciones Públicas?

Esta es, seguramente, una de las principales críticas que puede formularse a la regulación del principio de coordinación prevista en la nueva LRJSP. Sobre todo comparándola con la regulación mucho más detallada de los principios y técnicas de colaboración y cooperación. En efecto, una vez más la ley básica en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas ha renunciado a la posibilidad de desarrollar legalmente el contenido de este

19. Nótese que la definición de la coordinación prevista en el artículo 140.1 e) de la LRJSP no resulta del todo original, sino que toma nuevamente como referencia la regulación de la potestad de coordinar la actividad de la Administración local prevista en el artículo 59.1 de la LBRL.

principio organizativo fundamental y fijar los instrumentos jurídicos a partir de los cuales se articula.

En todo caso, de la regulación de la coordinación como principio de relación entre Administraciones sí que podríamos intentar extraer alguna consecuencia. En primer lugar, tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones –por ejemplo, en la Sentencia núm. 214/1989, de 21 de diciembre, F.J. 20–, parecería que la coordinación prevista en el artículo 140.1 e) de la LRJSP debe suponer un cierto poder de dirección de la entidad coordinadora respecto de las demás, al efecto de poder asegurar la coherencia de la actuación administrativa. Si, como se afirma tradicionalmente, la coordinación persigue la integración de la diversidad de Administraciones Públicas en el conjunto del sistema, evitando las contradicciones o las posibles disfunciones, esta debe suponer un cierto componente decisorio o de imposición unilateral que, consecuentemente, implicaría un límite para el ejercicio de las competencias por parte de las entidades públicas coordinadas<sup>20</sup>.

¿Cuál es el alcance de este poder de dirección en las relaciones interadministrativas? Ciertamente, creemos que la LRJSP no nos aporta más elementos para poder concretarlo. En cualquier caso, tomando como referencia la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia –por ejemplo, en la Sentencia núm. 27/1987, de 27 de febrero, F.J. 6–, deberíamos tener presente que la coordinación no debe confundirse con la jerarquía, en la medida en que los medios y las técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma.

Igualmente, el artículo 140.1 e) de la LRJSP permitiría delimitar el marco de aplicación de este principio, que vendría condicionado por varios elementos. En primer lugar su finalidad, que, como prevé dicho precepto, no puede ser otra que la consecución de un resultado común por las partes. En segundo lugar, el hecho de que, efectivamente, existan diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia que deban ser coordinadas. Y, finalmente, que dicha potestad de coordinación venga prevista expresamente por “la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico” [art. 140.1 e) LRJSP, *in fine*].

Respecto de este último punto podríamos cuestionarnos cuál es el alcance de esta previa habilitación normativa. Normalmente se ha entendido que, en la

20. Sobre la configuración constitucional del principio de coordinación podemos citar, por ejemplo, la STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2; la STC 109/1998, de 21 de mayo, F.J. 13, o la STC 103/2007, de 18 de enero, F.J. 7.

En el ámbito doctrinal, entre otros muchos, podemos citar SÁNCHEZ MORÓN, M., “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa*, núm. 230-231, 1992, pp. 11-30, o GALLEGO ANABITARTE, A., *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 142-143.

medida en que la coordinación puede afectar al pleno ejercicio de las competencias de otras Administraciones Públicas, exige un título competencial previo que justifique dicha intervención<sup>21</sup>. Asimismo, al considerar que la coordinación puede afectar al alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada, el Tribunal Constitucional –por ejemplo, en la Sentencia núm. 27/1987, de 27 de febrero, FF. JJ. 2 y 6– ha afirmado también que la coordinación del Estado y las comunidades autónomas sobre los entes locales solamente puede producirse en los casos y las condiciones previstos en una norma con rango de ley<sup>22</sup>.

En este sentido, una lectura literal del artículo 140.1 e) de la LRJSP podría llevarnos a interpretar que, según el legislador básico estatal, la concreción de dichas técnicas coordinadoras no necesariamente debe contenerse en una norma con rango de ley, sino que podría venir amparada por el “resto del ordenamiento jurídico”. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el Título III de la LRJSP regula no solo las relaciones entre las diferentes Administraciones territoriales, sino también entre estas y sus organismos vinculados o dependientes, podríamos considerar que las potestades de coordinación de una administración territorial sobre sus entidades instrumentales pueden ser más intensas, pudiéndose asignar mediante normas reglamentarias<sup>23</sup>.

Finalmente, y para terminar este apartado, debemos hacer una última observación. Y es que, a diferencia de lo que decíamos anteriormente respecto de los principios de colaboración y cooperación, la LRJSP presta una muy escasa atención a las técnicas o los instrumentos de coordinación. En efecto, la nueva Ley no prevé un listado preciso y sistemático de los mecanismos concretos a través de los cuales hacer efectivo este principio, sino que las pocas referencias a las técnicas de coordinación se encuentran dispersas por todo el Título III de la LRJSP. De hecho, a diferencia del anterior artículo 7 de la LRJPAC, la nueva LRJSP ni tan siquiera regula la técnica de coordinación por excelencia, los planes o programas conjuntos.

Es cierto que, en realidad, no existen técnicas *puras* de coordinación, ya que esta puede llevarse a cabo mediante mecanismos muy diversos (como la planificación, la imposición de deberes legales,...). Aun así, si, como se afir-

21. Se refieren expresamente a la previa habilitación competencial y normativa que requiere el principio de coordinación, entre otras, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, F.J. 20, o la STC 40/1998, de 19 de febrero, F.J. 52.

22. *Cfr.* artículo 59.1 LBRL: “A fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas [...] las leyes del Estado y las de las comunidades autónomas, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la nación, o al Consejo de Gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias”.

23. En este mismo sentido se expresa también SÁNCHEZ MORÓN, M., “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *Documentación Administrativa*, *op. cit.*, p. 23.

ma en el Preámbulo de la Ley, una de sus finalidades era establecer un régimen completo de las relaciones interadministrativas y regular “los diferentes órganos y formas de cooperar y coordinar” (Apartado VI), hubiera sido preferible una mínima referencia también a las distintas fórmulas de coordinación.

Igualmente, debemos poner de relieve que, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en el artículo 59 de la LBRL, la LRJSP no alude expresamente al carácter subsidiario de la coordinación respecto de las técnicas de cooperación. Sin embargo, entendemos que, dado su carácter limitativo del ejercicio de las competencias, la coordinación entre Administraciones Públicas solamente procedería cuando no sea posible alcanzar la coherencia de la actuación administrativa mediante otras técnicas cooperativas. En este sentido, merece la pena destacar que el Tribunal Supremo –en la Sentencia de 11 de julio de 2000 (núm. rec. 1556/1997)– ha afirmado expresamente que la coordinación obligatoria “ha de tener un carácter subsidiario respecto de fórmulas de colaboración voluntarias” (F.J. 5)<sup>24</sup>.

### 3

### Las técnicas de cooperación

Al margen de los principios generales de relación entre Administraciones Públicas, la LRJSP se refiere también de forma sistemática a las técnicas a partir de las cuales hacer efectivos los principios de cooperación y colaboración previstos en nuestro ordenamiento jurídico. En este punto, hay que destacar que, por lo que se refiere a las *técnicas de colaboración*, la Ley se limita principalmente a establecer una enumeración abierta de dichas técnicas, pero sin desarrollar específicamente su régimen jurídico (art. 143 LRJSP). En cambio, la LRJSP sí que presta una especial atención a las *técnicas de cooperación*, especialmente en lo que se refiere a la regulación o *tipificación* de determinados instrumentos orgánicos de cooperación (art. 144-153 LRJSP).

Es por ello que, al efecto de destacar las principales novedades de la LRJSP, en las páginas que siguen a continuación centraremos nuestra atención solamente en las técnicas de cooperación; ocupándonos, en primer lugar, de las técnicas de carácter orgánico, para pasar seguidamente a analizar las que podríamos denominar técnicas de carácter funcional.

24. El Tribunal Constitucional, aunque no de forma expresa, se ha referido también a este carácter subsidiario de las medidas coordinadoras, cuando los mecanismos de cooperación resultan ineficientes. Véase, por ejemplo, la STC núm. 8/2016, de 1 de enero, F.J. 3.

### 3.1 Técnicas orgánicas de cooperación

Dentro del capítulo dedicado a las relaciones de cooperación, la LRJSP dedica una sección a regular las *técnicas orgánicas de cooperación* (art. 145-154 LRJSP). Bajo esta denominación se enmarcan distintos instrumentos de cooperación que tienen en común el hecho de desarrollarse a través de la integración y participación de las diferentes Administraciones Públicas en una estructura orgánica concreta, creada a tal efecto. Y es que, como veremos a continuación, todas ellas suponen la creación de un nuevo órgano administrativo.

De todos modos, debemos tener presente que estos no son los únicos mecanismos de cooperación orgánica previstos en la nueva Ley. Así, por ejemplo, el artículo 144.1 de la LRJSP recoge también como técnicas de cooperación, sin adjetivo alguno, la posible participación de las Administraciones en órganos consultivos o en organismos públicos o entidades dependientes o vinculadas a otra Administración diferente. O, en términos parecidos, dentro de estas concretas técnicas orgánicas de cooperación previstas en el Título III de la Ley no se incluyen tampoco los consorcios –cuya regulación básica se encuentra ahora en el Título II (Organización y funcionamiento del sector público institucional); en concreto, en los artículos 118-127 de la LRJSP–, si bien nadie duda de que hoy en día son uno de los principales instrumentos a través de los cuales se articula la cooperación interadministrativa, especialmente en el ámbito local.

Por ello, debemos entender que, al margen de las técnicas orgánicas *tipificadas* expresamente en la LRJSP, las Administraciones Públicas podrían encontrar otras vías orgánicas a través de las cuales articular la cooperación entre ellas.

Desde esta perspectiva, siguiendo el orden de atención que la LRJSP dedica a cada uno de estos instrumentos, pasaremos a analizarlos individualmente, si bien, ante la imposibilidad de realizar un análisis detallado y en profundidad de todos ellos, nos limitaremos a hacer alguna referencia a los que consideramos sus aspectos más relevantes.

#### 3.1.1 Órganos de cooperación

En primer lugar, la LRJSP regula la posibilidad de constituir órganos de cooperación entre diferentes Administraciones Públicas, ya sean estos de carácter bilateral o multilateral, o de ámbito general o sectorial. Estos órganos de cooperación, como sabemos, no constituyen una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, sino que son una realidad plenamente asentada, espe-

cialmente en el ámbito local, donde se configuran como foros de encuentro o deliberación entre representantes de diferentes Administraciones sobre asuntos de interés común.

Una de las dudas que tradicionalmente se han venido planteando respecto de estos órganos es la relativa al tipo normativo que se requiere para su constitución. En este sentido, aunque el artículo 145 de la LRJSP no lo menciona, podríamos entender que es suficiente con una norma reglamentaria. Y es que en estos supuestos, a pesar de lo previsto en algunos ordenamientos autonómicos<sup>25</sup>, la exigencia de una norma de rango legal para su creación puede parecer algo exagerada, por cuanto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 331/1993, de 12 de noviembre de 1993, la rigidez que es consustancial a la ley se compadece mal con la finalidad de flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias que persiguen estos órganos (F.J. 5)<sup>26</sup>.

En todo caso, el artículo 145.3 de la LRJSP, en los supuestos en que participe la Administración General del Estado, añade que la válida constitución de estos órganos de cooperación exigirá, además, la inscripción en el nuevo Registro electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación. De este modo, la Ley apuesta por dar máxima publicidad y difusión a la creación de dichos órganos, toda vez que en la Disposición adicional séptima –reguladora del mencionado Registro estatal– se introduce una garantía de su vigencia y funcionamiento, al prever que los órganos de cooperación que no se hayan reunido en un plazo de cinco años desde su creación o desde la entrada en vigor de la LRJSP quedarán extinguidos.

### 3.1.2

#### Conferencia de Presidentes

Desde nuestro punto de vista resulta hasta cierto punto sorprendente la inclusión de la Conferencia de Presidentes en la nueva LRJSP, y, mucho más, dentro de las técnicas de cooperación. Y es que, tal y como lo teníamos entendido

25. Véase, por ejemplo, el artículo 147.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

26. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de octubre de 1998 (núm. rec. 559/1991) ha admitido también la constitución de órganos mixtos de colaboración entre Administraciones Públicas a través de normas de carácter reglamentario, al considerar que estos no trascienden del ámbito puramente organizativo y de funcionamiento y no producen interferencia alguna en el campo de las competencias, las reglas de la actividad pública o el régimen de los medios personales y materiales, afectados, estos sí, por la reserva de ley (F.J. 3).

hasta ahora, esta no se configuraría realmente como un órgano de relación entre Administraciones Públicas, sino de relación entre *Gobiernos*<sup>27</sup>.

En efecto, la propia LRJSP destaca este mayor peso político de la Conferencia de Presidentes, tanto en lo que se refiere a los sujetos participantes como a sus funciones. Así, el artículo 146 de la LRJSP la define como un órgano de cooperación multilateral entre el Gobierno estatal y los respectivos Gobiernos de las comunidades autónomas, siendo presidida por la máxima autoridad del Estado, el presidente del Gobierno; toda vez que se le atribuye la función de deliberar y adoptar acuerdos de interés para el Estado y las comunidades autónomas.

Es por ello que, al efecto de destacar más esta peculiar posición institucional de la Conferencia de Presidentes, quizá hubiera sido preferible incorporar dicha regulación directamente en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y no en la norma reguladora del sector público; aprovechando, además, que la LRJSP introduce también importantes modificaciones en el articulado de esta otra norma legal<sup>28</sup>.

Igualmente, resulta criticable el hecho de que la regulación de la Conferencia de Presidentes prevista en la LRJSP sea tan limitada. Si leemos con atención el artículo 146 de la LRJSP, comprobaremos cómo en su primer apartado se define dicha institución y su composición, mientras que en el segundo se hace una referencia general a sus funciones. Y poco más. Por lo que, si se había tomado la decisión de institucionalizar legalmente la Conferencia de Presidentes, quizá hubiera sido preferible una regulación mínima de su funcionamiento, sobre todo de cara a garantizar su convocatoria.

### 3.1.3

#### Las conferencias sectoriales

A diferencia de la Conferencia de Presidentes, la LRJSP sí que regula con notable grado de detalle las llamadas *conferencias sectoriales*. Estas se configuran como órganos de composición multilateral y ámbito sectorial deter-

27. En este sentido, el artículo 1 del Reglamento interno de la Conferencia de Presidentes aprobado en 2009 (BOE núm. 305, de 19 de diciembre de 2009, p. 107203) la define como el máximo órgano de cooperación *política* entre el Gobierno de España y los Gobiernos de las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla. Sobre la Conferencia de Presidentes, entre otros, podemos remitirnos a AJA, E., “La Conferencia de Presidentes en el Estado autonómico”, en *Informe comunidades autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, pp. 789-818; o BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A., *La Conferencia de Presidentes*, Iustel, Madrid, 2005.

28. *Cfr.* Disposición final tercera de la LRJSP.

minado, que reúnen a representantes de la Administración General del Estado y representantes de las Administraciones autonómicas. Estas conferencias sectoriales se diferenciarían de otros posibles órganos de cooperación que puedan crear el Estado y las comunidades autónomas *ex artículo 145 LRJSP* esencialmente por dos aspectos. En primer lugar, por el hecho de estar integradas por los máximos representantes políticos de los distintos departamentos del Ejecutivo estatal y autonómico –el artículo 147.1 LRJSP exige que sean miembros del Gobierno–. Y, en segundo lugar, muy ligado al anterior, por el hecho de que constituyen un órgano de cooperación con un marcado carácter político, que se refleja en las funciones que normalmente se les atribuyen: el debate sobre las grandes líneas de la política sectorial y la información sobre proyectos normativos<sup>29</sup>.

Como es sabido, estas conferencias no son tampoco una creación original de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, sino que, al amparo del artículo 5 de la LRJPAC, han venido configurándose como un instrumento estable y central de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas<sup>30</sup>. En este sentido, la nueva LRJSP viene a sustituir la breve y limitada regulación contenida en la LRJPAC por una regulación básica más detallada y completa; toda vez que se aprovecha dicha modificación para incluir algunas novedades muy importantes en lo que se refiere a las funciones y la eficacia de los acuerdos de las conferencias sectoriales.

Por lo que se refiere a sus funciones, la LRJSP prevé que las conferencias sectoriales podrán ejercer funciones consultivas, decisorias o de coordinación, orientadas a alcanzar acuerdos sobre materias comunes (art. 148.1 LRJSP). Por lo tanto, a diferencia de lo que hoy sucede con carácter general, las conferencias sectoriales ya no se configuran solamente como órganos de carácter consultivo (con funciones de estudio, información, propuesta, deba-

29. En este sentido, podemos citar, entre otros, DUQUE VILLANUEVA, J. C., “Las conferencias sectoriales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, pp. 146-150, o TORNOS MAS, J., “Las Conferencias sectoriales”, *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1994, pp. 71-91.

30. Según los datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en marzo de 2015 existían 42 conferencias sectoriales –la última de las cuales fue constituida en 2015, Consejo para la Unidad de Mercado– que, conjuntamente, habían celebrado una media de más de 70 reuniones anuales. Véase [http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica\\_autonomica/coop\\_autonomica/Conf\\_Sectoriales.html](http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales.html)

Sin embargo, hay que tener presente que el funcionamiento de estas conferencias ha sido muy desigual, especialmente en los últimos años, pudiendo encontrar sectores donde la conferencia correspondiente no se ha reunido, o lo ha hecho de manera muy limitada. Un análisis crítico sobre la evolución y las perspectivas de los órganos de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas, con especial atención a las conferencias sectoriales, puede consultarse en la crónica que anualmente publica el *Informe comunidades autónomas*.

te...), sino que también se les pueden reconocer funciones de carácter decisorio que, en su caso, como veremos a continuación al analizar la eficacia de las decisiones que pueden adoptar las conferencias sectoriales, pueden incidir sobre el ejercicio de las competencias autonómicas.

Igualmente, la LRJSP asigna a las conferencias sectoriales una “nueva” función: la de ser informadas sobre los proyectos de leyes y los proyectos de reglamentos del Gobierno estatal o de los Gobiernos autonómicos, cuando afecten de manera directa al ámbito competencial de las otras Administraciones Públicas, o cuando así esté previsto en la normativa sectorial aplicable [art. 148.2 a) LRJSP].

Tal y como está redactado dicho precepto, parecería que la función de la conferencia sectorial reside únicamente en ser informada de la tramitación de dichos proyectos normativos, pero no en la posibilidad de participar directamente en su elaboración<sup>31</sup>. Por lo que, en realidad, más que el reconocimiento de una nueva competencia, la LRJSP estaría simplemente recogiendo una atribución que actualmente han venido desarrollando muchas de las conferencias sectoriales ya existentes<sup>32</sup>.

Por lo que se refiere a la eficacia de sus acuerdos, la nueva LRJSP prevé que las conferencias sectoriales podrán adoptar dos tipos de decisiones: los *acuerdos* y las *recomendaciones* (art. 151.2 LRJSP). Respecto de los primeros, se afirma que suponen un compromiso de actuación en el ejercicio de las respectivas competencias, y la Ley prevé expresamente que dichos acuerdos son de obligado cumplimiento y directamente exigibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo para quienes hayan votado en contra. De este modo, como avanzábamos y a diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta ahora, los acuerdos de las conferencias sectoriales no tienen solamente contenido político, sino que, de acuerdo con el artículo 151.2 a) de la LRJSP, suponen el nacimiento de obligaciones jurídicas para las Administraciones intervinientes; las cuales, en su caso, podrían ser exigibles ante los tribunales de justicia.

Incluso en el caso en que la Administración General del Estado ejerciera competencias de coordinación, la LRJSP prevé que el acuerdo alcanzado se-

31. Si bien el artículo 149.1.3 de la LRJSP parece ir en contra de esta lectura, al prever expresamente el supuesto en que la conferencia sectorial tenga por objeto “informar un proyecto normativo”. En nuestra opinión, la función de informar iría mucho más allá de la mera recepción de información, suponiendo también la posibilidad de que la conferencia sectorial se pronunciara como tal en relación con un determinado proyecto normativo en curso.

32. Por ejemplo, el artículo 8 del Reglamento interno de la Conferencia Sectorial de Agricultura y Desarrollo Rural prevé como una de sus competencias el “Debate y análisis de los anteproyectos de Ley promovidos por el Departamento, así como los proyectos de reglamento de especial trascendencia”. En términos parecidos se expresa también el artículo 9 de la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia.

ría de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la conferencia sectorial, con independencia del sentido de su voto [art. 151.2 a) LRJSP].

A nuestro entender, y aunque es cierto que en la gran mayoría de los casos se tratará de una vinculación voluntaria –solamente para los miembros de la conferencia que hayan votado afirmativamente [art. 151.2 a) LRJSP]–, este carácter obligatorio de los acuerdos de la conferencia sectorial supone una novedad significativa en lo que se refiere a su configuración institucional. De ahí que el artículo 151.1 de la LRJSP incorpore expresamente a la regulación básica la referencia a la forma de adopción de los acuerdos, exigiendo la previa votación de los miembros de la conferencia sectorial, en atención a la representación que tenga cada uno de ellos.

Por lo que se refiere a las recomendaciones, estas expresan la opinión de la conferencia sectorial sobre un asunto concreto, pero, a diferencia de los acuerdos, no generan obligaciones jurídicas concretas, sino el compromiso de sus miembros de orientar su actuación en esa materia de conformidad con lo previsto en la recomendación [art. 151.2 b) LRJSP]. En todo caso, la Ley exige que, si uno de los miembros de la conferencia pretende separarse del criterio expresado en la recomendación, deba motivarlo e incorporar dicha justificación en el correspondiente expediente.

Al margen de estas dos cuestiones más novedosas, la LRJSP se ocupa de desarrollar minuciosamente el régimen jurídico de las conferencias sectoriales, haciendo referencia a algunos aspectos de su funcionamiento que hasta ahora resultaban controvertidos. Así, por ejemplo, la Ley prevé la posibilidad de que la convocatoria de la conferencia sectorial se produzca, como mínimo, una vez al año o cuando lo solicite la tercera parte de sus miembros (art. 149.1 LRJSP); la necesidad de que cada una de las conferencias disponga de un reglamento de organización y funcionamiento interno aprobado por sus miembros (art. 147.3 LRJSP); e incluso la posibilidad de que algunas de sus reuniones se efectúen por medios electrónicos (art. 149.3 LRJSP), lo que podría contribuir no solo a ahorrar costes de desplazamiento, sino también a aumentar la periodicidad de sus sesiones.

Asimismo, el artículo 152 de la LRJSP desarrolla la organización interna de las conferencias sectoriales, previendo la posibilidad de que puedan constituir comisiones sectoriales o grupos de trabajo, cuya finalidad reside principalmente en la preparación y el seguimiento de las reuniones y los acuerdos de la conferencia. En este sentido, la Disposición adicional novena de la LRJSP crea directamente la Comisión Sectorial de Administración Electrónica, dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, con la función de impulsar el desarrollo de la administración electrónica en España

y asegurar la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas y aplicaciones utilizados por las Administraciones Públicas.

### 3.1.4

#### Comisiones bilaterales de cooperación

Como sucede con las conferencias sectoriales, la nueva LRJSP recoge también otro de los instrumentos de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas que se preveían en la anterior LRJPAC, las llamadas *comisiones bilaterales de cooperación*. En este caso, el artículo 153.1 de la LRJSP nos las define como órganos de cooperación de composición bilateral que reúnen, por un número igual de representantes, a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y miembros del Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas o de la Ciudad de Ceuta o Melilla.

Como puede comprobarse, la LRJSP no modifica, en lo sustancial, la definición que de estos órganos se contenía previamente en el artículo 5.2 de la LRJPAC. Ara bien, como en los casos anteriores, su regulación resulta mucho más detallada. En este sentido, por lo que se refiere al régimen jurídico de las comisiones bilaterales de cooperación, podríamos destacar los aspectos siguientes.

En primer lugar, su composición bilateral. En efecto, como indica su propia denominación –y a diferencia de las conferencias sectoriales–, estos órganos están solamente formados por representantes de la Administración estatal y de una concreta administración autonómica. Asimismo, como expresamente prevé el artículo 153.1 de la LRJSP, se trata de órganos de composición paritaria, es decir, formados por un número igual de representantes por cada una de las Administraciones intervinientes.

En segundo lugar, debemos referirnos también a sus funciones<sup>33</sup>, por cuanto, como sucede en el caso de las conferencias sectoriales, la LRJSP ha introducido alguna novedad importante en este punto. Así, junto con la tradicional función consultiva o propositiva que se asigna a estos órganos, la LRJSP prevé también la posibilidad de que asuman funciones decisorias, pu-

33. Por lo que se refiere a las funciones de las comisiones bilaterales de cooperación, aunque no aparezcan mencionadas en la LRJSP, no podemos olvidar la importantísima función que les atribuye el art. 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, en relación con los recursos de inconstitucionalidad, configurándolas como un mecanismo de resolución extrajudicial de controversias entre el Estado y las comunidades autónomas.

diendo adoptar acuerdos que tengan por objeto mejorar la coordinación entre las respectivas Administraciones, en asuntos que afecten de forma singular a las comunidades autónomas (art. 153.2 LRJSP).

Como en los casos anteriores, es verdad que esta función decisoria no es absolutamente desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que algunas de las comisiones bilaterales de cooperación actualmente existentes ya desarrollan dicha competencia<sup>34</sup>. Pero sí que resulta novedosa la afirmación del carácter obligatorio de los acuerdos adoptados por estos órganos, pudiendo llegar a ser exigibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 153.4 LRJSP).

En todo caso, las funciones de las comisiones bilaterales de cooperación deben estar referidas singularmente a las relaciones entre el Estado y la comunidad autónoma de que se trate. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 31/2010, de 28 de junio, cuando, al analizar la Comisión Bilateral Estado-Generalitat de Cataluña, afirma que “es obvio que las competencias concernidas únicamente pueden ser [...] las correspondientes a uno y otro Ejecutivos, cuya plenitud de ejercicio no puede verse condicionada ni limitada por la Comisión, quedando, además, naturalmente excluidas las que constitucional y estatutariamente corresponden a otros órganos del Estado y de la Generalitat, en particular [...] las competencias legislativas, cuyo ejercicio [...] es privativa de las Cortes Generales y del Parlamento de Cataluña, órganos extraños a la Comisión Bilateral” (F.J. 115).

Finalmente, debemos destacar que el artículo 153.5 de la LRJSP señala que lo previsto en esta Ley será de aplicación sin perjuicio de las peculiaridades que puedan establecer los estatutos de autonomía en materia de organización y funciones de las comisiones bilaterales. Por lo que la LRJSP declara su carácter supletorio respecto de la regulación estatutaria de las comisiones bilaterales de cooperación en relación con estas dos cuestiones concretas –no así por lo que a la definición y naturaleza de estos órganos se refiere, que podríamos entender incluida en la competencia estatal *ex* artículo 149.1.18 CE–.

Desde nuestro punto de vista, ello resulta especialmente oportuno, puesto que debemos tener presente que las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006 prestaron una especial atención al impulso de las relaciones bilaterales entre el Estado y las comunidades autónomas. De ahí que varios de los estatutos de autonomía reformados incluyeran una regulación concreta

---

34. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado. De acuerdo con el artículo 183.2 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC), se atribuyen a dicha Comisión, entre otras funciones, la de adoptar acuerdos en relación a determinados ámbitos concretos.

de las comisiones bilaterales de cooperación<sup>35</sup>, adaptando su composición y funciones a las particularidades de cada comunidad autónoma.

### 3.1.5

#### Comisiones territoriales de coordinación

Por último, la LRJSP incorpora a la regulación de las técnicas orgánicas de cooperación una nueva figura, las llamadas *comisiones territoriales de coordinación*. Con ellas se hace referencia a órganos de composición multilateral que pueden constituirse entre Administraciones cuyos territorios sean coincidentes o limítrofes, para mejorar la coordinación en la prestación de servicios, prevenir duplicidades, y mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios (art. 154.1 LRJSP).

En este punto, podríamos considerar que la denominación de estos órganos no resulta del todo adecuada, por cuanto, en nuestra opinión, no se trata propiamente de órganos “coordinadores”, sino de un instrumento de cooperación dirigido a prevenir las disfunciones o duplicidades que, en ocasiones, se producen por la coexistencia en un mismo espacio físico de varias Administraciones Públicas<sup>36</sup>. En efecto, no es que se asignen a estas comisiones unos específicos poderes de dirección de la actividad de las entidades públicas que las integran, sino que constituirían la sede en la cual las partes voluntariamente acuerdan las medidas necesarias para garantizar la coherencia y calidad en la prestación de los servicios públicos.

Desde esta perspectiva, podríamos preguntarnos: ¿cuál es la diferencia entre estas comisiones territoriales de coordinación respecto de los otros órganos de cooperación que pueden constituirse al amparo del artículo 145 de la LRJSP? En nuestra opinión, la respuesta no resulta fácil, puesto que la definición de los órganos de cooperación prevista en el artículo 145.1 de

35. Anteriormente hemos mencionado ya el caso de Cataluña, si bien podemos añadir muchos otros, como, por ejemplo, la Comisión Bilateral Aragón-Estado prevista en el artículo 90 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

36. No debemos confundir las *comisiones territoriales de coordinación* previstas en la LRJSP con otros órganos administrativos autonómicos, con idéntica denominación, pero dirigidos exclusivamente a coordinar la Administración autonómica. Sirva como muestra la Comisión Territorial de Coordinación regulada en el artículo 12 del Decreto 245/2009, de 30 de abril, por el que se regulan las delegaciones territoriales de la Xunta de Galicia. Sin embargo, es también cierto que en nuestro ordenamiento existen ya órganos administrativos, con denominaciones diversas, que en cierta medida cumplen unas funciones similares. Por ejemplo, las comisiones provinciales de colaboración del Estado con las entidades locales reguladas en el Real Decreto 348/2000, de 29 de diciembre.

la LRJSP es tan amplia que fácilmente podría englobar, como subcategoría, a las comisiones territoriales de coordinación. No obstante, hay algunos elementos que quizá podrían caracterizar a estas últimas.

En primer lugar, si nos fijamos en su composición, el artículo 154.1 de la LRJSP limita la constitución de las comisiones territoriales de coordinación solamente a Administraciones cuyos territorios sean limítrofes o coincidentes. Esta limitación es consecuencia directa de la función que se les asigna. Y es que, como veíamos anteriormente, no se trata de órganos con finalidades generales de cooperación, sino que, de acuerdo con la LRJSP, son creados con un fin mucho más específico, dirigido a mejorar la prestación y calidad de los servicios públicos y evitar duplicidades administrativas en un territorio determinado. Por lo tanto, pueden verse como un supuesto de coordinación voluntaria entre Administraciones, tendente a evitar decisiones contradictorias y garantizar la correcta prestación de los servicios públicos en un concreto ámbito territorial.

En segundo lugar, aunque muy ligado con lo anterior, se prevé expresamente que las comisiones territoriales de coordinación puedan adoptar acuerdos que sean de obligado cumplimiento para las Administraciones que los suscriban, y exigibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 154.2 LRJSP). De este modo, se refuerza aún más el papel de estas comisiones, dotándolas de las competencias necesarias para la toma conjunta de decisiones sobre un mismo objeto.

Por último, queremos también destacar que las comisiones territoriales de cooperación pueden llegar a tener una composición trilateral, reuniendo al mismo tiempo a representantes del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales [art. 154.1 c) LRJSP]. En nuestra opinión, ello resulta una novedad importante, dado que el ordenamiento jurídico español ha optado habitualmente por un modelo de relación directa entre el Estado y las comunidades autónomas respecto de las entidades locales, pero excluyéndose mutuamente<sup>37</sup>. En cambio, a partir de ahora, la LRJSP regula un mecanismo

---

37. Constituiría una excepción a este modelo generalizado de relaciones directas o bilaterales entre el Estado/comunidades autónomas y los entes locales, la posibilidad de que las conferencias sectoriales pudieran invitar a participar en sus reuniones a representantes de las asociaciones municipalistas (art. 5.8 LRJPAC); la creación de la Conferencia Sectorial para Asuntos Locales (art. 120 bis de la LBRL) o Conferencia de Ciudades (art. 138 de la LBRL). Si bien la aplicación práctica de todos estos instrumentos ha sido muy limitada.

Sobre las relaciones entre las entidades locales y las demás instancias territoriales podemos remitirnos a MEDINA ALCOZ, L., *La participación de las entidades locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, INAP, Madrid, 2009, y VILALTA REIXACH, M., *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de los entes locales en las comunidades autónomas*, Iustel, Madrid, 2007.

concreto de relación triangular que, mediante un contacto más directo e inmediato entre todos los niveles territoriales, debería contribuir a mejorar la implicación y coordinación de todos ellos por lo que a la prestación de los servicios públicos en un determinado espacio físico se refiere<sup>38</sup>.

## 3.2

### Técnicas funcionales de cooperación. En particular, los convenios administrativos

Dejando a un lado las técnicas de cooperación de carácter orgánico *tipificadas* en la LRJSP, hay que mencionar que los artículos 143 y 144 de la LRJSP hacen referencia también a otras posibles técnicas de cooperación, que quedan a disposición de las Administraciones Públicas interesadas. Se trata de una enumeración abierta, respecto de la cual no resulta posible establecer un nexo común. Así, junto con técnicas que suponen también un cierto componente orgánico –como, por ejemplo, la participación en órganos consultivos o en organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de otra Administración [art. 144.1 a), b) y c) LRJSP]–, podemos encontrar otras cuyo elemento común sería su desarrollo a través de vías que no requieren necesariamente la creación de un órgano administrativo –como puede ser la prestación de medios materiales, económicos o personales [art. 144.1 d) LRJSP]–.

Es por ello que, en vez de centrar nuestra atención en estas variadas técnicas de cooperación, dedicaremos las últimas páginas de nuestra exposición a analizar brevemente sus instrumentos de formalización –los convenios administrativos–, por cuanto a través de estos se concretarán las condiciones y los compromisos que se deriven de cada una de ellas.

### 3.2.1

#### El concepto legal de convenios administrativos

A la hora de analizar los convenios administrativos debemos partir de una primera premisa: a pesar de la notable atención que han suscitado en la doctrina administrativista española, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante, lo cierto es que hasta ahora no podíamos hablar de la existencia de un concepto

---

38. Nótese, sin embargo, que como “contrapartida” la LRJSP no hace ninguna referencia expresa a la posible participación de las entidades locales en las conferencias sectoriales.

legal –siquiera dogmático– de los convenios entre Administraciones Públicas. Al contrario, se hace evidente que, en muchas ocasiones, dicha denominación se utiliza de un modo meramente genérico, pero sin remitir a un único y preciso concepto. De ahí que, ante la variopinta magnitud de la institución convencional, incluso se llegara a afirmar que los convenios administrativos no existían como categoría jurídica<sup>39</sup>.

Sin embargo, la nueva LRJSP puede marcar un punto de inflexión importante en esta materia, por cuanto introduce por primera vez en la legislación básica estatal una regulación jurídica completa y una definición legal de lo que debe entenderse por convenio en el ámbito administrativo. Así, el artículo 47.1 de la LRJSP establece que “Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común [...]”.

Como puede comprobarse, la nueva regulación sigue partiendo de una noción muy amplia de los convenios. Aun así, de su tenor literal resulta posible identificar tres elementos distintivos e indispensables para la existencia de este tipo de negocio jurídico.

En primer lugar, su carácter bilateral. En efecto, el artículo 47.1 de la LRJSP exige en todo caso el acuerdo de voluntades entre dos –o más– sujetos diferenciados; ya sean estos entidades públicas o bien sujetos de derecho privado. Por lo que, en consecuencia, quedarían fuera de la definición legal como *convenios* los pactos o acuerdos que pudieran establecerse entre órganos de una *misma* administración pública. Sin negar la importancia y la juridicidad de las relaciones de funcionamiento que puedan establecerse entre las distintas unidades funcionales dentro de una misma organización administrativa, el hecho de que, por principio, carezcan de personalidad jurídica propia –y, por tanto, no puedan ser sujetos de derecho– impide poder calificar dichas relaciones interorgánicas como un negocio jurídico de carácter bilateral.

Un segundo elemento característico de los convenios sería su carácter jurídico-obligatorio. Aunque es cierto que la doctrina y la jurisprudencia habían tenido ya ocasión de pronunciarse favorablemente sobre la obligatoriedad de

39. En este sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup>, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 95-96, y BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2004, p. 171. De igual modo hay que tener presente la Moción núm. 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre de 2010, en la que se instaba al Congreso de los Diputados a completar y sistematizar el marco regulador de los convenios.

los convenios entre Administraciones Públicas<sup>40</sup>, lo cierto es que la nueva LRJSP viene a reforzar dicha interpretación. Así, se establece no solo que los convenios deben implicar efectos jurídicos para las partes intervinientes, sino que, además, estos deben ser “concretos y exigibles” (art. 47.1 LRJSP, *a sensu contrario*). Al mismo tiempo, al regularse su contenido mínimo, el artículo 49 de la LRJSP exige que se concreten las obligaciones y los compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, así como las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento.

Es precisamente esta eficacia obligatoria propia de los convenios la que nos permitiría diferenciar esta figura de todos aquellos otros instrumentos –normalmente denominados *protocolos generales de actuación* (art. 47.1 LRJSP)– que consisten en meras declaraciones de intenciones de contenido general, o en la expresión de una simple voluntad de actuar con un objetivo común, pero sin que se formalicen compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Finalmente, para poder hablar de la existencia de un convenio la LRJSP exige un último requisito: que dicho acuerdo persiga un “fin común” a las partes intervinientes (art. 47.1 LRJSP). De esta manera, se concreta el elemento causal o teleológico que caracterizaría este tipo de negocios jurídicos. Y es que la finalidad última de dicho acuerdo se sitúa en la colaboración en aras de la consecución de un objetivo común.

En este sentido, hay que destacar que dicho requisito finalista no quedaría solo como una mera exigencia abstracta, sino que, al amparo del artículo 50.1 de la LRJSP –que prevé que será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad–, entendemos que las partes, al formalizar el convenio, deberían concretar expresamente los objetivos de interés público compartidos que se persiguen con su suscripción.

---

40. Por lo que se refiere al carácter vinculante de los convenios podemos mencionar, por ejemplo, la STC 44/1986, de 17 de abril, F.J. 3). Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo también ha hecho referencia a estas cuestiones, entre otras, en la Sentencia núm. 278/1987, de 23 de febrero, en la que se señalaba que, al ser aplicables a los convenios interadministrativos los principios esenciales de los negocios jurídicos bilaterales, había que concluir también reconociéndoles fuerza vinculante (F.J. 2).

Se han referido también al carácter jurídico obligatorio de los convenios, entre otros muchos, MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, *op. cit.*, pp. 35-37, o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup>, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, *op. cit.*, pp. 339-349.

### 3.2.2

#### Régimen jurídico de los convenios administrativos

Al margen de la definición de qué debemos entender legalmente por convenio administrativo, los artículos 47-53 de la LRJSP regulan muy detalladamente su régimen jurídico. En este caso, y ante la imposibilidad de hacer un análisis en profundidad de todos ellos, centraremos nuestra atención solamente en tres aspectos fundamentales de su regulación: en primer lugar, el ámbito de aplicación de esta normativa; en segundo lugar, la tipología de convenios, y, finalmente, su objeto.

1.– *Ámbito de aplicación.* Como apuntábamos al inicio de nuestra exposición, la LRJSP pretende establecer una regulación integral de las relaciones interadministrativas, que sea aplicable por todas las Administraciones Públicas. En este sentido, debemos entender también que la regulación de los convenios administrativos prevista en la LRJSP se aplicaría con independencia de la Administración Pública que los suscriba.

Es precisamente en este punto donde podemos encontrarnos ya con un primer problema: ¿qué ocurre con la regulación de los convenios administrativos prevista actualmente en otras normas administrativas? O, más concretamente, ¿qué ocurre con la regulación de los convenios administrativos que pueden suscribir las Administraciones locales al amparo de la LBRL?<sup>41</sup>

Nuevamente, la respuesta a esta pregunta no resulta nada fácil. Aunque es cierto que, como se ha afirmado<sup>42</sup>, no parece que la voluntad de la LRJSP haya sido la de derogar expresamente la regulación de los convenios prevista en la LBRL, también es cierto que la LRJSP sí que ha tenido en cuenta esta problemática, puesto que prevé un régimen específico para un determinado tipo de convenio de ámbito local. Así, el artículo 48.7 de la LRJSP afirma que cuando los convenios tengan por objeto la delegación de competencias a una entidad local deberán cumplir con la LBRL.

Por lo tanto, siendo conscientes de esta dualidad de regímenes, podríamos entender que la LRJSP ha optado por dar preferencia a la LBRL sola-

41. En este último supuesto la pregunta no es meramente teórica, sino que puede tener alguna repercusión práctica. Y es que, si comparamos la regulación prevista en la nueva LRJSP y la contenida actualmente en la LBRL, podremos encontrar algunos extremos que no coinciden. Por ejemplo, el artículo 49 h) de la LRJSP prevé que los convenios administrativos deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años; mientras que el artículo 27.1 de la LBRL prevé que los convenios de delegación de competencias a los municipios no podrán tener una duración inferior a los cinco años.

42. VELASCO CABALLERO, F., “Los convenios locales en la nueva Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Blog del Instituto de Derecho Local*, 13 de noviembre de 2015, recuperado de <http://www.idluam.org/blog/?p=363>.

mente cuando se trate de convenios de delegación de competencias. En consecuencia, *a sensu contrario*, podríamos entender que, en todos los demás supuestos, la regulación de los convenios prevista en la LRJSP debería ser aplicada por todas las Administraciones Públicas. De ahí que, más adelante, la Disposición adicional octava de la LRJSP exija la necesaria adaptación a la nueva regulación de todos los convenios suscritos por *cualquier administración pública*.

2.– *Tipología de los convenios administrativos*. En segundo lugar, el artículo 47.2 de la LRJSP incorpora una tipología cerrada de los convenios administrativos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. La redacción literal de este precepto –“Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas [...] deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos”– no deja lugar a dudas acerca del carácter exhaustivo de dicha enumeración.

De una lectura rápida de este precepto podríamos deducir que dicha clasificación toma como referencia, principalmente, el elemento subjetivo, es decir, las entidades que intervienen en el mismo. Así, se distinguen cuatro grandes grupos de convenios administrativos: a) convenios interadministrativos, firmados entre dos o más Administraciones Públicas o entidades instrumentales pertenecientes a diferentes Administraciones; b) convenios intraadministrativos, firmados entre organismos públicos y entidades vinculadas o dependientes de una misma administración pública; c) convenios celebrados con personas jurídicas sujetas al derecho privado; y d) convenios internacionales, celebrados con sujetos de derecho internacional.

Ahora bien, si nos fijamos con atención, veremos que, en algún supuesto, dicha clasificación incorpora también referencias al objeto del convenio –en particular, el artículo 45.2 a) de la LRJSP habla de convenios interadministrativos “para el ejercicio de competencias propias o delegadas”–. Esta precisión en cuanto a su objeto nos plantea la duda de si, realmente, dicha tipología legal es lo suficientemente amplia como para englobar *todos* los convenios actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, ¿dónde situaríamos los llamados convenios normativos, por los que las partes pactan el texto de una determinada norma y se comprometen a adoptarla en su respectivo ordenamiento? ¿O los convenios de fusión entre municipios previstos en el artículo 13.4 de la LBRL? ¿Y los convenios dirigidos a la creación de órganos u organizaciones mixtas? Seguramente, estos y otros supuestos que se nos puedan ocurrir podrían fácilmente reconducirse, de un modo u otro, al concepto amplio de “ejercicio de competencias propias o delegadas” [art. 45.2 a) de la LRJSP]. En todo caso, la práctica nos dirá si dicha clasificación se ajusta o no a la realidad de nuestras Administraciones Públicas.

Por lo demás, hay que tener también muy presente que, junto con los convenios de delegación de competencias a las entidades locales a los que nos referíamos anteriormente, la LRJSP prevé determinados tipos de convenios administrativos que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Así, el artículo 47.2 a) de la LRJSP excluye los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán por lo previsto en sus respectivos estatutos de autonomía; el artículo 48.7 de la LRJSP prevé que cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la normativa estatal y autonómica en esta materia; y, finalmente, el artículo 48.9 de la LRJSP excluye solamente del ámbito de aplicación del Capítulo IV (*De los convenios*) del Título Preliminar de la LRJSP los convenios de encomienda de gestión, así como los acuerdos de terminación convencional del procedimiento administrativo.

En nuestra opinión, no termina de entenderse muy bien el porqué de estas dos últimas exclusiones. Más cuando, a diferencia de los otros supuestos, ni los convenios de encomienda de gestión ni los acuerdos de terminación convencional del procedimiento disponen de una normativa propia que desarrolle expresamente este tipo de negocios jurídicos<sup>43</sup>.

3.– *Objeto de los convenios administrativos*. En tercer lugar, debemos hacer referencia al objeto de los convenios administrativos. En este caso, el punto de partida lo encontraremos en el artículo 47.1 de la LRJSP, *in fine*, que prevé que “los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”.

¿Cómo debemos interpretar este artículo? ¿Significa esto que, a partir de ahora, debemos considerar nulos todos aquellos convenios administrativos que tengan contenido contractual? A primera vista, podría pensarse que sí. Más cuando, como avanzábamos anteriormente, el artículo 50.1 de la LRJSP prevé que la tramitación de los convenios deba acompañarse de una memoria en la que no solo debe justificarse su necesidad y oportunidad, sino también “el carácter no contractual de la actividad en cuestión”.

Sin embargo, no creo que esta sea la interpretación más adecuada, por cuanto debemos tener presente que el ámbito de aplicación objetivo de la normativa contractual es tan amplio que, en la práctica, ello supondría una li-

43. Cfr: art. 11 de la LRJSP (encomienda de gestión) y art. 86 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (terminación convencional del procedimiento).

mitación muy notable a las posibilidades de colaboración entre los diferentes niveles de Gobierno y Administración.

Para hacernos una idea de dicha amplitud, basta con tomar en consideración la definición del *contrato de servicios* prevista en el artículo 10 del vigente 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 la cual este tipo contractual comprende “cualquier prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad que tenga un resultado distinto a la realización de una obra o la prestación de un suministro”. Desde esta perspectiva, podríamos preguntarnos: ¿qué clase de actividades administrativas no resultarían susceptibles de ser subsumidas, siquiera residualmente, dentro de esta categoría contractual?

O más aún, si acudimos al Anexo II del TRLCSP veremos que este precepto concreta algunos de los supuestos que se incluyen dentro del concepto *servicios* a efectos del artículo 10 del TRLCSP, haciendo referencia, entre otros muchos, a la prestación de servicios jurídicos, de investigación y desarrollo, servicios de contabilidad, servicios editoriales y de imprenta, servicios de transporte, servicios de educación y formación profesional, servicios de limpieza, servicios de mantenimiento y reparación, servicios de telecomunicaciones, servicios de informática, servicios de estudio o servicios sociales y de salud. Nuevamente, a tenor de este extenso listado, podríamos cuestionarnos: ¿qué clase de actividades no resultarían capaces de ser calificadas, de algún modo, como *contractuales*?

Por lo tanto, creemos que, en realidad, el artículo 47.1 de la LRJSP no pretende establecer una prohibición absoluta en cuanto al objeto de los convenios administrativos, sino diferenciar un doble régimen jurídico en función de este elemento: así, por un lado, encontraríamos los convenios cuyo objeto sea no contractual, que se registrarán esencialmente por lo previsto en la LRJSP; y, por otro, encontraríamos los convenios que tengan un objeto contractual –este sería el sentido del último apartado del artículo 47.1 de la LRJSP al afirmar “en tal caso”, esto es, cuando los convenios tengan por objeto prestaciones propias de los contratos–, los cuales deberán sujetar su régimen jurídico a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

La justificación de dicha interpretación vendría dada por el hecho de que, cuando los convenios tengan por objeto una prestación propia de un contrato, no puede negarse *a priori* su consideración como un verdadero *contrato público*. En consecuencia, su régimen jurídico quedaría atraído necesariamente hacia lo previsto en la legislación básica en materia contractual.

En este punto, nuevamente, debemos realizar una precisión importante: ¿el hecho de que los convenios administrativos con contenido contractual deban sujetarse a las prescripciones del TRLCSP significa, automáticamente, que su formalización deberá realizarse siempre mediante los procedimientos de adjudicación previstos en la normativa contractual? No necesariamente, puesto que, como hemos intentado exponer en otras ocasiones, el TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación los convenios que no tengan naturaleza contractual [art. 4.1 c) TRLCSP]<sup>44</sup>.

Al margen de las tres cuestiones examinadas, lo cierto es que la LRJSP desarrolla de un modo muy detallado el régimen jurídico de los convenios. Aunque no podemos entrar a analizarlo, podemos destacar la introducción de nuevos requisitos para su validez y eficacia –es el caso, por ejemplo, de la previsión de que los convenios se perfeccionan por el consentimiento de las partes, si bien no resultarán eficaces hasta que no se inscriban en el Registro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación y sean publicados en el BOE (art. 48.8 LRJSP)–, así como la incorporación de nuevas exigencias procedimentales –por ejemplo, la ya mencionada necesidad de elaborar una memoria justificativa de su necesidad, oportunidad e impacto económico (art. 50.1 LRJSP), o la obligada remisión al Tribunal de Cuentas de aquellos convenios cuyos compromisos económicos superen los 600 000 euros (art. 53 LRJSP)–.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que destacar también que, aunque la LRJSP incluye dentro de la regulación básica los convenios que celebra la Administración Pública con un sujeto de derecho privado, lo cierto es que sigue sin regular específicamente el régimen jurídico de dichos negocios. De manera que, más allá de las previsiones genéricas de la LRJSP, quedan sin resolver aspectos tan importantes como la forma de selección del sujeto privado.

44. Acerca de la problemática sujeción de los convenios administrativos a la normativa contractual y sobre la interpretación del artículo 4.1 c) del TRLCSP nos hemos ocupado en varias ocasiones. Por ejemplo, VILALTA REIXACH, M., *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 355-371, o VILALTA REIXACH, M., “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, U. Externado de Colombia, núm. 15, 2016, pp. 83-114.

Igualmente, entre otros muchos, podemos citar a PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados*, Ministerio de la Presidencia - BOE, Madrid, 2012, o SANTIAGO IGLESIAS, D., “Los convenios interadministrativos”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Contratos públicos, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 891-938.

## 4

**A modo de conclusión**

Llegados a este punto, es el momento de ir concluyendo nuestra exposición. Aunque, con toda seguridad, al margen de los temas tratados sería posible haber hecho referencia a otros muchos aspectos de la nueva LRJSP que resultarían de interés, en las páginas anteriores hemos podido comprobar cómo la LRJSP, con sus más y sus menos, ha hecho un esfuerzo importante para ordenar y sistematizar nuestro complejo sistema de relaciones interadministrativas. En este sentido, y sin perjuicio de las críticas y observaciones que podamos realizar, creo que todo intento de avanzar en la definición de un verdadero sistema general de relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas debe verse de un modo positivo.

Ahora bien, no quisiéramos terminar estas páginas sin hacer una última reflexión final. Y es que si nos fijamos con atención veremos cómo el núcleo principal de la regulación prevista en la LRJSP se centra en las relaciones de colaboración o cooperación, es decir, en aquellas que se construyen desde la base de la voluntariedad e igualdad de las partes. Sin embargo, como hemos visto, la Ley casi no hace referencia a las relaciones de coordinación, y mucho menos aún a las relaciones de control o de conflicto que también pueden establecerse entre las diferentes Administraciones Públicas.

Por ello, en definitiva, si —como decíamos al principio de este trabajo— la voluntad del legislador estatal era crear un verdadero sistema de relaciones entre Administraciones, quizá se podía haber aprovechado para hacer alguna referencia a estas otras situaciones que indiscutiblemente formarían parte también de las *relaciones interadministrativas*.

# La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común

FERNANDO GARCÍA RUBIO

*Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. Técnico de administración general del Ayuntamiento de Madrid*

- 1. Marco normativo**
  - 1.1. Contexto general
  - 1.2. El procedimiento administrativo
  - 1.3. El procedimiento común
- 2. La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas y la de las entidades locales en particular**
  - 2.1. La potestad reglamentaria. Entidades que la pueden ejercer
  - 2.2. El procedimiento y la potestad reglamentaria
  - 2.3. La potestad reglamentaria local
- 3. La potestad reglamentaria en la LPCAP**
  - 3.1. Determinaciones generales
  - 3.2. La inderogabilidad singular
- 4. La potestad reglamentaria local en la LPCAP**
- 5. Buena regulación y evaluación normativa**
- 6. La necesidad de publicación**
- 7. La planificación normativa**
- 8. La participación de la ciudadanía**
- 9. Conclusiones**
- 10. Bibliografía**

## Resumen

En el presente trabajo se analizan las determinaciones de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con respecto a la potestad reglamentaria

*Artículo recibido el 23/05/2017; aceptado el 12/06/2017.*

de las entidades locales, partiendo de su reconocimiento legal, sus relaciones con las determinaciones básicas de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y los aspectos organizativos y procedimentales a que deben atenerse las nuevas ordenanzas y reglamentos locales, así como realizando diversas precisiones y críticas sobre la regulación existente y su origen.

Palabras clave: *ley; reglamento; potestad; procedimiento; entidades locales; regulación; participación; evaluación normativa; ubicación.*

**Normative powers of local entities after the Law 39/2015, of 1 October, of the Administrative Procedure of Public Administrations**

**Abstract**

*This article analyzes the measures of Law 39/2015, of 1 October, of the Administrative Procedure of Public Administrations, regarding the normative powers of local entities. The study deals with the recognition of these powers, their relationship with Law 7/1985, of 2 April, on the basis of local law, as well as the organizational and procedural matters which must observe the new local ordinances and regulations. The article provides a critical standpoint about the current regulation and its origin.*

Keywords: statutes; regulations; powers; proceedings; local entities; regulation; participation; normative evaluation; location.

**1**

**Marco normativo**

**1.1**

**Contexto general**

La aprobación de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPCAP), que entró en vigor el 2 de octubre de 2016, supone una variación, en conjunción con su melliza Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), del régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común en

general, y por tanto de las entidades que integran la Administración local, tal y como el artículo 2.1.c) de la propia LPCAP preceptúa.

Así, desarrollando los preceptos de los artículos 105 y 149.1.18.<sup>a</sup> de la Carta Magna, esta norma viene a sustituir en ese aspecto del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y por tanto de las entidades locales, a la ahora derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPC).

Ahora bien, la nueva Ley, siguiendo el dictamen de la CORA<sup>1</sup>, se separa de la regulación conjunta del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y tan solo se centra en el procedimiento administrativo común a todas ellas, volviendo por tanto al sistema anterior a la LRJAPC que ahora se deroga, esto es, a la diferenciación entre la Ley de procedimiento administrativo y la Ley de régimen jurídico.

Esta sustitución de la LRJAPC no es automática, puesto que se establece en la nueva Ley una *vacatio legis* de un año, por lo que hasta su entrada en vigor fueron plenamente de aplicación las determinaciones legales y reglamentarias que la Ley deroga en su disposición derogatoria única.

De hecho, esta entrada en vigor de la Ley, tras ese periodo tan largo, ha sido objeto de numerosas críticas, olvidando que el originario de la LRJAPC era de igual plazo, y que fue objeto de una expresa ampliación a 18 meses mediante el Real Decreto-ley 14/1993, de 4 de agosto. En cualquier caso debe reseñarse que en diversos aspectos<sup>2</sup> el periodo transitorio es más amplio.

1. La Comisión para la Reforma Administrativa tiene su origen en el Acuerdo de 26 de octubre de 2012 del Consejo de Ministros, por el que se crea una comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. La Comisión se adscribió al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, y fue presidida por el subsecretario de la Presidencia. Fruto del trabajo de dicha Comisión se produjo el citado informe, y posteriormente el Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, creó la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración, OPERA, con el objetivo de velar por la ejecución de las medidas incluidas en el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, asumir su seguimiento, impulso, coordinación, y, en su caso, proponer nuevas medidas. Finalmente (por el momento) el Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto, otorga carácter permanente a OPERA, y le asigna además las funciones relativas al Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, derogándose el RD 479/2013.

2. Las previsiones de la LPCAP 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, producirán efectos a los 2 años de la entrada en vigor de la Ley, esto es, desde el 3-10-2018. Por otro lado, el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993), si bien se deroga, puede considerarse aplicable hasta el 3-10-2017, como consecuencia del juego de la disposición final 5.<sup>a</sup> de la LPCAP, que abre un plazo de un año para la adaptación o adecuación de los reglamentos y normas reguladoras de los “procedimientos normativos” existentes a la nueva

Esta norma es consecuencia (según se recoge de forma expresa en la exposición de motivos de la Ley) de los indicados trabajos de la Comisión CORA<sup>3</sup>, en cuyos documentos, amén de actualizar el contenido de la LRJAPC, se pretendió una mejora, reforma, simplificación y racionalización del conjunto de la Administración Pública española.

En cualquier caso, y sin perjuicio de las críticas<sup>4</sup> que se han realizado sobre la extensión de los conceptos “básicos” que recoge la Ley, el fundamento de esta es la concreción del denominado procedimiento común a todas las Administraciones Públicas, que reserva al Estado el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, con la adecuación a la realidad actual derivada del paso de los 24 años transcurridos entre la aprobación de la anterior LRJAPC y el momento de crisis y control del gasto público que nos envuelve.

Así, tal y como afirma SANTAMARÍA PASTOR<sup>5</sup>, en términos muy generales, los dos textos que hemos indicado (la LPCAP y la LRJSP) merecen una valoración positiva desde una perspectiva formal. Se coincida o no con sus contenidos, es obligado reconocer que nos hallamos ante dos documentos elaborados con minuciosidad y técnica jurídica depurada, que revelan un intenso trabajo de fondo: no se trata, como ha sucedido en otras muchas ocasiones, de proyectos redactados apresuradamente, sin cuidado alguno por el estilo y

---

regulación legal. Y ello tanto directamente como por vía indirecta, en tanto que a la regulación contenida en dicho Reglamento se remiten expresa o implícitamente numerosísimas disposiciones legales y reglamentarias, generales o sectoriales, estatales, autonómicas, forales o locales, a efectos de integrar su propio contenido.

Situación parecida es la del Reglamento de procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (Real Decreto 429/1993). En el ámbito de la Ley “melliza” LRJSP también se recogen diversas ampliaciones y acortamientos de ese plazo.

3. Con respecto a dicha Comisión de Reforma Administrativa y sus conclusiones, puede consultarse a José María GIMENO FELIÚ, en “El informe CORA”, *Heraldo de Aragón*, 17 de diciembre de 2013, pág. 19.

4. De hecho, las críticas recogidas en los debates parlamentarios han derivado en la interposición de dos recursos de inconstitucionalidad que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencias de 19 de julio de 2016, acordó admitir a trámite. Son los siguientes recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Cataluña y Canarias contra esta LPCAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

– Recurso de inconstitucionalidad núm. 3628-2016, promovido por el Gobierno de Cataluña contra los artículos 1, apartado 2; 6, apartado 4, párrafo segundo; 9, apartado 3; 13.a); 44; 53, apartado 1.a), párrafo segundo; y 127 a 133; las disposiciones adicionales segunda y tercera, y la disposición final primera, apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

– Recurso de inconstitucionalidad núm. 3865-2016, promovido por el Gobierno de Canarias contra el artículo 1, en conexión con el Título VI (artículos 127-133), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

5. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, número 2.

la claridad, y trufados de ocurrencias, sino de iniciativas muy estimables y meritorias.

No obstante, a esa opinión debemos adicionar, en nuestro criterio, que las prisas por entrar dentro del horizonte temporal previo a las elecciones del 20 de diciembre de 2015 han implicado diversas imprecisiones y defectos del texto, que con una tramitación más pausada bien podían haberse corregido.

Ahora bien, no es objeto de este trabajo un estudio de toda la Ley, sino tan solo de las determinaciones referidas al ejercicio de la potestad reglamentaria.

## 1.2

### El procedimiento administrativo

La modificación legal que nos ocupa en cuanto a la regulación de la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, regula el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, y por tanto el de las entidades locales, por lo que se hace necesario refrescar el concepto tanto de procedimiento administrativo como de procedimiento común, antes de avanzar en nuestro estudio específico.

El procedimiento es, según Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ<sup>6</sup>, un cauce necesario para la producción de actos administrativos, elevándose así a condición de validez de estos; por tanto, el procedimiento está vinculado a la existencia del acto. No puede haber actos sin un previo procedimiento, por lo menos en un Estado de derecho que establece como fórmulas de actuación una serie de requisitos formalistas que son esenciales para la producción de los actos, toda vez que el principio de autotutela, tanto declarativa como ejecutiva, reviste a las diversas Administraciones Públicas, y por tanto a las entidades locales, de una serie de privilegios que deben ser debidamente contrapesados, en un sistema de garantías como es el Estado de derecho, por unas garantías formales a favor del ciudadano, que se cristalizan en el previo procedimiento.

Así, siguiendo a los citados autores y obviando la lógica distinción entre acto y reglamento (aunque este se apruebe por un acto concreto), debemos señalar que el procedimiento regula simultáneamente cuatro cuestiones:

---

6. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 17.ª edición, Thomson-Civitas, 2015, pág. 565.

a) Una primera que es, evidentemente, al estarnos refiriendo a un procedimiento administrativo, una actividad emanada de una entidad administrativa; obviamente dicha actividad debe vincularse a un supuesto concreto de hecho que se deberá incardinar para otorgar validez al procedimiento y al acto consecuente de este, en la materia objeto de la competencia de dicha Administración.

b) En segundo lugar, se ocupa de establecer la participación de toda una pluralidad de sujetos o de órganos en la adopción de dicha resolución, y así, a través de los informes, las propuestas, los dictámenes, ya sean obligatorios o facultativos, los procedimientos de información pública o audiencia del interesado, etc., se concretan las obligaciones y los derechos de todos los interesados, ya sea por su relación de servicio o competencia administrativa, o por su interés en el procedimiento como promotores de este o como posibles beneficiarios o perjudicados del mismo.

c) En tercer lugar, el procedimiento implica la necesidad de adoptar, tal y como afirman los ya citados Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ<sup>7</sup>, unas ciertas formas de actuación que puedan dar lugar a unos requisitos determinados, como puede ser una convocatoria pública para un sistema de selección de personal, o una licitación en la selección del contratista, o una necesidad de establecer un pliego de cargos para un procedimiento sancionador, etc. Y en este caso, la adopción de una disposición de carácter general.

d) Y en cuarto y último lugar, con una relevancia jurídica especial a juicio de los citados autores –lo que compartimos–, la necesidad de establecer la participación de las personas que tienen la condición formal de partes en el procedimiento, distintas de la Administración actuante. Una exigencia, por tanto, de iniciativa de los ciudadanos en los procedimientos o actos que sean rogados o a instancia de parte, conforme se establece en el artículo 70 de la derogada –a partir del 2 de octubre de 2016– LRJAPC (ahora, el art. 66 de la LPCAP); garantías en cuanto a la posibilidad de participar en la prueba, conforme a los artículos 77 y 78 de dicha Ley; la audiencia al interesado, del artículo 82 LPCAP, etc.

Estamos, por tanto, en un procedimiento derivado de una relación jurídica procesal, con una dualidad de partes, y que no se limita a una mera ordenación técnica, sino que se establece un auténtico vínculo jurídico que debe, como anteriormente apuntábamos, recogerse en un Estado de derecho, en base a unas garantías imprescindibles para las partes. Ahora bien, esta determinación general debe ser precisada para el concreto procedimiento, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y para cuestionarnos si existe dua-

7. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 564.

lidad de partes, puesto que la segunda de las partes no es concreta, aunque sí obligada por la determinación de audiencia del art. 105 de la CE.

En cualquier caso, la consideración de unas garantías y consecuencias jurídicas, derivadas del carácter procesal sustancial de un procedimiento, implica lógicamente, cuando no se cumplimentan esas garantías para las partes, incluso la nulidad del acto dictado en virtud del procedimiento (y así el clásico ejemplo de la falta de audiencia del interesado que genera indefensión y por tanto nulidad de pleno derecho, conforme a lo determinado en el artículo 62 de la LRJAPC y ahora el 47.2 de la LPCAP). Por lo que tiene una evidencia y naturaleza sustancial en relación con el propio concepto de procedimiento, compartiéndose como ya apuntábamos, por tanto, la opinión de dichos autores frente a la de otros de relevancia, como por ejemplo GARRIDO FALLA<sup>8</sup>, sobre que el procedimiento puede tener un carácter de simple formación gradual de la voluntad administrativa, como resultante de una integración de las voluntades de todos aquellos sujetos y órganos que han participado en la operación procedimental. Puesto que si bien es un cauce necesario para la adopción de actos y resoluciones administrativas, estas no se pueden adoptar libremente, dado que en nuestro Estado de derecho –y recuérdese que el artículo 105.b) del texto constitucional lo recoge expresamente– debe otorgarse audiencia a los interesados antes de la adopción de los actos, o a sus entidades representativas, en el supuesto de disposiciones administrativas de carácter general, en relación con su elaboración (que en el ámbito local es directa con la ciudadanía).

En cualquier caso no puede olvidarse la importancia cardinal que sobre el procedimiento tiene la naturaleza administrativa de este, puesto que de la cualidad procesal que hemos descrito lo más resaltable es el ejercicio de esa función administrativa, cuyo cauce formal es el procedimiento, por lo que se ve sometido a las características derivadas del derecho administrativo.

Obviamente, tal y como más adelante estudiaremos, el ejercicio de la potestad reglamentaria como función administrativa prototípica está sometido a la existencia de un previo procedimiento administrativo.

### 1.3

#### El procedimiento común

En cualquier caso, con la indicada LPCAP nos encontramos ante una nueva regulación del procedimiento administrativo común, sobre cuyo concepto ya

---

8. Fernando GARRIDO FALLA, “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública*, n.º 150, 1999, págs. 115-158.

apuntamos en su día<sup>9</sup> que el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE atribuye competencia al Estado para establecer, en primer lugar, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y, en segundo lugar, para regular el procedimiento administrativo común.

En cuanto a lo primero, hay que decir que la STC 32/1981 no utiliza un concepto excesivamente restringido de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que abarque solo aspectos organizativos y relaciones interadministrativas; al contrario, utiliza un concepto más amplio, en la medida en que el propio art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE señala que esas bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se orientan a conseguir un tratamiento común de los ciudadanos ante todas ellas; lo que obviamente comporta una dimensión o proyección externa. La STC 14/1986 añade que dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se integran, desde luego, las formas de personificación de los entes públicos, a pesar de lo cual no es (o era tras la derogación operada por la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) formalmente básico el Título III de la LOFAGE (del art. 41 al art. 65), titulado “Organismos públicos”; si bien en buena medida sus previsiones sí se han incorporado, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, a las bases del régimen local (plenamente constitucionales en este aspecto tras las SSTC 103/2013 y 41/2016), estándose, por tanto, en igual medida a las determinaciones que ahora se contienen en la redacción de la LRBRL vigente tras la polémica Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, 27/2013, de 27 de diciembre<sup>10</sup>.

Por lo que se refiere al procedimiento administrativo común<sup>11</sup>, en primer lugar se plantea si se trata de una competencia exclusiva del Estado, o más

9. Fernando GARCÍA RUBIO, *Procedimiento administrativo común y procedimientos singulares*, El Consultor – Wolters Kluwer, 2010.

10. Sobre esta reforma, *vid.* Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014; Juan Antonio CARRILLO DONAIRE y Pilar NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-El Consultor, 2014; Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014; Lorenzo MELLADO RUIZ, *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma local?*, CEMCI, 2014; Manuel MEDINA GUERRERO, *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, 2014; José María CAMPOS DAROCA, *La reforma de la Ley de bases de régimen local: Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Bosch, 2014; y Manuel CEBRIÁN ABELLÁN, *El régimen local tras la reforma de la Ley de racionalización y sostenibilidad*, Bosch-Wolters Kluwer, 2014.

11. Sobre el procedimiento común y la elaboración de reglamentos, *vid.* José Luis BERMEJO LATRE, “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, *REDA*, n.º 124, 2004, págs. 611-632.

bien de una competencia básica. En segundo lugar, cuál es la proyección o alcance, interno o externo, de esa noción.

En cuanto a lo primero, un sector de la doctrina (por ejemplo, LÓPEZ RAMÓN)<sup>12</sup> ha llegado a la conclusión de que el procedimiento administrativo común es una competencia exclusiva del Estado, precisamente porque el precepto no alude a las bases del procedimiento administrativo común. En cambio, otro sector doctrinal señala que, en realidad, el alcance de la competencia estatal es, en este caso, similar al que tendría una norma básica.

Esto último es lo que parece desprenderse de la STC 227/1988 y de la STC 23/1993, más clara quizá la segunda que la primera. La primera de estas sentencias señala que el procedimiento administrativo común no se identifica con procedimiento administrativo general, frente a los procedimientos administrativos especiales, como el que aquí nos ocupa en concreto (pese a lo cual la LRJAPC dejó subsistentes los arts. 129 y ss. de la LPA de 17 de julio de 1958, sobre procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales, al no entender que la cuestión se integrara en el procedimiento común; esa regulación ya fue derogada y sustituida por el art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, y es la que ahora contempla entre otras cosas el último Título de la LPCAP, que es objeto de estas líneas). La segunda de estas sentencias, por su parte, completa la afirmación de la anterior relativa a que el procedimiento administrativo común constituye un conjunto mínimo de garantías, que por tanto no pueden ser menoscabadas por las regulaciones que efectúen las comunidades autónomas. Así, la STC 227/1988 señala que pertenecen al procedimiento administrativo común las normas definidoras de la estructura general del *iter* procedimental, la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo, de modo señalado, las garantías generales de los ciudadanos.

En lo relativo al alcance objetivo de la noción de procedimiento administrativo común, realmente su deslinde respecto de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas no es una cuestión clara. En efecto, el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE señala que la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común se entiende sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas; lo que significa que, si bien en principio las garantías del procedimiento común tienen una dimensión externa (así, PAREJO ALFONSO)<sup>13</sup>, de relación Administración-ciudadano.

12. Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 130, 1993, págs. 97-130.

13. Luciano PAREJO ALFONSO, “La Ley 30/1992 y la Ley 7/1985: una valoración global de la integración del régimen básico de la Administración local en el conjunto de las Admi-

dadanos, las comunidades autónomas pueden desarrollar peculiaridades procedimentales en atención a su organización (tema en principio incardinable en el régimen jurídico). En suma, en ambas nociones la dimensión interna y la externa se hallan fuertemente imbricadas.

Por lo demás, la STC 23/1993 subraya que las peculiaridades procedimentales que pueden establecer las comunidades autónomas se pueden también basar en las peculiaridades de su derecho sustantivo. De aquí deduce precisamente SÁINZ MORENO<sup>14</sup> que la noción de procedimiento administrativo común sería equivalente a la de bases del procedimiento administrativo.

A la vista de todo lo anteriormente analizado, debemos destacar la existencia de un procedimiento común, reservado como ya hemos indicado a la legislación estatal, sin perjuicio de la especialidad derivada de la organización propia de las comunidades autónomas. En ese sentido, el reconocimiento específico, por los diversos estatutos de autonomía, de títulos competenciales procesales administrativos en diversas materias como concesiones, contratos, etc., tal y como se deriva de los estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, etc., obviamente en el marco de la legislación básica del Estado, a la que deberán circunscribirse dichos procedimientos, y por tanto existiendo una evidente identificación entre lo que es procedimiento administrativo común y legislación básica, que a su vez se subsume, tal y como opina LÓPEZ MENUDO<sup>15</sup>, supone que cualquier Administración, a la hora de regular su materia competencial sustancial de los diversos campos de la acción administrativa, como puedan ser el urbanismo, los transportes, la seguridad vial, etc., deberá cumplimentar tanto sus normas legales, en el caso de las comunidades autónomas, en las materias que gocen de competencia exclusiva, como, en las que gocen de mayor lógica de competencia de desarrollo de la legislación básica del Estado, unos requisitos o reglas mínimas procedimentales referidos a la estructura de los cauces formales para la adopción de las diferentes resoluciones administrativas que puedan recaer.

---

nistraciones Públicas”, *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1, 1995, págs. 29-56, y “Algunas reflexiones sobre aspectos generales de la modificación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 4, 1999.

14. Fernando SÁINZ MORENO, “Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)”, en Benigno PENDÁS GARCÍA (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, 1993, págs. 105-174.

15. Francisco LÓPEZ MENUDO, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en Javier BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas – Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, 1993; en concreto, pág. 148.

Así, en ese sentido, cabe destacar, en cuanto al margen para regular los procedimientos por las diferentes entidades en que se organiza el Estado, conforme a la disposición del artículo 137 de la Constitución, por una parte, las entidades dotadas de potestad legislativa, que son entes del propio Estado en cuanto a la instrumentalización de la Administración general por parte de la organización territorial que le da soporte a través de las Cortes Generales, y, por otra, las diferentes comunidades autónomas, que, conforme a los diferentes estatutos de autonomía, gozan de competencia legislativa en materia del desarrollo del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y, por tanto, de las determinaciones correspondientes<sup>16</sup>.

Junto a esas facultades reservadas al Estado, coexisten, tal y como recuerda el Tribunal Constitucional, numerosas reglas especiales de procedimiento, aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa por razón de la materia, puesto que la Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos especiales. Antes bien, conforme afirma la STC 227/1988, hay que entender que esta es una competencia conexa a las que respectivamente tanto el Estado como las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. He aquí la paradoja del procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria: es un procedimiento específico, pero común a todas las Administraciones Públicas (sin perjuicio de sus singularidades organizativas), y no un procedimiento singular de cada una.

Por tanto, conforme a lo anteriormente relatado, debemos distinguir entre un procedimiento administrativo común general, que debe respetarse en cada procedimiento sustantivo, los procedimientos sustantivos o materiales

---

16. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), recoge en sus artículos 110 a 115, en primer lugar, una definición general de las tipologías competenciales, que distingue competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas. En segundo lugar, se determinan una serie de criterios y principios sobre diversos aspectos, tales como la participación en el ejercicio de las competencias estatales, la incorporación de la acción exterior, la actividad de fomento o el alcance territorial de las competencias.

Para un estudio más detallado de este Capítulo I del Título IV, se deberán tener en cuenta los fundamentos jurídicos 59 a 62 de la STC 31/2010, que, en términos generales, desestiman las impugnaciones planteadas o proponen una determinada interpretación de los preceptos para hacerlos compatibles con la Constitución, excepción hecha del FJ 60 de la Sentencia, que declara “inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso ‘como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto’. Con su supresión, el art. 111 EAC se limita a describir correctamente las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de unas bases estatales cuyo contenido y alcance serán siempre, y solo, las que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal”.

en cada una de las diversas competencias en que está dividida la acción administrativa, y en lo que aquí nos afecta un procedimiento singular común para el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es diferente y no con especialidades adicionadas sobre el común general, como los de carácter sancionador o de ejercicio de la responsabilidad patrimonial<sup>17</sup>.

El objeto concreto del procedimiento habrá de vincularse, tal y como destaca GONZÁLEZ PÉREZ<sup>18</sup>, a la función administrativa correspondiente, y así cada una de las diversas funciones administrativas da lugar a unas actuaciones y a un procedimiento, en el que únicamente podrán plantearse y decidirse ciertas cuestiones. Dichas cuestiones vienen delimitadas, por lo que constituyen el objeto al que se ha establecido el procedimiento.

## 2

### La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas y la de las entidades locales en particular

#### 2.1

#### La potestad reglamentaria. Entidades que la pueden ejercer

La capacidad para dictar reglamentos es una de las capacidades inherentes a la naturaleza del Ejecutivo, eso sí, claramente supeditada a la ley en un Estado de derecho como el nuestro. Así, el art. 97 de la Carta Magna recoge de forma expresa la potestad reglamentaria referida al Gobierno, en este caso de la Nación, pero que todos los estatutos de autonomía recogen de forma expresa para las correspondientes instituciones de las comunidades autónomas; y, como veremos, las leyes así lo hacen para las entidades locales.

Esta potestad no tiene un carácter uniforme, sino que su alcance, contenido e importancia variarán en función de la Administración Pública ante la que nos encontremos. El poder para dictar normas reglamentarias está reconocido constitucionalmente (conforme a la noción de autonomía del art. 137) en favor de los entes públicos territoriales (Estado, comunidades autónomas y entes locales), aunque también existen referencias en la Carta Magna y las leyes a la potestad reglamentaria de otros entes públicos no

17. De hecho, el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto, afirmó la imposibilidad de regular con carácter común un procedimiento de elaboración de reglamentos, lo que implicó su vuelta al ámbito solo estatal en la LG.

18. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters – Civitas, 2009, pág. 63.

territoriales<sup>19</sup>. Podemos concluir, pues, que tienen atribuida la potestad reglamentaria todas las personas jurídico-públicas a las que la Constitución o una ley se la confiera<sup>20</sup>. No obstante, esta cuestión no es pacífica ni doctrinal, ni conceptualmente.

De acuerdo con lo que acabamos de señalar podemos definir el reglamento como aquella norma escrita, con rango inferior a la ley, dictada por la Administración Pública o por los órganos jurídico-públicos que la tengan atribuida legalmente. Esta definición de carácter general no puede hacernos perder de vista la inexistencia de una forma reglamentaria única, sino que existen una pluralidad de manifestaciones reglamentarias, por lo que hay que atender al contenido de estas manifestaciones para determinar si nos encontramos ante una disposición general reglamentaria o, simplemente, ante un acto administrativo revestido del ropaje reglamentario, distinción esta que no tiene un carácter baladí, ya que el régimen jurídico aplicable será muy distinto en función de que nos encontremos ante un reglamento, o un simple acto administrativo (así, procedimiento de elaboración; mecanismo a utilizar para la eliminación –derogación o revocación–; nulidad..., etc.).

Dicha potestad está lógicamente vinculada en principio, con carácter general, y dejando al margen las posibilidades de entidades de derecho público no territoriales, como cualquier Estado, a un territorio, y así, de las diversas tipologías en que puede derivarse la articulación de las competencias de la Administración Pública, la primera de las distinciones a que se suele acudir, tanto por los autores como por los dirigentes políticos, es al hecho territorial; puesto que cualquier organización que se preste debe pretender alcanzar en sus capacidades a todo el ámbito físico de actuación referido a su esfera de competencias.

Visto ese marco de entidades territoriales dotadas de potestad reglamentaria, podemos señalar –con MELERO ALONSO<sup>21</sup> que, partiendo de la atribución constitucional de la potestad reglamentaria, la potestad reglamentaria del Gobierno no procede de una atribución legislativa, sino de una atribución

19. Así, a título de ejemplo, el art. 27.10, en la medida en que reconoce la autonomía universitaria; más aún, a determinados entes que no son en modo alguno Administración Pública, como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial.

20. La regulación de esa potestad reglamentaria del Gobierno se recoge en la modificación que de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, realiza la disposición final tercera, punto doce, de la LRJSP 40/2015, que señala: “El Gobierno ejercerá la iniciativa y la potestad reglamentaria de conformidad con los principios y reglas establecidos en el Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el presente Título”.

21. Eduardo MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, marzo 2005, pág. 85.

directa y expresa de la Constitución, circunstancia esta que ya afirmara Ignacio DE OTTO<sup>22</sup>.

El Gobierno tiene por tanto, en nuestro sistema, una potestad reglamentaria originaria, en tanto en cuanto deriva de la propia Constitución, circunstancia esta que se matiza por GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH<sup>23</sup>, en el sentido de que se considera que el fundamento de la potestad reglamentaria del Gobierno en su conjunto es constitucional, pero su ámbito es legal, mientras que el fundamento y ámbito de la potestad reglamentaria de los ministros es tan solo legal.

Así, al Gobierno se le reconoce un mayor margen de decisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria, entendiéndose que la atribución de dicha potestad reglamentaria se hace al margen de la función ejecutiva, puesto que se contraponen, en el art. 106.1 de la Carta Magna, la potestad reglamentaria y la actuación administrativa. Por tanto, se podría llegar a afirmar que no era necesaria una habilitación legal específica para dictar reglamentos, prescindiéndose de la clásica distinción entre dicha inexistencia para la regulación organizativa interna de la Administración o regulación *ad intra*, frente a la igualmente clásica necesidad de una expresa atribución legal de dicha potestad para las regulaciones *ad extra*, esto es, hacia los ciudadanos, o potestad reglamentaria general y no organizativa.

En ese sentido nuestra doctrina<sup>24</sup> y jurisprudencia claramente han precisado la necesidad de esa expresa habilitación legal o reserva de ley para el ejercicio de la potestad reglamentaria, a excepción de las determinaciones organizativas de las Administraciones Públicas, a las que hemos hecho referencia anteriormente.

Ahora bien, la capacidad para dictar reglamentos debe diferenciarse de la capacidad de dirección de los servicios públicos por parte de las autoridades correspondientes, y la lógica y consecuente de dictar las correspondientes instrucciones de servicio en base a la relación jerárquica prevista en el art. 103.1 de la Carta Magna, que ahora se recoge en la LRJSP 40/2015<sup>25</sup>.

22. Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 222.

23. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Artículo 97: funciones del Gobierno”, en Oscar ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, arts. 97 a 112, Edersa, Madrid, 1998, págs. 42 a 208, y en concreto pág. 164.

24. Así, por ejemplo, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, 27.ª edición, 2016, pág. 111.

25. Así, el artículo 6, bajo el enunciado “Instrucciones y órdenes de servicio”, establece:  
1. *Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.*  
*Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de*

## 2.2

### El procedimiento y la potestad reglamentaria

En sí mismo el procedimiento específico para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, o procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria de cada una de las Administraciones Públicas, estaba expresamente excluido del ámbito del procedimiento administrativo común, tal y como se señaló en la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, en tanto en cuanto está íntimamente relacionado con la potestad de autoorganización de las diversas Administraciones Públicas, como igualmente determinó el alto intérprete de la Constitución en la STC 50/1999, a la hora de abordar las determinaciones del Título II de la LRJAPC. Esta singularidad del procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, en cuanto al procedimiento sustantivo, debe hacernos reflexionar sobre la naturaleza previa de estas disposiciones, sin incidir en la clásica distinción entre acto y reglamento, ya estudiada por GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>26</sup>.

Así, con carácter general, la LRJAPC solo recogía dos preceptos directos en relación con las disposiciones administrativas de carácter general, que son los ubicados en los arts. 51 y 52 de dicha norma, sobre jerarquía y competencia, y publicidad e inderogabilidad singular, a los cuales debemos adicionar en sentido negativo la determinación del art. 62.2 sobre la nulidad de pleno derecho de las citadas disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, conforme se recoge en la traslación al ámbito de la potestad reglamentaria de las determinaciones del art. 9.3 de la Constitución Española de 1978, 1.2 del Código Civil, y 51 y 115 de la propia LRJAPC. Hoy en la LPCAP se establece en el art. 128<sup>27</sup>.

Cabe recordar que la potestad reglamentaria tiene una configuración constitucional, en tanto en cuanto el art. 97 de la Carta Magna se la atribuye

---

*servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.*

*2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.*

26. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 187 a 190.

27. El texto de la LPCAP debe complementarse con la nueva redacción que del art. 24 de la Ley del Gobierno realiza la disposición final tercera.doce de la LRJSP, referida al procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación.

al Gobierno, atribución que debemos entender hoy claramente referenciada a todas las Administraciones Públicas, al menos las de carácter territorial, que están dotadas expresamente de dicha potestad, y en ese sentido los arts. 23 y 24 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, recogen tanto la potestad reglamentaria en sí misma como el procedimiento de elaboración de los reglamentos para el ámbito estatal.

Así, por lo que se refiere a las diversas comunidades autónomas, la expresa posibilidad de ostentar la potestad reglamentaria por parte de las Administraciones de estas queda reflejada en los diferentes estatutos de autonomía<sup>28</sup>.

Debemos señalar, tal y como afirma para la Comunidad de Madrid FERNÁNDEZ VALVERDE<sup>29</sup>, que el Estatuto establece también en los arts. 40.2 y 43 diversas determinaciones sobre esta materia, en relación con la necesidad de publicación, por orden del presidente del Gobierno de la Comunidad de Madrid, en el Boletín Oficial de esta y, en su caso, en el *Boletín Oficial del Estado*, y con el control, para el ejercicio de la potestad reglamentaria referida, por los tribunales ordinarios.

Las determinaciones que se recogen en los diversos estatutos de autonomía, ya sea con carácter genérico de reconocimiento de la potestad reglamentaria de los diversos Gobiernos autonómicos, ya sea de forma más específica y desarrollada, como el caso que acabamos de explicitar, de la Comunidad de Madrid, se desarrollan en las igualmente diversas legislaciones sobre régimen jurídico de las diferentes Administraciones Públicas autonómicas, que, cumplimentando tanto las competencias exclusivas de las comunidades autónomas, sobre potestad de autoorganización de sus diferentes Administraciones, como sus competencias de desarrollo de las bases estatales o del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, han aprobado las diecisiete asambleas legislativas de las organizaciones regionales.

28. Así, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, el art. 22.1 de dicho Estatuto aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, recoge la potestad reglamentaria conferida al Gobierno de la Comunidad de Madrid, en materia no reservada en dicho Estatuto a la Asamblea, estableciéndose diversos ámbitos de la potestad reglamentaria en el art. 27.2 del Estatuto en relación con las materias de competencia exclusiva, y en el 28.2 en relación con las materias respecto de las que la Comunidad Autónoma goce de competencias para el desarrollo de la legislación básica del Estado. Por otro lado, en el caso de Canarias, su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, recoge en su art. 15.2 que al Gobierno de Canarias corresponde la potestad reglamentaria. Esta función es expresamente recogida, como no puede ser de otra manera, por el art. 13 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

29. Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, “La Administración Pública de la Comunidad de Madrid. Parte I: Régimen jurídico”, en Enrique ARNALDO ALCUBILLA y José Joaquín MOLLINEDO CHOCANO (coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*, Comunidad de Madrid, 1999, pág. 228.

Igualmente debemos recordar que, al amparo de las leyes orgánicas 1 y 2/1995, aprobatorias de los estatutos de autonomía de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, estas ciudades autónomas tienen reconocido el ejercicio de potestad reglamentaria, lo cual han regulado a través de reglamentos propiamente dichos, por carecer de potestad legislativa y singularidades de reconocimiento como en los casos de Madrid<sup>30</sup> y Barcelona<sup>31</sup>.

Por otro lado, en cuanto a los tres niveles territoriales en que la organización territorial del Estado se articula conforme a lo previsto en el art. 137 de la Carta Magna, las entidades locales gozan de potestad reglamentaria en el ámbito previsto, por un lado, por la legislación básica del Estado, y en concreto por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y, conforme a dicha determinación básica, por la remisión o no a la legislación de desarrollo de las diferentes comunidades autónomas sobre régimen local, que en los estatutos catalán y andaluz es muy extensa.

En una primera instancia, debemos recordar que el art. 4.º de la citada LRBRL otorga potestad reglamentaria a los municipios, circunstancia esta que debemos entender extendida igualmente a las diputaciones provinciales u otras corporaciones representativas de carácter provincial y naturaleza local, como las diputaciones forales, y, en su caso, conforme determina el Tribunal Constitucional, las veguerías u otras corporaciones de carácter local; así como, por referencia en igual medida al art. 141 de la Ley de leyes, a los cabildos y consejos insulares en los archipiélagos Canario y Balear.

Mientras que, por otra parte, el art. 3.2 de la LRBRL remite a la legislación autonómica de desarrollo la posibilidad de que ostenten o no potestades, y por tanto la potestad reglamentaria, otras entidades de ámbito local pero que no tengan esa relevancia constitucional —y así, se desarrolla una reserva específica en la legislación básica estatal—, como las comarcas, mancomunidades de municipios, áreas metropolitanas y entidades de ámbito territorial inferior al municipio.

30. En cuanto a la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, sus arts. 48 y 49 disponen unas reglas singulares sobre la aprobación de los reglamentos y ordenanzas y del presupuesto de la Villa.

31. Debe recordarse que la LRBRL no abarca toda la regulación del régimen local, pues en el ámbito del que nos venimos ocupando quedan fuera de ella las previsiones que sobre el particular se contemplan en la regulación del régimen especial de Madrid y Barcelona. En efecto, en la Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, la titularidad de la potestad reglamentaria se distribuye, prácticamente, entre todos los órganos de gobierno municipal, puesto que su art. 26 prevé que “las normas dictadas por el Ayuntamiento de Barcelona” adoptan alguna de las siguientes formas: reglamentos, ordenanzas, decretos de la Comisión de Gobierno, decretos de la Alcaldía y bandos, caracterizándose por el dato de que todas ellas se configuran como “disposiciones de carácter general”, como la propia Carta se preocupa de especificar cuando define cada una de ellas.

En ese sentido las diversas leyes autonómicas, y así, por ejemplo, en Cataluña, Cantabria y Aragón, han otorgado a la comarca dicha potestad reglamentaria, circunstancia esta que no se ha hecho extensiva a las mancomunidades ni a las áreas metropolitanas.

## 2.3

### La potestad reglamentaria local

Partiendo por tanto del expreso reconocimiento de la potestad reglamentaria local en el art. 4.º de la LRBRL, deberemos iniciar el análisis en cuanto a nivel territorial de la denominada Administración local, cuya principal característica es la pluralidad de entidades a la cual nos enfrentamos. Toda vez que, al igual que el Estado tiene en cada ordenamiento jurídico un carácter único, tal y como hemos señalado, por ser titular de la soberanía, y las comunidades autónomas, por su carácter novedoso, tienen a su vez personalidad jurídica determinada y de carácter derivado, las entidades locales, pese a su carácter primigenio, están esparcidas por todo el territorio nacional, por su carácter de último nivel territorial del Estado.

Por otra parte, y con igual fórmula, el artículo 1.º de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, recoge ese carácter de primer nivel territorial de la organización del Estado por parte de las Administraciones locales, y en concreto del municipio.

No obstante, debemos resaltar –con GALÁN<sup>32</sup>– que, pese a que a veces se utiliza el término de forma indistinta, no coincide la categoría de las normas locales con la de las normas municipales, en la medida en que no solo los municipios, sino también otros muchos tipos de entes locales, tales como las provincias, las comarcas o las áreas metropolitanas, entre otros, disponen de la potestad de dictar sus propias normas.

Tal y como reconoce el citado autor, la distinción más importante, sin embargo, es aquella que distingue las normas municipales, provenientes por tanto de los municipios, de las normas provinciales, procedentes de las provincias, en tanto que proceden de los dos tipos de entes locales de mayor relevancia. Complementariamente a dicha clasificación, conforme afirma GALÁN<sup>33</sup>, podemos agrupar las normas procedentes de un mismo sujeto en atención al concreto órgano que dentro de ese ente las ha dictado, circuns-

32. Alfredo GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, 2001, págs. 271-272.

33. Alfredo GALÁN GALÁN, *op. cit.*, pág. 272.

tancia esta sobre la que debemos hacer especial hincapié en relación con las normas municipales, entre las cuales podemos hablar de normas del pleno y del alcalde, siendo posible añadir un tercer tipo, en opinión del citado autor (que no compartimos)<sup>34</sup>, que son las normas dictadas por la junta de gobierno local<sup>35</sup>.

Así, de forma tradicional, las normas municipales dictadas por el pleno son las ordenanzas y el reglamento orgánico, mientras que las “normas” que puede dictar el alcalde<sup>36</sup> son los bandos, aunque ha quedado claro históricamente que los bandos no tienen ese carácter normativo, salvo en las circunstancias previstas en el art. 21 de la LRBRL, de adopción de medidas excepcionales en el supuesto de grave perjuicio o catástrofe, que se atribuyen, junto a otras muchas funciones con dicho carácter excepcional y temporal, al alcalde en funciones, teniendo también carácter normativo.

Así, con carácter previo a la aprobación inicial, debe someterse el proyecto de ordenanza a conocimiento de la comisión informativa correspondiente, conforme al art. 20.1 c) de la LRBRL, antes de su remisión al pleno. La STS de 8 de marzo de 2001 destaca el carácter preceptivo, aunque no vinculante, del dictamen de la comisión informativa en los asuntos cuya decisión corresponde al pleno de la entidad local.

En los municipios (y cabildos insulares canarios) sujetos al régimen organizativo previsto en el Título X de la LRBRL, los proyectos de ordenanzas y reglamentos –con la única excepción de las normas reguladoras del pleno y sus comisiones– son aprobados por la junta de gobierno local (art. 127.1 de la LRBRL), y posteriormente se remiten a la correspondiente comisión del pleno, conforme al art. 122.4 LRBRL.

Atendiendo al régimen organizativo que se haya dado a la entidad local, así como a las fórmulas de participación reglamentadas (art. 70 bis), en ocasiones habrán de intervenir también en la elaboración de las ordenanzas determinados órganos complementarios de participación (consejos sectoria-

34. Así, tal y como indica Enrique SÁNCHEZ GOYANES, en “La potestad normativa del municipio español”, Publicaciones Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2000, pág. 105, “un somero examen de la legislación estatal aplicable demuestra con rotundidad que, en nuestro sistema actual, el alcalde carece de la más mínima participación en el ejercicio de la potestad reglamentaria municipal. Es decir, el alcalde no puede por sí mismo innovar el ordenamiento local”.

35. Entendemos que el único órgano dotado de potestad reglamentaria, para cualquier tipo de entidad local, es el pleno municipal.

36. Alfredo GALÁN GALÁN, en *op. cit.*, pág. 276, señala la capacidad normativa que la Carta municipal de Barcelona, aprobada por la Ley autonómica de Cataluña 22/1998, atribuye a los denominados decretos de alcaldía, circunstancia esta que no puede, en nuestra opinión, ser extrapolable al resto del ordenamiento jurídico nacional de carácter local, ni a la elaboración de las ordenanzas correspondientes o normas aplicables.

les, juntas municipales de distrito, etc.). En los municipios de gran población las ordenanzas o reglamentos en materia de *desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos*, requerirán el informe del consejo social de la ciudad, conforme al artículo 131 de la LRBR.L.

La potestad de ordenanza se encuadra entre los medios reconocidos por la ley para intervenir la actividad de los ciudadanos, debiendo los entes locales ajustar su proceder en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue (art. 84 LRBR.L). Por eso, y por imperativo del principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), el proyecto de ordenanza deberá ir acompañado de la justificación de su oportunidad mediante los informes, estudios o consultas de rigor. Ahora, con el nuevo art. 132 LPCAP, deben añadirse su previsión en un plan normativo anual, y las consultas públicas previas del art. 133.

Por otro lado, el art. 24.1 a) de la Ley del Gobierno exige el informe del centro directivo correspondiente sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar, pero esta determinación no es aplicable a las entidades locales.

En la legislación sectorial, sea estatal o autonómica, podemos encontrar la obligación de incorporar informes previos a la aprobación de las ordenanzas locales por parte de las entidades o los órganos competentes en esa materia, y así, por ejemplo, los organismos competentes sobre cada demarcación de aguas han de evacuarlos conforme al art. 25.4 de la Ley de Aguas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Como en todo procedimiento local, y en ausencia de determinación específica de las respectivas comunidades autónomas, el proyecto de ordenanza habrá de llegar al órgano de aprobación con el consiguiente informe del jefe de la dependencia a la que corresponda su tramitación (determinación establecida en el art. 172 del ROF, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre). Y con aquellos otros que el responsable corporativo de la instrucción haya juzgado necesarios (art. 79.1 LPCAP). En último término habrá de incorporarse el informe preceptivo del secretario de la entidad local –y además, en su caso, del interventor– cuando ello resulte exigido, señaladamente para la aprobación o las modificaciones del reglamento orgánico y las ordenanzas urbanísticas incluidos en los respectivos PGOU. En el caso de estas últimas, siempre que formen parte de “instrumentos de planeamiento general”, ya que cuando se trate de ordenanzas municipales de policía de la edificación y de la urbanización, susceptibles de aprobación independiente, como permite la legislación sobre urbanismo de determinadas comunidades autónomas, no

necesariamente han de evacuarse estos informes de Secretaría e Intervención, al no precisar para su aprobación quórum especial.

### 3

## La potestad reglamentaria en la LPCAP

### 3.1

#### Determinaciones generales

Debemos señalar que el Título VI de la Ley lleva por rúbrica *De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones*, y, conforme se afirma en el preámbulo de la Ley, recoge los principios a los que ha de ajustar su ejercicio la Administración titular, haciendo efectivos los derechos constitucionales en este ámbito.

Debe destacarse con carácter general y previo sobre estas disposiciones que, junto con algunas mejoras en la regulación anteriormente existente sobre jerarquía, publicidad de las normas y principios de buena regulación, se incluyen varias novedades para incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas, entre las que destaca la necesidad de recabar, con carácter previo a la elaboración de la norma, la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma, y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

En cualquier caso es increíble (en nuestra opinión) que el título competencial aducido por la propia Ley para reservar la competencia al Estado se apruebe, en este Título VI de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos, junto al amparo lógico del art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE, también al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.14.<sup>a</sup>, relativo a la Hacienda general, así como el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> que atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, tal y como se describe expresamente en la Disposición final primera 2.

Conforme expresó en su dictamen el alto órgano consultivo, en cuanto a la regulación de la potestad reglamentaria que contiene la norma, en ella como un mero procedimiento administrativo, debe resaltarse que en puridad el procedimiento administrativo se configura como una sucesión concatenada de trámites, de la que resulta la producción de un acto administrativo o una manifestación de voluntad de la Administración, en sentido amplio. El procedimiento de elaboración de normas reglamentarias se configura igual-

mente como un conjunto ordenado de trámites orientados a la producción de un resultado que, en este caso, es una norma jurídica; pero es, ante todo, el instrumento a través del cual actúa el Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria, una potestad dotada de reconocimiento constitucional expreso (artículo 97), en virtud de la cual el Gobierno, como Consejo de Ministros, innova el ordenamiento jurídico a través de la aprobación de disposiciones de carácter general. Ante esta crítica, en el texto legal definitivo se eliminaron las referencias procedimentales que se remiten a la Ley del Gobierno y a cada una de las diferentes legislaciones de las comunidades autónomas y a la básica local.

Igualmente el alto órgano consultivo propició la supresión de la mención conjunta de los artículos 105.a) y 149.1.1.<sup>37</sup> como sustento, desde el punto de vista competencial, al establecimiento por parte del Estado de un conjunto de trámites de obligado cumplimiento por todas las Administraciones Públicas para los casos en que ejerzan su potestad reglamentaria.

---

37. Con respecto al primero de los referidos preceptos, resulta oportuno recordar la doctrina recogida en la STC 102/1995, de 26 de junio, que declara que “la audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente, está prevista por el texto constitucional [art. 105 a) y c) CE], que defiere su configuración a la ley, tanto aquella que en el nivel estatal regule el procedimiento común ordinario o los especiales, como las normas producidas en su ámbito por las comunidades autónomas para los suyos propios, entre ellos el de elaboración de disposiciones generales que responde al significado semántico, primero y principal, de la autonomía en la acepción estricta de la palabra. Se trata, pues, de un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como de una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (arts. 1, 31.2 y 103 CE)”. Para el artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 61/1997), “no puede operar como un título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional”. De lo contrario, “dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que estos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 de la Constitución”. Por ello, este título competencial debe entenderse referido a derechos que, atendiendo a su naturaleza y a la manera de hacerse efectivos, entrañen un riesgo real de recibir un tratamiento tan dispar en unos territorios y en otros que pueda, en efecto, producirse una quiebra en las condiciones de ejercicio que implique desigualdad según el territorio donde dicho ejercicio de produzca. No es este el caso del derecho de audiencia en el procedimiento de la producción de normas reglamentarias, que ciertamente ha de ser regulado de tal modo que no se menoscabe su contenido esencial, pero que no requiere, para hacerse efectivo, de un tratamiento homogéneo en sus condiciones básicas de ejercicio que haya de ser garantizado por una regulación estatal común a todo el territorio nacional. A este respecto, interesa recordar que “las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que este sea, en su tarea reguladora”.

En cualquier caso, estas determinaciones deben verse complementadas con las correspondientes especificaciones establecidas por los diferentes estatutos de autonomía, que, en virtud de lo previsto por el art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, forman parte del denominado “bloque de la constitucionalidad”, y que en el aspecto que aquí nos ocupa reafirma expresamente el art. 128.1 de la LPCAP, al recoger, junto a la tradicional imposibilidad de vulnerar las determinaciones de la CE y las leyes en genérico<sup>38</sup>, la imposibilidad de regular aquellas materias que la Constitución o los estatutos de autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales, o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

Esta lógica plasmación del hecho autonómico en el ámbito de la potestad reglamentaria, y más concretamente de la local, pero como lógica actualización de la reserva de ley, cuyo poder es omnímodo en nuestro ordenamiento frente a la reserva de reglamento de la vigente Constitución de la V República francesa, establece un límite claro y evidente a las ordenanzas locales.

En cuanto al fundamento de la regulación básica de la potestad reglamentaria, el legislador mantiene y acentúa la lógica obsesiva del economismo que ha plasmado en otras normas de naturaleza administrativa como la LRSAL, y así, como ha destacado SANTAMARÍA PASTOR<sup>39</sup>, debe destacarse el *desconcierto* que en opinión de dicho autor se produce por la invocación que la disposición final primera, 2, de la LPCAP hace al artículo 149.1.14.<sup>a</sup> de la CE, relativo a la Hacienda general, y al artículo 149.1.13.<sup>a</sup> (competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), para amparar la regulación que hace de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos; no siendo muy comprensible la conexión entre la materia citada y los títulos constitucionales que se mencionan en dicho precepto.

Esta cuestión ya fue resaltada por el Consejo de Estado, y en relación con dicho título debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha declarado (STC 130/2013, FJ 5, y las que allí se citan) que este permite al Estado regular íntegramente su propia Hacienda, así como establecer las instituciones comunes a las distintas Haciendas y las medidas para su coordinación y para

38. Así, el citado precepto indica lo siguiente: “Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los estatutos de autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas”.

39. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, número 2.

subvenir a su suficiencia; igualmente le permite regular sus propios tributos y definir el marco general de todo el sistema tributario y los principios generales comunes a él, “pues ello se considera plenamente compatible con las competencias tributarias y con la autonomía financiera y presupuestaria de las comunidades autónomas” (STC 19/1987, de 17 de febrero)<sup>40</sup>.

Pues bien, atendiendo a todo ello, cabe concluir que la disposición examinada no puede encontrar anclaje constitucional en el mencionado precepto, toda vez que no se establecen en ella derechos y obligaciones económicos de los sujetos públicos, ni medidas concretas de protección o preservación de la hacienda estatal, autonómica o local. En rigor, la previsión que en ella se contiene concierne a la organización y al funcionamiento de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia, debe ampararse en la competencia del Estado para la determinación de las “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, prevista en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

Por otra parte, y dejando al margen los títulos competenciales la LPCAP en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa *ex ante*. Así, para una mejor ordenación normativa, conforme a la nueva Ley todas las Administraciones (incluyendo por tanto a las entidades locales) divulgarán un plan anual normativo en el que se recogerán todas las propuestas con rango de ley o de reglamento que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente.

Al mismo tiempo la LPCAP pretende fortalecer la evaluación *ex post*, puesto que, junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y las cargas derivados de ellas estaban justificados y adecuadamente valorados.

Por otro lado, el indicado Título VI LPCAP incluye un singular art. 129 sobre los principios de buena regulación en la materia: los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, que se justificarán en el preámbulo del proyecto de reglamento. Apuesta importante

---

40. A la misma conclusión ha de llegarse, según razona la STC 130/2013, “respecto a la otra vertiente de la Hacienda pública, la de los gastos públicos”, autonomía consagrada a favor de las comunidades autónomas, pues estas “gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos”.

De este modo, y a efectos de delimitar adecuadamente el alcance del título contenido en el artículo 149.1.14, únicamente cabe incluir en él aquellos preceptos que tengan por objeto “la regulación de los derechos y obligaciones de contenido económico de las Administraciones Públicas” o “la protección o preservación de los recursos públicos que integran las Haciendas”.

que convertirá los preámbulos en auténticamente relevantes para la interposición y aplicación de las disposiciones, si bien se trata de principios difíciles desde el punto de vista del control jurisdiccional, tanto más cuanto que no son requisitos de validez.

Voluntariosa es, asimismo, la previsión de la evaluación periódica de la normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación (art. 130), y no lo es menos la apuesta por la planificación normativa que contiene el art. 132<sup>41</sup>:

Otra regulación general sobre las disposiciones administrativas la encontramos en el art. 106.2 LPCAP con respecto a la revisión de oficio: “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” de la indicada LPCAP, esto es, los supuestos de nulidad.

No se ha abordado en la Ley, tal y como recuerda el citado SANTAMARÍA PASTOR<sup>42</sup>, la por él considerada muy relevante cuestión de la comunicación de invalidez de los reglamentos a los actos dictados a su amparo: la LRJAPC la trataba de pasada en un inciso del artículo 102.4, una línea que la LPCAP mantiene en su artículo 106.4, que es además, a juicio de SANTAMARÍA PASTOR<sup>43</sup>, manifiestamente inadecuado, ya que la nulidad de los reglamentos casi nunca tiene lugar en virtud de una revisión de oficio, sino solo en vía jurisdiccional. Por lo demás, la solución que se da al tema (la nulidad del reglamento afecta solo a los actos cuya impugnación se haya iniciado y se halle en curso) es disfuncional, en cuanto provoca nubes de recursos que colapsan el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales; y es, además, cínica, puesto que la Administración cuenta siempre con el margen de beneficio que le proporciona el porcentaje de actos no recurridos o recurridos tardíamente.

Quizá, en su opinión –que compartimos–, una reforma general y apresurada no sea el escenario adecuado para plantearse en profundidad esta cuestión; pero a medio plazo será inexcusable suscitarla, porque las situaciones injustificadas suelen dar lugar, de modo inopinado, a directrices jurisprudenciales imprevisibles y radicales.

41. “Anualmente, las Administraciones Públicas harán público un plan normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente”.

42. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*

43. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*

Como ya se ha apuntado, la potestad reglamentaria se recoge en el artículo 128 de la nueva LPCAP, que, tal y como señaló el Consejo de Estado, reproduce en gran medida el artículo 23 de la Ley del Gobierno, si bien incluye, como es lógico por su aplicación a todas las Administraciones Públicas, una mención en su apartado 1 a la potestad reglamentaria de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y de los órganos de gobierno locales.

Por otro lado, establece en su apartado 4 que “son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 61”, recogiendo así de manera parcial la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos, enunciada en los artículos 23.4 de la Ley del Gobierno y 52.2 de la ahora derogada LRJAPC. Dado que el Anteproyecto reunía en una única disposición legal las previsiones sobre inderogabilidad singular que ahora se encuentran en dos textos legales, el Consejo de Estado propuso en su Dictamen que, en caso de mantenerse la iniciativa legislativa en sus términos, se refundieran las proyectadas previsiones de los artículos 51 y 155.4 del Anteproyecto en el primero de ellos, para dotar de unidad a este régimen, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por tanto se reconoce de forma expresa en el procedimiento común la existencia de una potestad reglamentaria autónoma de carácter local, que igualmente se reconoce en diversos preceptos de los estatutos de las comunidades autónomas<sup>44</sup>, y lógicamente en la legislación básica de régimen local.

### 3.2

#### La inderogabilidad singular

Con igual carácter general debe recordarse que el artículo 37 de la LPCAP recoge la denominada *Inderogabilidad singular*<sup>45</sup>. Esta determinación, conocida como principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, se en-

44. Así, por ejemplo, en el art. 87.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que destaca: “Los municipios tienen potestad normativa, como expresión del principio democrático en que se fundamentan, en el ámbito de sus competencias y en los otros sobre los que se proyecta su autonomía”.

45. 1. *Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general.*

2. *Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47.*

contraba enunciada en el artículo 52.2 LRJAPC<sup>46</sup>. Quiere esto decir, conforme a la concepción tradicional, que las decisiones administrativas (los actos administrativos) no pueden contradecir un reglamento aunque tengan igual o superior rango (v. gr., un acto administrativo que proceda del Gobierno no puede contradecir una orden ministerial).

La justificación a este principio podemos encontrarla en otros dos principios consagrados en la Constitución: por una parte, el principio de igualdad recogido en el artículo 14, que implica que no pueda derogarse una norma para un caso concreto; y por otra, el principio de legalidad enunciado en el artículo 9.3, que implica que la Administración está sometida al ordenamiento jurídico, y también, por tanto, a sus reglamentos. Cuestión que se reafirma por la clara expresión del art. 103.1 de la Carta Magna sobre *sometimiento pleno a la ley y al derecho*.

A nivel doctrinal, el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>47</sup> recogía ya desde los años cincuenta del siglo pasado la consagración del principio, tomándolo de un artículo de ZANOBINI<sup>48</sup>; el calificativo de “singular” (“inderogabilidad singular”) lo adoptó él para evitar equívocos, dada la indudable permanencia en la Administración del poder derogatorio general sobre los reglamentos<sup>49</sup>.

Por lo que se refiere a la Administración local, tal y como sostenía GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>50</sup>, el mismo principio se definió por uno de los re-

46. “Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan igual o superior rango a estas”.

47. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 27, 1958, págs. 63-88.

48. Al respecto, Guido ZANOBINI, “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti”, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, recogido en sus *Scritti vari*, Milán, 1955, págs. 3 y ss.

49. El artículo 1.º de la antigua Ley de lo Contencioso de 1888-1894-1952, sustituida entonces por la de 27 de diciembre de 1956, daba pie al mismo principio, al aceptar como materia de recurso las “resoluciones administrativas... que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo”, principio aplicable a la vigente Ley 29/1998.

La jurisprudencia producida bajo el imperio de esta Ley no tuvo por ello dificultad en sostener el criterio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, del que apenas llegó a hacerse cuestión. Como declaraciones más expresas, entre otras, la de la sentencia de 31 de mayo de 1930, que expresó igualmente la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 en su artículo 30: “Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan grado igual o superior a estas”.

50. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en “Observaciones sobre el fundamento...”, *op. cit.*, cita las STS de diciembre de 1933, 17 de febrero de 1936 y 12 de abril de 1943 en las que se opone claramente la facultad de dictar y derogar reglamentos por vía general y la imposibilidad de exceptuar estos en casos singulares.

glamentos de la Ley de Régimen local, el de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955, cuyo artículo 11 (aún vigente y con un carácter materialmente básico), párrafo 2.º, dispone lo siguiente: “Sus disposiciones [de las ordenanzas y reglamentos locales] vincularán a los administrados y a la corporación, sin que esta pueda dispensar individualmente de la observancia”.

Por otra parte –proseguía el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA–, en la importante Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, el principio se reiteraba aplicándolo a la materia urbanística<sup>51</sup>. MATER, y sobre todo ZANOBINI, destacaron –tal y como recuerda el reiteradamente citado GARCÍA DE ENTERRÍA– temáticamente este principio, para contrastarlo con el principio opuesto, que rige en cuanto a las leyes formales. Si la Administración titular de la potestad reglamentaria no tiene poder para excepcionar en un caso singular un reglamento que ella misma ha dictado, los órganos legislativos, sin embargo, tienen un poder indiscutido, y del cual hacen constante aplicación, para apartar cualquier caso particular del imperio de una ley general. ¿Cómo justificar esta diferencia de régimen?

Por otra parte, el antiguo art. 62.2 LRJAPC se convierte en el actual art. 47.2 LPCAP, indicando que también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, complementando las anteriores afirmaciones sobre el principio de legalidad y las otras aseveraciones del art. 9.3 de la *Lex leguum*.

Es esta una clara traslación del denominado principio de jerarquía normativa y de primacía de la ley, que se refleja tanto en el citado art. 9.3 de la Ley de leyes, como en el art. 128.3 de la nueva LPCAP<sup>52</sup>.

51. El artículo 46 de dicha Ley estableció, en efecto, lo siguiente: “Serán nulas las reservas de dispensación que se contuvieren en los planes u ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren”.

52. El citado precepto establece: “Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior”, lo cual, referido a la inderogabilidad singular, es calificado de *causa de nulidad extravagante* por Alejandro HUERGO LORA [“Acordes y Desacuerdos de las leyes 39 y 40/2015”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 460 a 462].

## 4

**La potestad reglamentaria local en la LPCAP**

En el ámbito estrictamente local, ORDUÑA<sup>53</sup> indica que la titularidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se atribuye por el art. 128.1 de la Ley comentada a “los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en [...] la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local”. De la lectura de este precepto cabe deducir que en absoluto se alteran las reglas sobre la titularidad de la potestad reglamentaria local conocidas hasta la fecha, en tanto en cuanto la LPCAP remite para su concreción a lo establecido en la Ley básica local.

De acuerdo con tal remisión a la Ley básica de régimen local, son órganos de gobierno locales, a los que se atribuye la titularidad del ejercicio de la potestad reglamentaria, los plenos de los municipios de régimen común –art. 22.2.d) LRBRL–, de las diputaciones provinciales –art. 32.2.b) LRBRL–, así como de los municipios de gran población –art. 123.1.c) y d) LRBRL–, y, finalmente, la junta de gobierno local en los municipios de gran población, en tanto en cuanto le corresponde la aprobación de los proyectos de ordenanzas y reglamentos –art. 127.1.a) LRBRL–. Como puede apreciarse, la Ley básica local ha diseñado un sistema de atribución de titularidad de potestad reglamentaria concentrado en el pleno<sup>54</sup>. En este caso concreto, por mediación de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> LRBRL, habrá que entender que la remisión que con carácter general se lleva a cabo a la LRBRL en el citado art. 128.1 LPCAP para la determinación de los órganos de gobierno locales, ha de entenderse efectuada a las determinaciones especiales de Barcelona y Madrid.

El art. 128.2 LPCAP aborda la regulación de una serie de límites a la potestad reglamentaria vinculados con la tradicional concepción de la reserva de ley. Tomando como punto de partida la relación trabada entre normas intraordinamentales, en el indicado precepto se proclama que, sin perjuicio de las funciones de desarrollo o colaboración con la ley,

53. Enrique ORDUÑA PRADA, “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, n.º 2, Sección Actualidad, febrero 2016, La Ley.

54. Tal y como se indica en la STC 161/2013, de 26 de septiembre (FJ 9), por cuanto se trata de un órgano que “somete a un procedimiento democrático decisiones, que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE”, esto es, se trata de un órgano democrático representativo que por mandato constitucional –art. 140 CE– está compuesto por el alcalde y todos los concejales, elegidos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto.

los reglamentos “no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público”. Redacción que tiene su origen, prácticamente literal, en el antiguo art. 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que ahora muta su naturaleza convirtiéndose en un precepto básico de aplicación a todas las Administraciones Públicas.

Esta determinación general debe matizarse con relación a las entidades locales y la tipificación de infracciones y determinación de sanciones en ordenanzas municipales, puesto que la potestad sancionadora local y la reserva de ley del art. 25.1 CE se pueden modular mediante ordenanza, como ha reseñado la doctrina constitucional fijada en la STC 132/2001, de 8 de junio<sup>55</sup>, con relación a la reserva de ley en materia sancionadora y las entidades locales, donde cede el sistema previsto en la LRJAPC (y ahora entendemos que en virtud del principio de especialidad la nueva LPCAP) y se aplica el modelo de tipificación establecido en el Título XI de la LRBRL. En suma, el art. 128.2 es aplicable exclusivamente a las relaciones entre la ley y el reglamento estatal o autonómico, pero no a las que se entablen entre ley y ordenanza local.

Por tanto, al igual que ORDUÑA<sup>56</sup>, entendemos que las reformas introducidas por el último inciso del art. 128.2 LPCAP en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora local no alteran el *statu quo* vigente con la legislación anterior, y se aplica el modelo de tipificación establecido en el Título XI de la LRBRL, por cuanto a él se remiten los arts. 25.1 –principio de legalidad– y 27.1 –principio de tipicidad– de la reciente LRJSP, que reproducen el contenido de los derogados arts. 127.1 y 129.1 LRJAPC.

55. Según el Fundamento Jurídico 6 de la STC 132/2001, se había producido una debilitación de dicha exigencia para el ámbito local, en tanto en cuanto ya no era necesario que la ley contuviese tipos concretos y delimitados de infracciones, sino tan solo los denominados por el Alto Tribunal “criterios mínimos de antijuridicidad”. A pesar de ello, la subsistencia de esa reserva legal por mandato del mencionado art. 129.1 llevaba aparejada que toda tipificación directa de infracciones y sanciones mediante ordenanza deviniese ilegal, motivo por el que el legislador estatal acometió la reforma de los arts. 127.1 y 129.1 de la LRJAPC con ocasión de la modificación del régimen local llevada a cabo mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que introdujo un nuevo Título XI en la Ley básica de régimen local relativo a la “Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”.

56. Enrique ORDUÑA PRADA, *op. cit.* Por otro lado este autor sostiene dichas cuestiones en “Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio”, *REALA*, n.º 286-287, 2003.

## 5

**Buena regulación y evaluación normativa**

Tal y como indica GARRIDO MAYOL<sup>57</sup>, la motorización legislativa, en su día denunciada por Von Kirchmann, tiene una indudable influencia “a la baja” en la calidad de las normas; de ahí la necesidad de someter la producción normativa a una serie de reglas o técnicas, con el fin de garantizar la seguridad jurídica. En este sentido, define SÁINZ MORENO<sup>58</sup> la técnica normativa como “el arte de construir un ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios e integrado por normas correctamente formuladas, esto es, un ordenamiento que haga efectivo el principio de seguridad jurídica”.

El sujeto quiere saber cómo ha de comportarse según las exigencias del derecho en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida, y qué comportamiento puede esperar o pretender de los otros. El Estado, como marco concreto de ejercicio del poder en nuestra sociedad, descansa en gran medida sobre la idea de seguridad, y la seguridad jurídica<sup>59</sup> contribuye a asegurar la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos. Como hemos visto, dos problemas amenazan, por tanto, la seguridad jurídica: el primero, la mala técnica normativa; el segundo, la inestabilidad exagerada del ordenamiento, especialmente en determinados ámbitos materiales. La solución, como apunta GONZÁLEZ FERNÁNDEZ<sup>60</sup>, pasa por un menor número de leyes –de normas, en general– y por una mayor atención a los principios y valores para hacer compatible la estabilidad del ordenamiento con el progreso y el cambio social. Ciertamente, la seguridad jurídica, como ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>61</sup>, es indispensable.

Uno de los nuevos aspectos que introduce la nueva LPCAP es el de la necesaria calidad exigible a la regulación, circunstancia ya puesta de relieve

57. Vicente GARRIDO MAYOL, *Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

58. Fernando SÁINZ MORENO, “Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural”, en Jesús María CORONA FERRERO, José TUDELA ARANDA y Francesc PAU I VALL (coords.), *La técnica legislativa a debate*, 1994, p. 20.

59. Sobre esta materia *vid.* Federico CASTILLO BLANCO, “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho”, *Documentación Administrativa*, INAP, n.º 263-264, mayo-diciembre 2002, p. 33.

60. Juan José GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo”, en noticias jurídicas.com/areas\_virtual/Articulos/15- Derecho%20Administrativo/2, abril 2005.

61. Así, en su STC 208/1988, “no exige la petrificación del ordenamiento, pero sí el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales [...] quebrantados o desconocidos los compromisos asumidos por el Estado”. Y añade que “[...] el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa [...] y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades” (SSTC 46/1990 y 146/1993).

por NÚÑEZ LOZANO<sup>62</sup> con respecto al entonces Proyecto de Ley de Economía Sostenible, hoy ya referido a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y que queda expresamente derogado por la disposición derogatoria única 2 c) de la nueva LPCAP.

En efecto, esa exigencia hasta ahora prevista en los arts. 4 a 7 de la Ley de Economía Sostenible, se viene a sustituir por la genérica determinación del art. 130.2 de la LPCAP, que indica lo siguiente: “Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica”.

En cualquier caso, la regulación que ahora se deroga no está exenta de polémica, puesto que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional<sup>63</sup>.

La capacidad para establecer bases en esta materia fue ya abordada por el Consejo de Estado (Dictamen 215/2010) en relación con los principios que contenía el ahora derogado artículo 4 de la Ley 2/2011. Así, el artículo 129 LPCAP viene a sustituir a dicho precepto, si bien modifica parcialmente el elenco de principios, desapareciendo con respecto a la relación de la Ley 2/2011 los de “accesibilidad y simplicidad”. Al margen de ello, el contenido del artículo 129 presenta, tal y como señaló el Consejo de Estado, escasas novedades con respecto al derecho entonces vigente, aunque se reformulen algunos principios o se amplíe o refunda su contenido. A este respecto, se realizan a continuación algunas observaciones específicas.

En relación con este mismo principio de seguridad jurídica, se prevé en el segundo párrafo del artículo 129.4 que “cuando en materia de procedimiento administrativo común la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, estos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o la consecución de los fines perseguidos por la propuesta”, redacción que no se consideró acertada por el Consejo de Estado, al indicar que cualquier trámite que pretenda incorporarse al procedimiento administrativo común ha de preverse en la Ley que lo regula.

62. Mari Carmen NÚÑEZ LOZANO, “Paradojas del derecho público de la crisis económica: La mejora de la calidad de la regulación en el proyecto de ley de economía sostenible”, en AA. VV., *El derecho público de la crisis*, INAP, 2011.

63. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 20 de diciembre de 2011, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 6642/2011, promovido por el Gobierno de Canarias, contra los artículos 4 a 7, 41.uno, 80, 91 y 110.4 de la Ley de economía sostenible, que decayó tras la Resolución de 3 de junio de 2011, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias en relación con la Ley del Estado 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Cuestión distinta es que en la regulación de algún procedimiento administrativo especial *ratione materiae* (como el de aprobación de ordenanzas) se considere justificado introducir algún trámite específico que no prevea la LPCAP.

Esto fue resuelto por el legislador al eliminar el término “común” en el texto definitivo, ante la regulación de un procedimiento administrativo especial que por la materia o los fines perseguidos demanda reglas o trámites concretos.

Por otra parte, tal y como afirmó GARRIDO MAYOL<sup>64</sup> con referencia a la Ley del Gobierno, conforme a los principios constitucionales, la LPCAP abandona el tratamiento procedimental unitario de la elaboración de los reglamentos y de los anteproyectos de ley, y establece una regulación separada y distinta de ambos tipos normativos:

Debe recordarse como antecedente inmediato el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del análisis de impacto normativo, siguiendo la recomendación contenida en el documento “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”.

La planificación de una futura acción normativa suele tener un origen claramente político. En otras ocasiones responde a la necesidad técnica de dar respuesta a problemas que se vienen planteando, y para cuya resolución el ordenamiento vigente no tiene respuesta adecuada. Pero el impulso jurídico-administrativo tiene carácter reglado<sup>65</sup>.

El Tribunal Supremo ha advertido que la memoria de un proyecto normativo ha de ser justificativa, motivada, y no meramente explicativa o descriptiva. También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, al señalar que “el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes”, en consideración a que las leyes son expresión de la voluntad general y no ejecución de la Constitución. Pero el Alto Tribunal recuerda que ese deber de expresar los motivos que llevan a adoptar una determinada decisión normativa en ejercicio de su libertad de configuración cabe postularlo del Gobierno, pues “es el Consejo de Ministros quien debe acompañar sus proyectos de ley con una exposición de motivos y con los

64. Vicente GARRIDO MAYOL, *op. cit.*, pág. 53.

65. El Consejo de Ministros, en su reunión de 26 de enero de 1990, acordó que los proyectos normativos sometidos a su deliberación y consideración deberían ir documentados, en lo sucesivo, con un “cuestionario de evaluación” que permitiera una valoración apriorística de la calidad y eficacia de la norma en cuestión, incorporándose de esta forma al ámbito de la técnica legislativa europea.

antecedentes necesarios para que las Cámaras puedan pronunciarse sobre los mismos”.

Seguendo a SEBASTIÁN LORENTE<sup>66</sup>, el Cuestionario de Evaluación de Proyectos Normativos en el ámbito estatal<sup>67</sup> consta de una serie de preguntas dirigidas al departamento o departamentos autores de la propuesta o de la iniciativa legislativa, cuyas respuestas deben dotar de contenido, breve pero suficiente, a las causas y fines de la norma, así como delimitar sus respectivos ámbitos de incidencia y actuación, según el siguiente esquema: a) ámbito de necesidad de la norma; b) ámbito de repercusión jurídica; c) ámbito de repercusión institucional; d) ámbito de ejecución de la norma; e) ámbito de repercusión social o ciudadana; f) ámbito de repercusión económico-presupuestaria. La cumplimentación de todas las cuestiones planteadas requiere en la práctica una labor previa de estudio y programación metodológica, que constituye un proceso interno de formación de la voluntad y la decisión legislativas, así como de reflexión sobre la necesidad de su materialización<sup>68</sup>.

En el ámbito de las comunidades autónomas, debemos destacar –con CANALS I AMETLLER<sup>69</sup> la aprobación de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, que significó el reconocimiento pleno de la política de mejora de la regulación y sus herramientas, en particular de la evaluación del impacto

66. Jesús J. SEBASTIÁN LORENTE, “La información y documentación administrativas de los proyectos normativos”, *Actualidad Administrativa*, n.º 24, 1992, p. 256.

67. A nivel local podemos reseñar que el Ayuntamiento de Madrid (art. 29.2 Bases de Ejecución del Presupuesto) establece: “Todo proyecto de ordenanza, reglamento, resolución o acuerdo, cuya aprobación y aplicación pudiera suponer un incremento del gasto público o una disminución de los ingresos del Ayuntamiento o de sus organismos autónomos, respecto de los autorizados y previstos en el presupuesto correspondiente, o que pudiera comprometer fondos de ejercicios futuros, irá acompañado de una memoria económica, en la cual se detallarán las posibles repercusiones presupuestarias de su aplicación, y se remitirán a la Dirección General de Hacienda o Dirección General de Economía y Sector Público según proceda. En el caso de corresponder a organismos autónomos, se remitirán con carácter previo a su aprobación por el Consejo Rector, para que se informe, con carácter preceptivo, en un plazo de diez días, sin perjuicio de su fiscalización por la Intervención General”. Y por otra parte tenemos el Acuerdo de 25 de febrero de 2016, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueban las directrices para la elaboración del análisis de viabilidad de acuerdos, decretos y resoluciones (BOAM de 2 de marzo de 2016).

68. Con respecto a esta materia *vid.* José VIDA FERNÁNDEZ, “La evaluación de impacto normativo como instrumento para la mejora de la regulación”, en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, *op. cit.*, págs. 467 a 511.

69. Dolors CANALS I AMETLLER, “La simplificación administrativa en Cataluña en el marco de la política pública de mejora regulatoria”, en Eduardo GAMERO CASADO (coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 343 a 386, y en concreto pág. 376.

normativo, en el marco del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias que regula. La inclusión de la regulación del procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos en dicha norma (Título IV) responde, en gran medida, a la experiencia adquirida en los años anteriores.

En concreto, las memorias que han de incorporarse al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general –entre las que se incluye una memoria de impacto normativo– tienen el contenido y alcance previstos en el artículo 64<sup>70</sup>.

Con esta regulación, la memoria de impacto normativo deja de ser un documento que se relaciona y conecta con la memoria justificativa y los estudios de coste/beneficio previstos en la Ley 13/1989 catalana, para tener entidad y contenido propios, tal y como destacó MIR<sup>71</sup>.

De hecho, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley señaló<sup>72</sup> lo siguiente: “A pesar de que los principios de buena regulación se encuentran enunciados en algunas leyes (concretamente, en la Ley 17/2009, la Ley 2/2011 y la Ley 20/2013), no se ha alcanzado el objetivo previsto de mejora de la calidad regulatoria, ni se ha resuelto el problema de dispersión normativa. Por ello, el Anteproyecto incluye un título completo dedicado al procedimiento de elaboración de normas en el que se regula con carácter básico el derecho de audiencia de los ciudadanos y de sus asociaciones y organizaciones representativas en dicho procedimiento, siguiendo las recomendaciones que al respecto ha formulado la OCDE en su informe de 2014 ‘Spain: from administrative reform to continuous improvement’”.

70. “1. Los proyectos de disposiciones reglamentarias deben acompañarse siempre de una memoria general, de una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas, así como de los informes preceptivos y los que solicite el órgano instructor. 2. La memoria general debe contener, como mínimo: [...] 3. La memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas debe tener el contenido que se establezca por reglamento. En todo caso, dicha memoria integra, como mínimo, los siguientes informes: a) Un informe de impacto presupuestario, en que se evalúa la repercusión de la disposición reglamentaria en los recursos personales y materiales y en los presupuestos de la Generalidad, así como las fuentes y los procedimientos de financiación, si procede. b) Un informe de impacto económico y social, en que se evalúan los costes y los beneficios que implica el proyecto de disposición reglamentaria para sus destinatarios y para la realidad social y económica. c) Un informe de impacto normativo, en que se evalúa la incidencia de las medidas propuestas por la disposición reglamentaria en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas. d) Un informe de impacto de género”.

71. Oriol MIR PUIGPELAT, “Procedimiento de elaboración de reglamentos y *Better Regulation*”, en Joaquín TORNOS MAS (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 501 a 543, en concreto p. 521.

72. Número de expediente: 275/2015 (Hacienda y Administraciones Públicas). Vid. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-275>

La regulación que contiene este precepto sobre el “informe anual de evaluación” del cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, responde a la finalidad de contribuir a la mejora de la regulación que inspira la LPCAP y que, en gran medida, es tributaria de la que se recogía en los artículos 5 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

## 6

### La necesidad de publicación<sup>73</sup>

Cualquier norma, por su propia naturaleza, y más en un Estado de derecho, tiene que ser pública. Es más, dicha publicidad, determinada como la capacidad para ser conocida, es consustancial con su validez, y, así, debe recordarse la vieja polémica sobre la obligación o no de publicar<sup>74</sup> las determinaciones reglamentarias de las entidades locales, en especial las del planeamiento urbanístico.

Así, la LPCAP determina que los reglamentos y las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos. Igualmente establece que adicionalmente, y de manera facultativa, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios; cabe aquí incorporar todas las páginas web y los boletines informativos de los municipios a que hace referencia el art. del ROF.

73. Con carácter general, sobre este deber, *vid.* Fernando SÁINZ MORENO, “La publicidad de las normas”, en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *La protección jurídica del ciudadano: procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional: estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. 1, 1993, págs. 121-146.

74. Especialmente intensa en el ámbito urbanístico zanjado por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, que dio nueva redacción al apartado 2 del art. 70. Tras dicha modificación (y con el texto ahora vigente, tras la LMRGL) se exige también la publicación del acuerdo de aprobación definitiva de las normas de los planes urbanísticos, siempre y cuando tal aprobación corresponda a la Administración local.

La STS de 27 de julio de 2001 se ocupó de la publicidad de las normas urbanísticas, resumiendo el sentido de otras sentencias anteriores. Tras aseverar que el precepto (art. 70.2 de la LRRL) se refiere solo a los acuerdos de las entidades locales aprobatorios de planes, añade que debe entenderse que para los aprobados por las comunidades autónomas la LRRL remite a la legislación específica de las mismas, si bien sus preceptos “han de interpretarse de forma que no colisionen con la legislación básica del Estado y con los preceptos constitucionales que imponen la necesaria publicidad de las normas”. Conforme a esta Sentencia, y a otras que cita, “el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local impone la publicación íntegra de las normas urbanísticas de los planes y que la falta de publicación no hace a estos inválidos, pero sí ineficaces, es decir, incapaces para servir de base a actos derivados” (FJ 10).

En cuanto a la publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, órgano, organismo público o entidad competente, esta deberá tener, en las condiciones y con las garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa, si esta subsistiera.

Mientras que la LPCAP recoge que la publicación del “Boletín Oficial del Estado” en la sede electrónica del organismo competente tendrá carácter oficial y auténtico en las condiciones y con las garantías que se determinen reglamentariamente, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el Título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables, no señala nada con respecto a los otros boletines, y, en lo que aquí nos interesa especialmente, a los boletines oficiales de las diferentes provincias o comunidades autónomas uniprovinciales, donde se publican las ordenanzas, cuestión que se salva por lo previsto en el art. 1.º de la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias. Debe señalarse en ese sentido que, con igual carácter básico para el mundo local que el art. 70.2 LRBRL y sus concordantes, exige como requisito de existencia jurídica de la ordenanza su íntegra publicación en el diario oficial correspondiente (arts. 9.3 CE y 52.1 de la hasta hace poco vigente LRJAPC), en los ya referidos BOP o de las comunidades autónomas uniprovinciales, como resulta del mismo artículo 70.2, sin que pueda sustituirse este requisito por la inserción en el tablón de edictos de la entidad local o en el boletín de información municipal, como tiene reiterado el Tribunal Supremo<sup>75</sup>.

No es precisa la publicación del acuerdo plenario por el que se procede a la aprobación de la ordenanza, “ya que, en último término, el contenido de dicho acto es el texto de la ordenanza a cuya publicación se procede”<sup>76</sup>. En opinión de ORDUÑA<sup>77</sup>, este criterio no puede hacerse extensivo para el caso de que el acuerdo aprobatorio contenga alguna determinación “anexa” a la ordenanza (p. ej., puntualizaciones sobre su entrada en vigor).

La regulación de la LRBRL contrasta con la más completa del TRLHL. El artículo 17.5 de la Ley hacendística exige que las diputaciones, los consejos y los cabildos insulares –al igual que las demás entidades locales, cuando su población sea superior a 20 000 habitantes– editen el texto íntegro de las ordenanzas fiscales dentro del primer cuatrimestre del ejercicio. Esta exigencia debiera haberse recogido para todo tipo de disposiciones administrativas.

75. SSTS de 6-6-1979 [Arz 1979, 2900]; 2-1-1981, etc.

76. STS de 12-6-1993 [Arz 1993, 4343].

77. Enrique ORDUÑA PRADA, “Sobre la potestad...”, *op. cit.*

Debe recordarse que el plazo referido en el art. 70.2 no es fácil de computar cuando –como es habitual– no coincide en el mismo día la recepción del acuerdo de aprobación por las Administraciones estatal y autonómica. Dicho precepto determina que las ordenanzas no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto, “y haya transcurrido el plazo previsto en el art. 65.2, salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales, que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales” (actual texto refundido 2/2004, de dicha Ley). Esto es, para las ordenanzas en general, quince días hábiles a partir de la recepción del acuerdo por las Administraciones estatal y autonómica, al objeto de que estas puedan efectuar el requerimiento de anulación del acuerdo si entendieran que incurre en infracción del ordenamiento jurídico<sup>78</sup>.

## 7

### La planificación normativa

Otra de las novedades generales con respecto al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es la de la planificación normativa, prevista en el artículo 132 de la LPCAP, que especifica que, anualmente, las Administraciones Públicas harán público un plan normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. En ese sentido, REINOSO CARRIEDO<sup>79</sup> manifiesta su escepticismo basado en la experiencia de cómo se hacían y cómo se hacen los

78. La STS de 14 de abril de 2000 (Arz 4273). Entendiendo de ordenanzas no fiscales (se trataba de la regulación de determinados precios públicos) con publicación de su texto en el B.O.P. un 23 de diciembre y determinando que entrarían en vigor el 1 de enero siguiente, juzgó el alto tribunal irregular el proceder del Ayuntamiento, por no haber cumplido la obligación de comunicar a tiempo tal aprobación definitiva a la Administración regional. Ello así porque esta “tenía el derecho indiscutible a que se le comunicara en debida forma la aprobación” de las mismas; procedimiento que implicaba el que “la entrada en vigor de dichas ordenanzas no fiscales debía realizarse una vez transcurrido dicho plazo de quince días” (F. 3.º). En la Sentencia de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1387) mantuvo igualmente el TS la obligatoriedad de respetar la “necesaria regla de publicidad que consagra el art. 70.2 de la misma Ley, así como la necesidad de aplazar la entrada en vigor del mismo hasta que transcurran los plazos en la misma fijados”. Sin embargo, prácticamente coetánea, la Sentencia del TS de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 666) nos dice otra cosa. Tras recordar el deber de remisión de actos y acuerdos par parte del ayuntamiento a las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, concluye: “En todo caso, la citada comunicación no es condición de eficacia de las ordenanzas, que entran en vigor una vez publicado íntegramente su texto en el Boletín Oficial de la Provincia”.

79. Antonio REINOSO CARRIEDO, “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las leyes 39/2015 y 40/2015”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 18, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Sep. al 14 Oct. 2016, pág. 2035, Wolters Kluwer.

reglamentos y las ordenanzas locales, en su opinión con impulsividad, con improvisación, con apresuramiento.

Dicho autor deduce que si ya es difícil a principios de año saber las normas (reglamentos y ordenanzas) que se van a aprobar o se van a modificar, si muchas de ellas, casi el 90 %, vienen impuestas por necesidades que surgen en un momento determinado, etc., resultará verdaderamente complicado el cumplimiento de este precepto.

Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente, cuestión que para los pequeños municipios supondrá una nueva carga, que deberá ser resuelta por las diputaciones provinciales<sup>80</sup>.

Esta determinación no hace distinciones entre las diferentes Administraciones Públicas, y por tanto es directamente aplicable, tras su entrada en vigor, a las diferentes entidades locales, lo cual implica una clara dualidad entre la realidad práctica y las determinaciones legales, entre otras cosas por los medios materiales y personales de que disponen una gran mayoría de las corporaciones locales en España.

El Consejo de Estado reiteró en su Dictamen sobre la LPCAP (y sin pensar en las entidades locales) lo que ya dijera en el Dictamen 215/2010 sobre el entonces Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, esto es, que la periodicidad anual con que se regulan los instrumentos de mejora de la regulación es poco realista, lo que entraña el riesgo de privar de auténtica utilidad a tales actuaciones.

El segundo párrafo del artículo 130.1 regula la memoria del análisis de impacto normativo, otorgando rango legal a un documento que hasta la fecha solo se regulaba, como criticó el Consejo de Estado en el Dictamen 419/2009, en una norma de rango reglamentario<sup>81</sup>, y haciéndolo extensivo a todas las Administraciones Públicas.

## 8

### La participación de la ciudadanía

El concepto de participación ciudadana está íntimamente unido al de entidad local, puesto que son fundamentalmente los municipios, conforme al

<sup>80</sup>. Así, por sus obligaciones tanto sobre administración electrónica como sobre cooperación con los municipios en sí misma, *vid.* Fernando GARCÍA RUBIO, “La Ley de Transparencia y sus efectos sobre las entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 38, 2015, págs. 181-229.

<sup>81</sup>. Concretamente el artículo 2 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

art. 1.º de la LRBRL, los que institucionalizan dicha participación; de hecho, en el ámbito local, tanto en el procedimiento general de elaboración de las ordenanzas del art. 49 LRBRL como en los específicos de ordenanzas fiscales (art. 17 TRLHL) o de planes urbanísticos (art. 41 TRLSOU/76 y las respectivas leyes de las comunidades autónomas), se recogen periodos expresos de información pública de la ciudadanía, mientras que en el resto de entidades estatales y autonómicas la consulta prevista por la Constitución se realiza a través de entidades representativas, o de órganos con presencia de estas.

Así, el artículo 133 LPCAP, bajo la rúbrica *Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos*, recoge unos principios comunes para cualquier iniciativa normativa, que tienen un carácter previo al procedimiento específico de aprobación, y que se realizarán mediante una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente, donde se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Esta cuestión, muy loable para grandes decisiones o para Administraciones Públicas de mayor envergadura, puede suponer para la mayor parte de las entidades locales españolas un verdadero problema, puesto que en el mejor de los casos deberán encomendárselo a la diputación provincial o entidad equivalente, por su evidente carencia de medios humanos y materiales.

En el indicado art. 133 LPCAP, conforme indica ORDUÑA<sup>82</sup>, se aborda la regulación del segundo gran eje sobre el que, a decir de su Exposición de Motivos –tal y como hemos visto anteriormente–, se han fundamentado las novedades de la LPCAP: la potenciación de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de normas. No obstante esta benemérita proclamación, lo cierto es que las novedades introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, son ciertamente escasas, presentando un mero carácter anecdótico en el ámbito local, que ha sido pionero en experiencias de esta naturaleza.

El inicial propósito gubernamental ha quedado reducido a la regulación de una participación ciudadana cuasi residual en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, dado que, aclarado que se trata de

---

82. Enrique ORDUÑA PRADA, “Sobre la potestad...”, *op. cit.*

un trámite perceptivo la consulta pública a través del portal web de la Administración de que se trate de “la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma”, en el apartado 4 del art. 133 el legislador ha incluido una serie de excepciones a esa intervención ciudadana<sup>83</sup>. En realidad, a nuestro modo de ver, a pesar del carácter voluntario de la posibilidad descrita, las razones de la omisión de los trámites de consulta, audiencia e información en la elaboración de proyectos normativos que tengan por objeto las materias respecto de las que el legislador estatal prevé su excepción, son cuestionables dada la capacidad extensiva de las mismas.

Por lo demás, hay una cuestión importante en la que centrar la atención, puesto que en el *iter* procedimental de elaboración de ordenanzas y reglamentos locales la participación ciudadana se dará en dos momentos distintos, que podrían dar lugar a ciertas disfuncionalidades en el proceso de toma de decisiones en el pleno municipal.

Se establece *ex novo* un trámite de consulta pública *on line* con carácter previo a la elaboración del texto, destinado a que puedan opinar sobre la hipotética futura regulación los sujetos potencialmente afectados por ella y las organizaciones más representativas, lo que en modo alguno debe evitar que emitan su opinión cualesquiera otros sujetos que así lo deseen.

Debe además quedar claro que en la consulta pública, como parece deducirse del último párrafo de este artículo 133.2 analizado y expresó en su Dictamen el Consejo de Estado, se pondrán a disposición del público los documentos que sean necesarios para que se tenga una información clara, concisa y completa sobre la futura iniciativa normativa. En cualquier caso, ha de tenerse presente que la transposición del derecho europeo introducirá las modulaciones que sean precisas en la realización y el planteamiento de este trámite.

Siguiendo con el examen de este precepto, su apartado 4 se dedica a la regulación de la audiencia a los ciudadanos, en términos similares a los del vigente artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno (LG), pues se prevén también los trámites de audiencia y de información pública, si bien la LPCAP introduce ciertas variaciones que, a juicio del Consejo de Estado, restringen el ámbito de la LG de esta cuestión.

---

83. Las normas presupuestarias u organizativas, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, son demasiadas excepciones que dejan entornada la puerta a la arbitrariedad de la Administración. En todos estos casos “podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas”.

En el texto legal se suprimió la previsión del Anteproyecto sobre “deberá optar, al menos, por uno” de tales trámites, esto es, por la audiencia o por la información pública, puesto que, como señaló el alto órgano consultivo, no es posible que quede al arbitrio del centro directivo responsable de la tramitación conceder o no audiencia a los ciudadanos o a las organizaciones que los representan, si la norma en proyecto afecta a sus derechos e intereses legítimos, pues, en ese caso, la audiencia ha de concederse siempre. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia<sup>84</sup> a la vista de lo establecido en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, que distingue claramente entre “audiencia a los ciudadanos afectados” e “información pública”, lo que en la LPCAP se realiza en los arts. 82 y 83.

A juicio del Consejo de Estado, no está al alcance del legislador una regulación que recoja como alternativas la audiencia y la información pública, pues la audiencia, ya sea directa, ya a través de organizaciones o asociaciones representativas, debe concederse siempre por imperativo de diversos preceptos constitucionales (artículos 9.2 o 105), salvo que concurren graves razones de interés público que justifiquen la omisión [artículo 24.1.c) *in fine* de la Ley del Gobierno, y artículo 133 LPCAP, último párrafo, *ab initio*].

En relación con esta cuestión debe hacerse notar que, para la consulta, audiencia e información públicas de la norma, se hace referencia a la puesta a disposición del público de ciertos documentos necesarios (art. 133.3), que serán claros, concisos, y deberán reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia. Ahora bien, y pese a la indicación del Consejo de Estado, no se especifica que junto a la versión correspondiente de la norma proyectada debe adicionarse también la de la respectiva memoria del análisis

---

84. Según la STS de 12 de febrero de 2002 (recurso n.º 160/2000), la audiencia, “preceptiva siempre, puede llevarse a cabo bien de forma directa, bien a través de las organizaciones y asociaciones representativas reconocidas en la Ley, en tanto que la segunda, encaminada a oír a la generalidad de los ciudadanos, resulten o no afectados sus derechos o intereses legítimos, solo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición lo aconseje. Que se trata de supuestos distintos resulta no solo de la expresión ‘ciudadanos afectados’ que utiliza la norma para establecer la necesidad de motivar la decisión que se adopte en cuanto al procedimiento a seguir, sino también del adverbio ‘asimismo’ que tiene carácter claramente acumulativo y no alternativo. No es que deba optarse entre audiencia pública y audiencia a los ciudadanos afectados: la segunda es preceptiva en todos los casos, en tanto que la primera está en función de la naturaleza de la disposición. La opción, en lo que atañe a la segunda, se concreta al procedimiento elegido para llevar a cabo la audiencia, procedimiento que comprende tanto aspectos formales como subjetivos y entre los primeros, naturalmente, el de si la audiencia ha de ser directa o por medio de organizaciones o asociaciones representativas legalmente reconocidas. Pretender reducir la opción a ‘información pública versus audiencia a ciudadanos afectados’, así como la exigencia de motivación a los supuestos en que se opte por la información pública, es, en nuestra opinión, simplemente contrario a la norma”.

de impacto normativo, de modo que pudieran conocerse por los afectados las razones que sustentan la acción normativa emprendida, lo cual quedará a la interpretación de la Administración impulsora de la norma sobre si son pertinentes dentro de esa claridad, concisión y necesidad.

Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, se publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones, reconocidas por ley<sup>85</sup>, que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

La LPCAP permite prescindir de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en el art. 133 en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o las organizaciones dependientes o vinculadas a estas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen. No es una excepción, pero sí una situación excepcional para todo aspecto presupuestario (si se quiere casi toda la actividad administrativa), y desde luego si el criterio presupuestario no fuera suficiente se añade como posible excepción el concepto jurídico indeterminado de “grave interés público”. Así, cuestiones tan importantes como el plan de disposición de fondos de la tesorería<sup>86</sup> quedarían vedadas a la participación.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el art. 133.1.

Por otra parte, tal y como afirma ARNALDO<sup>87</sup>, es encomiable el art. 133, que, por fin, da carta de naturaleza a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas de rango legal o reglamentario mediante “consulta pública, a través del portal web de la Administración

85. Ese reconocimiento legal se supone que es por ley expresa y por tanto para la denominada administración corporativa en sus dos vertientes, profesional y económica.

86. Sobre esta peculiar normativa *vid.* Antonio PÉREZ LUQUE, “Un caso atípico de ejercicio de potestad reglamentaria de los presidentes de las corporaciones locales y la necesidad de que lo tengan expresamente reconocido para el ámbito de ciertos reglamentos internos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Oct. 2002, pág. 3145, tomo 3.

87. Enrique ARNALDO ALCUBILLA, “Una nueva Ley de Procedimiento Administrativo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 21, 2015, págs. 2528-2533.

competente”, que versará sobre: los problemas que la iniciativa pretende solucionar, su necesidad y oportunidad, sus objetivos, y las posibles soluciones alternativas. Se prevé también la audiencia de los sujetos directamente afectados e interesados. No hay previsión de plazos mínimos, por lo que puede quedar en testimonial, y no deja de preocupar el último inciso: “Cuando la propuesta normativa no contenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero”.

Así, con la nueva regulación de la LPCAP, deberemos plantearnos la relación de estas normas con respecto a las de la LRBRL, y en concreto la posibilidad de excluir las normas organizativas de “los reglamentos” del periodo de información pública por “razones graves de interés público que lo justifiquen”.

Debemos recordar que, tras la reforma de la LMGL, el artículo 70 bis LRBRL abre la posibilidad de la iniciativa vecinal para presentar proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal. La Ley no establece limitación alguna —como ocurre con el sometimiento a consulta popular<sup>88</sup>, por lo que la iniciativa es viable para toda suerte de reglamentos, incluidas las ordenanzas fiscales, e incluso el reglamento orgánico.

Sirve para los proyectos de reglamentos municipales, no de otras entidades locales; el precepto habla de los vecinos con derecho a sufragio en las elecciones municipales, así como de “materias de competencia municipal”. El papel de diputaciones, cabildos y consejos insulares se acomoda a su función de asistencia.

Instruida la iniciativa conforme prevé el núm. 2 del art. 70 bis, y “sin perjuicio de la legislación autonómica”, habrán de seguirse los trámites propiamente recogidos en este artículo 49, con la peculiaridad de que se verá al ocuparnos de la aprobación inicial.

Sobre el órgano competente para iniciar el procedimiento, y ante el silencio de la Ley, habrá que entender titulares de la facultad al alcalde del municipio o al presidente de la diputación. Esto es así, tanto en virtud de la atribución para dirigir el gobierno y la administración municipales o provinciales [apartado a) de los artículos 21.1 y 34.1, respectivamente, de la LRBRL] como en consideración a la competencia residual que los mismos artículos predicen de los órganos señalados. Aunque “dirigir el gobierno y la administración” sea atribución no susceptible de delegación (apartados 3 y 2

---

88. Que no cabe en asuntos “relativos a la Hacienda local”, *ex art. 71.*

de los artículos indicados), no vemos inconveniente en que la mera incoación de oficio del procedimiento pueda incluirse entre lo delegable a favor de la junta de gobierno local o de miembros de la corporación.

Con carácter preliminar, y a modo de premisa, hay que tener en cuenta que la reserva de ley del art. 105.a) CE hay que entenderla, dados tanto el sistema constitucional de distribución de competencias *ex art. 149.1.18.ª* CE como la circunstancia de que el citado precepto constitucional resulte de aplicación a todos los poderes públicos, en el sentido de que la concreta determinación de, al menos, cuándo y cómo se ha de ejercitar el derecho de referencia corresponde determinarla al legislador básico estatal.

De este modo, el legislador de procedimiento administrativo ha consagrado la regla general de que esa participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos se realiza en la fase previa, cuando se trata de un proyecto y las posiciones iniciales no están bien definidas, y cabe un margen apreciable para incorporar observaciones y sugerencias. De este modo, cuando se trate de la elaboración del proyecto de reglamento, habrá de sustanciarse una consulta pública que habrá de versar sobre los aspectos expresamente enumerados en el art. 133.1 LPCAP: los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y, finalmente, las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. A mayor abundamiento, en esta fase preliminar en la que se esté elaborando un proyecto normativo, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, a tenor del art. 133.2, habrá de publicarse el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma, y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

Por su parte, en segundo lugar, realizadas estas operaciones, se aprobará inicialmente la ordenanza o el reglamento por el pleno de la corporación local, y se abrirá un plazo de información pública y audiencia a los interesados por el tiempo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias, según se desprende del art. 49 de la LRBRL. Y es que, en cuanto a la concreción de *cuándo* ha de llevarse a cabo la participación ciudadana, el legislador básico local de 1985 optó por que la misma se produjese una vez que el texto del proyecto de ordenanza (o reglamento) se hubiese aprobado inicialmente por el pleno, momento en el que resulta especialmente conflictiva la incorporación de nuevas propuestas ciudadanas,

haciendo de ella, en no pocas ocasiones, una mera formalidad. No obstante, la nueva LPCAP complementa en nuestra opinión estas determinaciones del art. 49 LRBRL, y con igual carácter básico obliga a realizar, por parte de las entidades locales, una consulta previa que facilite la intervención ciudadana cuando se trate del borrador de un proyecto de reglamento, dejando la información pública formal a una vez se haya aprobado inicialmente el texto normativo por el pleno.

## 9

### Conclusiones

Por tanto, podemos concluir, en cuanto al régimen jurídico aplicable, que la LPCAP constituye el régimen jurídico básico nuclear del procedimiento administrativo y establece el procedimiento administrativo común, siendo norma de aplicación directa a buena parte de los procedimientos de las diferentes Administraciones Públicas, sin perjuicio de su desarrollo o de normas sustantivas materiales establecidas por los entes competentes, fundamentalmente autonómicos, y de su exención expresa conforme a la citada Ley.

En ese sentido, la Ley establece como parte del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas unas determinaciones en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria por cada una de ellas, pero no incorporando por falta de título competencial un procedimiento común a todas las Administraciones Públicas en esta materia.

No obstante, sí se incorporan determinaciones comunes de carácter básico sobre evaluación y calidad normativa, y consulta previa, audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos.

En líneas generales se mantienen las principales cuestiones ya recogidas por la LRJAPC, actualizadas a la doctrina del Constitucional y a la jurisprudencia, recogándose una remisión específica a la LRBRL en el ámbito local, que salva alguna laguna, como la posibilidad de tipificación de sanciones mediante ordenanza del Título IX de esta, que la LPCAP excluye.

Es por lo que se refiere al ámbito local, y a la vista de las determinaciones sobre la planificación y evaluación normativa, una norma muy voluntarista y alejada de la realidad local, pero muy correcta desde el punto de vista de técnica jurídica.

## 10

## Bibliografía

- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “Una nueva Ley de Procedimiento Administrativo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 21, 2015.
- BERMEJO LATRE, José Luis, “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, *REDA*, n.º 124, 2004.
- CASTILLO BLANCO, Federico, “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho”, *Documentación Administrativa*, INAP, n.º 263-264, mayo-diciembre 2002.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, 27.ª edición, 2016.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael, “La Administración Pública de la Comunidad de Madrid. Parte I: Régimen jurídico”, en ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y MOLLINEDO CHOCANO, José Joaquín (coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*, Comunidad de Madrid, 1999.
- GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, 2001.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Artículo 97: funciones del Gobierno”, en ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, arts. 97 a 112, Edersa, Madrid, 1998, págs. 42 a 208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 27, 1958, págs. 63-88.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 17.ª edición, Thomson-Civitas, 2015.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, *Procedimiento administrativo común y procedimientos singulares*, El Consultor – Wolters Kluwers, 2010.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, “La Ley de Transparencia y sus efectos sobre las entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 38, 2015, págs. 181-229.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, *El Derecho Administrativo en un Entorno Internacional: Estudios de Derecho Territorial Administrativo Comparado*, INAP, 2015.
- GARRIDO FALLA, Fernando, “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública*, n.º 150, 1999, págs. 115-158.
- GIMENO FELIÚ, José María, “El informe CORA”, *Heraldo de Aragón*, 17 de diciembre de 2013.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Sistema Jurídico de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters – Civitas, 2009.

- HUERGO LORA, Alejandro, “Acordes y Desacuerdos de las leyes 39 y 40/2015”, en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en Javier BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas – Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, 1993.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 130, 1993.
- MELERO ALONSO, Eduardo, *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, marzo 2005.
- NIETO, Alejandro, *Entes territoriales y no territoriales*, en III Jornadas Administrativas de Galicia. Escuela Nacional de Administración Pública, 1973.
- NÚÑEZ LOZANO, Mari Carmen, “Paradojas del derecho público de la crisis económica: La mejora de la calidad de la regulación en el proyecto de ley de economía sostenible”, en AA. VV., *El derecho público de la crisis*, INAP, 2011.
- ORDUÑA PRADA, Enrique, “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, n.º 2, Sección Actualidad, febrero 2016, La Ley.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “La Ley 30/1992 y la Ley 7/1985: una valoración global de la integración del régimen básico de la Administración local en el conjunto de las Administraciones Públicas”, *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1, 1995, págs. 29-56.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas reflexiones sobre aspectos generales de la modificación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 4, 1999.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ LUQUE, Antonio, “Un caso atípico de ejercicio de potestad reglamentaria de los presidentes de las corporaciones locales y la necesidad de que

- lo tengan expresamente reconocido para el ámbito de ciertos reglamentos internos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Oct. 2002, pág. 3145, tomo 3.
- REINOSO CARRIEDO, Antonio, “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las leyes 39/2015 y 40/2015”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 18, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Sep. al 14 Oct. 2016, pág. 2035, Wolters Kluwer.
- SÁINZ MORENO, Fernando, “La publicidad de las normas”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (coord.), *La protección jurídica del ciudadano: procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional: estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. 1, 1993, págs. 121-146.
- SÁINZ MORENO, Fernando, “Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)”, en PENDÁS GARCÍA, Benigno (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, 1993, págs. 105-174.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, “La potestad normativa del municipio español”, Publicaciones Abella, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, número 2.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, 2009.
- VIDA FERNÁNDEZ, José, “La evaluación de impacto normativo como instrumento para la mejora de la regulación”, en PAREJO ALFONSO, Luciano y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ZANOBINI, Guido, “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti”, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, recogido en sus *Scritti vari*, Milán, 1955.

# El interés adicional en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas

L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

*Magistrado - Doctor en Derecho.*

*Profesor de Derecho Procesal (Universidad Pablo de Olavide - Sevilla)*

- 1. Introducción**
- 2. Los intereses procesales en las condenas a pagar cantidad líquida**
  - 2.1. Intereses procesales resarcitorios (art. 106.2 de la LJCA)
  - 2.2. Intereses procesales coercitivos (art. 106.3 de la LJCA)
- 3. A vueltas con los privilegios de la Administración**
- 4. ¿Cuándo puede reclamarse?**
  - 4.1. A partir de que transcurra el plazo de ejecución voluntaria
  - 4.2. Hasta que se efectúe el pago
- 5. ¿Desde cuándo es efectivo?**
  - 5.1. Retroactividad versus irretroactividad
  - 5.2. Desde que se aprecie la falta de diligencia
  - 5.3. A partir de la ejecución forzosa
  - 5.4. A partir de la ejecución voluntaria
  - 5.5. Desde la notificación de la resolución dictada en única o primera instancia
- 6. Falta de diligencia**
  - 6.1. Antecedentes parlamentarios
    - 6.1.1. Congreso de los Diputados (VI Legislatura)
    - 6.1.2. Senado (VI Legislatura)
  - 6.2. Dilación temporal y carga probatoria de la diligencia
  - 6.3. Fraccionamiento del pago en ejecución forzosa
- 7. ¿Cuál es el interés legal?**
- 8. Bibliografía**

---

*Artículo recibido el 22/03/2017; aceptado el 03/05/2017.*

## Resumen

Cuando la Administración es condenada al pago de una cantidad comienzan a correr intereses procesales. Unos son resarcitorios, destinados a actualizar el valor de la deuda mediante la aplicación del interés legal del dinero. Estos comienzan a computarse *ope legis* desde la notificación de la sentencia. Otros son coercitivos, dirigidos a forzar el cumplimiento de la sentencia. Estos últimos suponen un incremento de dos puntos sobre el interés legal, y se aplican a instancia de parte una vez que transcurre el plazo de ejecución voluntaria y se insta la ejecución forzosa.

Palabras clave: *ejecución de sentencias; proceso contencioso-administrativo; condenas a pagar cantidad líquida; intereses procesales; incremento del interés legal.*

### **The additional default interest in the enforcement of contentious-administrative judgments**

#### Abstract

*The default interest begins to run in case of a judgment imposing the obligation of a payment to the public administration. Some of these interests are compensatory aimed at updating the value of the debt by applying the legal interest rate. These interests begin to run ope legis since the notification of the judgment. Other interests are coercive aimed at forcing the complying with the judgment. The latter imply a plus of two points of the legal interest rate and begin to run when is requested the compulsory enforcement by an interested party and after the voluntary execution of the judgment has elapsed.*

Keywords: enforcement of judgments; contentious-administrative action; conviction for liquid payments; default interests; increase of the legal interest rate.

#### Abreviaturas

art.	artículo.
art. cit.	artículo citado.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
cf.	<i>confer</i> (latín: «compara»; equivale a «compárese»).
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.

coord.	coordinador.
disp.	disposición.
ed.	edición.
JUR	jurisprudencia disponible en <i>www.westlaw.es</i> (Aranzadi).
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).
núm.	número.
ob. cit.	obra citada.
p(p).	página(s).
rec.	recurso.
RJ	Repertorio de jurisprudencia (Aranzadi).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
vol.	volumen.

## 1

### Introducción

En la ejecución de sentencias pecuniarias, el artículo 106.3 de la LJCA prevé el devengo de un interés adicional en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento».

Hay quienes consideran que este interés adicional es un mecanismo más de compulsión o de coerción indirecta, entre los previstos legalmente una vez se entra en la fase de ejecución forzosa<sup>1</sup>. Ciertamente, incrementar el interés –devengado por la demora injustificada en pagar lo ordenado en la sentencia– no supone la ejecución del fallo, sino más bien un mecanismo para forzar su cumplimiento, «un acicate para que el condenado cumpla el pronunciamiento

---

1. Así, Eduardo PARICIO RALLO, «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, octubre de 2012, p. 126; y Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 246.

judicial lo antes posible»<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva bien puede tomarse como un medio indirecto de ejecución; eso sí, exclusivo de las resoluciones condenatorias al pago de cantidad líquida y aplicable directamente sobre la Administración deudora, no sobre las autoridades o funcionarios responsables de la ejecución.

Precisamente el hecho de que la presión, en este caso económica, se ejerza sobre la Administración y no *intuitu personae*, esto es, directamente sobre los responsables de la ejecución, merma eficacia a la medida. La resistencia al pago se debe normalmente a la falta de voluntad de las autoridades competentes, de manera que la presión más eficaz es la que se ejerce personalmente sobre ellas (multas coercitivas y responsabilidades penales)<sup>3</sup>.

## 2

### Los intereses procesales en las condenas a pagar cantidad líquida

La ejecución de sentencias condenatorias al pago de una cantidad líquida es objeto de regulación en el artículo 106 de la Ley Jurisdiccional. Dos de sus apartados establecen los intereses que habrá de abonar la Administración una vez sea condenada al pago de una cantidad líquida:

- a) Desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en primera o única instancia, se añadirá el interés legal del dinero (apartado 2).
- b) Una vez transcurrido el plazo de ejecución voluntaria (tres meses desde que la sentencia firme haya sido comunicada a la Administración para su cumplimiento) podrá instarse la ejecución forzosa. En tal caso, tras oír a la Administración, el órgano judicial está facultado para incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que aprecie falta de diligencia en el cumplimiento (apartado 3).

Se trata de los llamados intereses «procesales» o de «mora procesal» que nacen una vez dictada sentencia condenatoria. Unos tienen carácter primordialmente, aunque no solo, resarcitorio y otros coercitivo e, incluso, sancionador.

2. FRANCISCO DE MIGUEL PAJUELO, «La ejecución de las sentencias», en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, tomo IV, p. 119.

3. Cf. Eduardo PARICIO RALLO, «La insolvencia de la Administración...», art. cit., p. 128.

## 2.1

**Intereses procesales resarcitorios (art. 106.2 de la LJCA)**

Consisten en el «interés legal del dinero»<sup>4</sup>. Se precisa una condena al pago de cantidad líquida (art. 106.1 de la LJCA) y su efectividad tiene lugar «desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia» (art. 106.2 de la LJCA). Pero no solo las sentencias condenan al pago de cantidades líquidas; también lo hacen los autos y decretos, en cuyo caso la efectividad de los intereses habrá de referirse a la notificación de tales resoluciones en primera o única instancia. A estos efectos es suficiente la notificación hecha al representante procesal de la Administración (normalmente un letrado de sus servicios jurídicos).

Estos intereses, como se ve, no se vinculan con el momento en que se notifica la firmeza de la sentencia (art. 104.1 de la LJCA), que suele ser posterior –sobre todo cuando se ha interpuesto algún recurso devolutivo<sup>5</sup>– y que no se dirige al representante procesal de la Administración, sino «al órgano [administrativo] que hubiera realizado la actividad objeto del recurso» para que la ejecute. Tampoco se vincula el devengo de estos intereses con el final del plazo de ejecución voluntaria, sea cual fuere<sup>6</sup>.

Además, nacen *ope legis*, de manera automática, sin plazo de carencia alguno<sup>7</sup> y sin necesidad de que la parte litigante los solicite ni de que la reso-

4. Vicente GIMENO SENDRA, en *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, varios autores, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 751, valora negativamente el limitado *quantum* de estos intereses, sin ningún tipo de incremento, a diferencia de los intereses procesales comunes (antes señalados en el artículo 921.IV de la LEC/1881 y hoy en el artículo 576.1 de la LEC/2000) que adicionaban y adicionan dos puntos al interés legal del dinero a fin de evitar las dilaciones en el cumplimiento de la sentencia.

5. Aunque contra la sentencia de instancia no cupiese recurso alguno, los momentos de notificación de la sentencia (al representante procesal de la Administración) y de comunicación de su firmeza (al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso para que la ejecute) no serán necesariamente coincidentes. El propio artículo 104.1 de la LJCA da un plazo de 10 días al LAJ para que realice la comunicación de firmeza, mientras que la sentencia deberá notificarse en un plazo máximo de 3 días desde su fecha (art. 151.1 de la LEC).

6. Los intereses del artículo 106.2 corren al margen de cuál sea el plazo de ejecución concedido. Así lo advierte José Luis REQUERO IBÁÑEZ, en «Ejecución de sentencias en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 8, junio de 2005, p. 37: «Debe tenerse presente que el plazo del artículo 104.2, el que se fije en sentencia [artículo 71.1.c)] o en incidente de ejecución [artículo 109.1.b)] son plazos cuya función consiste en que a partir del mismo las partes y afectados pueden instar la ejecución forzosa, pero al margen de que lo insten o no, desde que se notifica la sentencia o resolución condenando al pago de una cantidad líquida, nace el derecho al devengo del interés legal ex artículo 106.2. En consecuencia, ese plazo de ejecución no es un plazo de gracia a efectos de devengo de intereses moratorios».

7. Cf. la STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 14 de mayo de 1999: «El devengo de los intereses legales de demora, que tiene lugar por ministerio de la ley, debe pues contarse a partir de la fecha de la notificación de la sentencia de instancia [...] sin necesidad de intimación del

lución judicial los mencione expresamente. En palabras de la STC 167/1985, «ni hace falta pedir lo que la ley manda, ni comete incongruencia el juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza»<sup>8</sup>. Sigue esta misma línea la STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 1 de abril de 2009<sup>9</sup>: «Cuarto. [...] los intereses de la mora procesal, distintos de los intereses estrictamente moratorios en que no ha existido condena judicial, nacen por ministerio de la ley, sin necesidad de petición e incluso de expresa condena [...]. Su reconocimiento, aun sin petición expresa, no significa incongruencia con las pretensiones de las partes, como tampoco existiría incongruencia omisiva si la sentencia, a pesar de haberse interesado, no contuviese pronunciamiento al respecto, por razón también de su imposición legal».

La finalidad de estos intereses es, sobre todo, indemnizatoria. Se trata de compensar el quebranto económico del acreedor, derivado de la demora de la Administración en hacer efectivo el pago impuesto por una condena judicial; en pocas palabras: constituyen un modo automático de actualización de la deuda. Pero también persiguen el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que priman el rápido cumplimiento de las resoluciones judiciales y desmotiva la utilización abusiva de recursos con mera finalidad dilatoria<sup>10</sup>, a lo que no es ajena la Administración<sup>11</sup>.

---

acreedor, toda vez que en el caso de sentencias ejecutorias la Administración tiene el deber de cumplirlas *ex lege* (artículo 104 de la citada Ley de la Jurisdicción), ni aplicación del plazo de tres meses a que se refiere el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria, que carecería de sentido en el presente caso y que no está previsto en el mencionado artículo 106 de la Ley 29/1998 (*cf.*: sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1999)». Ponente: Excmo. Sr. GODED MIRANDA. Recurso 3421/1993 (RJ 1999\5089).

8. Hace ya varias décadas que la STC 167/1985, aunque con referencia al proceso civil, declaró que el pedimento de los intereses procesales era «superfluo e intrascendente, porque naciendo esos intereses no de una sentencia declarativa, sino por imperativo de la ley y siendo obligatorio el conocimiento de la ley por parte de los órganos insertos en el poder judicial (que eso y no otra cosa significa el brocardo *iura novit curia*), ni hace falta pedir lo que la ley manda, ni comete incongruencia el juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza».

9. Ponente: Excmo. Sr. MENÉNDEZ PÉREZ. Recurso 1302/2008 (RJ 2009\2543).

10. Los intereses procesales «tienen, primordialmente, un fundamento indemnizatorio, tendiendo a resarcir al deudor por los daños y perjuicios derivados de la demora en el cumplimiento de la obligación del acreedor al pago de cantidades líquidas cuando ya exista una condena judicial a su abono, pero, además, en los supuestos en que la obligación legal de pago de los intereses procesales pueda iniciarse, total o parcialmente, desde la fecha de la sentencia de instancia, coexiste aquel fundamento con una pretendida finalidad desmotivadora de la interposición de recursos». STS (Sala 4.ª) de 11 de febrero de 1997. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3099/1996 (RJ 1997\1258).

11. Vicente GIMENO SENDRA, en el voto particular a la STC 69/1996, no descarta que la Abogacía del Estado use y abuse de los medios de impugnación como consecuencia de su peculiar organización. Se basa en que, a falta de disposiciones generales o particulares de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, los abogados del Estado están obligados a recurrir todas las resoluciones judiciales lesivas para el Estado (art. 55.3 II del Decreto de 27 de julio de 1943 y hoy art. 42 del Real Decreto 997/2003).

## 2.2

### Intereses procesales coercitivos (art. 106.3 de la LJCA)

Se trata de los intereses adicionales del artículo 106.3 de la LJCA que suponen «incrementar en dos puntos el interés legal a devengar». Sucede así cuando no se haya efectuado el pago del principal más los intereses resarcitorios, en los tres meses siguientes al día de la comunicación de la sentencia firme (no de su notificación), pero sólo si se aprecia falta de diligencia. Su finalidad no es compensatoria; no están pensados para beneficiar económicamente al ganador del pleito<sup>12</sup>, aunque obviamente le favorezcan, sino para estimular la ejecución de la sentencia como un mecanismo indirecto de ejecución forzosa y de ahí que su naturaleza sea fundamentalmente coercitiva<sup>13</sup>.

Pero también se les ha atribuido naturaleza sancionadora<sup>14</sup> habida cuenta de que no se devengan solo por el mero transcurso del plazo de ejecución voluntaria, sino tras constatar que el incumplimiento de pago obedece a «falta de diligencia» o a dilaciones indebidas.

En todo caso, el interés adicional debe aplicarse exclusivamente sobre la cantidad principal, y no sobre el resultado de sumar a dicha cantidad principal los intereses legales devengados hasta la fecha en que se hace efectivo su incremento en dos puntos. El ATS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 19 de mayo de 2004<sup>15</sup>, deja bien claro que, de los propios términos en que se expresa el artículo 106 de la LJCA, «el incremento no se aplica “sobre” el interés, sino que es el propio interés a aplicar sobre la cantidad principal el que ve incrementado el tipo al que debe calcularse en dos puntos».

## 3

### A vueltas con los privilegios de la Administración

La morosidad de la Administración en el cumplimiento de las sentencias condenatorias al pago de una cantidad líquida de dinero es tratada por el legis-

12. FRANCISCO DE MIGUEL PAJUELO, «La ejecución de las sentencias», en ob. cit., p. 119.

13. Así, EDUARDO PARICIO RALLO, «La insolvencia de la Administración...», art. cit., p. 126.

14. JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ, «Ejecución de sentencias...», art. cit., p. 37. También MILAGROS LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 240, alude a la «naturaleza sancionadora del mencionado incremento»; y CARLOS ROMERO REY, en JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 755, se refiere a los intereses reforzados como mecanismo «sancionador» o «amenazador» en caso de falta de diligencia en el cumplimiento.

15. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ NAVARRO. Incidente de ejecución 476/1998 (JUR 2005\179884).

lador con suma condescendencia frente a ese mismo incumplimiento por los particulares.

Cuando la Administración es condenada al pago de una cantidad líquida, el artículo 106.3 de la LJCA prevé la posibilidad de imponer un interés adicional de dos puntos; interés añadido al interés legal ordinario que se devenga por imperativo legal desde la notificación de la sentencia de instancia (art. 106.2 de la LJCA). Este interés adicional resulta obligado en los demás órdenes jurisdiccionales desde la fecha de la resolución dictada en primera instancia (art. 576.1 de la LEC), pero no cuando la morosa es la Administración. Si la ejecución se dirige contra la Hacienda pública, la propia LEC (art. 576.3) deja a salvo las especialidades previstas en la Ley General Presupuestaria. Y si nos encontramos en un proceso contencioso-administrativo la aplicación del interés adicional no es automática, sino que depende de tres elementos, dos objetivos y uno subjetivo:

1. El transcurso del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia.
2. La solicitud de ejecución forzosa instada por el interesado<sup>16</sup>.
3. La falta de diligencia de la Administración en la ejecución de lo ordenado.

Buena parte de la doctrina criticó esta innegable desigualdad de trato<sup>17</sup>. Pero el Tribunal Constitucional la avaló en la STC 206/1993<sup>18</sup> mediante una pirueta argumental que justificaba la demora «inercial o institucional» por la minusvalía que padece la Administración al estar sometida al principio de legalidad y contabilidad pública:

*4. [...] Se produce siempre, haya o no haya consignación presupuestaria, una demora inercial o institucional, achacable al sistema de garantías para el correcto manejo de los dineros públicos que se traduce en un procedimiento plagado de cautelas, en beneficio de todos, demora pues*

16. Milagros LÓPEZ GIL, en *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., pp. 239-240 examina este presupuesto y llega a la conclusión de que el interés adicional solo puede imponerse una vez que el interesado solicite la ejecución forzosa; pero, una vez instada, sostiene que el órgano judicial puede decidir aplicar el incremento de oficio.

17. Por ejemplo, Eduardo MÍGUEZ BEN, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998» (artículo 106), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100 (extraordinario), 1998, pp. 745-750; Mercedes FUERTES LÓPEZ, «Los intereses expropiatorios: ¿burla o retribución?», en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1528-1535; y Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 239.

18. Un comentario de esta sentencia puede verse en Juan LÓPEZ MARTÍNEZ, «Análisis sobre la procedencia de distintos tipos de intereses procesales a favor y en contra de la Hacienda pública», en *Crónica Tributaria*, núm. 68, 1993, pp. 113-124.

*no imputable a la Administración como persona pública ni a sus agentes. No se trata de una tardanza caprichosa o arbitraria sino que hincra su raíz en razones profundas de los intereses generales a los cuales ha de servir la Administración y en las características objetivables de esta. Si ello se pone en relación con el carácter punitivo, sancionador o disuasorio del recargo de dos puntos cuestionado, resulta que esa demora inmanente no puede ser llamada «mora» en un sentido rigurosamente jurídico, pues tal calificación no corresponde propiamente a cualquier retraso sino al retraso culpable en cumplir la prestación debida, según ha sido definida jurisprudencialmente sin desmayo alguno, conformando doctrina legal al respecto con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil (art. 1.6).*

A partir de lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional que «es claro que el recargo o sobretasa carece aquí de sentido y de función». Y, por si no hubiera estado lo suficientemente convincente, añade:

*4.º [...] No puede tomarse como punto de partida la presunción de que la Administración se va a separar del camino recto que le marca el principio de legalidad, ni tampoco cabe negar la posibilidad de que así ocurra en algún caso excepcional, para cuya eventualidad tampoco resultaría de eficacia el incremento del rédito a cargo de la Hacienda pública y no de los agentes que dolosa o culposamente, a propósito o por desidia o negligencia, fueren los autores del retraso. Conviene recordar, antes de proseguir el discurso, que el recargo o sobretasa no está pensado para beneficiar económicamente al ganador del pleito, sino como acicate, para que el condenado cumpla el pronunciamiento judicial lo antes posible. Esta finalidad explícita, tantas veces invocada, se obtiene mejor, cuando de la Administración y sus agentes se trata, con otros remedios, como son la responsabilidad personal del gestor moroso exigible en las vías civil, penal y disciplinaria, así como la responsabilidad política residenciable en la Cámaras parlamentarias, sin olvidar quizá la solución más idónea consistente en modificar el sistema, dando una mayor intensidad a la fuerza ejecutoria de las sentencias.*

Estos argumentos han sido calificados de «poco convincentes» y «gravemente erróneos» para justificar y sostener la constitucionalidad de una «tan manifiesta e inaceptable desigualdad»<sup>19</sup>. También se han tachado de «ingeniosos y candorosos»<sup>20</sup>. La discrepancia se manifestó en el seno del propio Tri-

19. Así, Eduardo MÍGUEZ BEN, «Comentarios a la Ley...», art. cit., p. 748.

20. Mercedes FUERTES LÓPEZ, en «Los intereses expropiatorios...», art. cit., p. 1531, afirma que «resulta ingenuo y candoroso pensar que los retrasos en el cumplimiento de las obliga-

bunal Constitucional mediante los votos particulares de cuatro magistrados<sup>21</sup>, que pusieron de manifiesto la falta de razones convincentes para mantener el desigual trato de la Hacienda estatal en lo concerniente a los intereses procesales (los legales incrementados en dos puntos). Valgan como muestra las expresivas palabras del voto redactado por el magistrado RODRÍGUEZ BEREIJO:

*Si la finalidad de los intereses procesales que contempla el artículo 921 LEC [hoy art. 576.1 de la LEC/2000] es, como se ha afirmado por la doctrina, compensar al acreedor triunfante en el proceso, disuadir de recursos infundados o con pocas expectativas de prosperar y estimular el pronto cumplimiento de las resoluciones judiciales que condenan a pagar cantidades líquidas, reduciendo el uso abusivo, o simplemente excesivo, de la justicia; todas estas finalidades alcanzan también al Estado y a las demás entidades que constituyen la Hacienda pública en sentido subjetivo (art. 2 de la LGP) cuando son partes en un proceso, en medida exactamente igual que cualesquiera otras personas físicas o jurídicas litigantes.*

En fin, por muy buenas razones que haya para alinearse con las voces discrepantes lo cierto es que, nos guste o no, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 206/1993, 69/1996 y 113/1996, estableció que, cuando una Administración pública es condenada al pago de una cantidad líquida, sí resulta razonable la diferencia de trato respecto de los particulares en relación con el «incremento» del interés legal, pero no con el «momento» en que deben comenzar a correr los intereses legales, esto es: a partir de la sentencia dictada en primera instancia.

Con fundamento en esta doctrina, elaboró el legislador el artículo 106, numerales 2 y 3, de la LJCA. En el apartado 2 hay una sutil, pero importante, diferencia de trato en cuanto al momento en que comienzan a correr los intereses procesales. Para la Administración, el día inicial es la fecha de «notificación» de la sentencia dictada en única o primera instancia, mientras que, para los particulares, el artículo 576.1 de la LEC determina que el devengo de intereses por mora procesal comienza desde que fuere «dictada» sentencia en primera instancia. Y en el apartado 3 el legislador aprovechó la tesis del Tribunal Constitucional para discriminar «positivamente» a la Administración de manera que mientras los particulares han de pechar con un interés adicional de dos puntos desde el dictado de la sentencia (art. 576.1 de la LEC,

---

ciones pueden resolverse de manera más eficaz con la exigencia de responsabilidades».

21. De los magistrados RODRÍGUEZ BEREIJO, GARCÍA-MÓN Y GONZÁLEZ-REGUERAL, GIMENO SENDRA y DE LA VEGA BENAYAS.

citado), ese incremento de interés no lo sufre la Administración sino hasta, al menos, transcurrido el plazo de ejecución voluntaria.

## 4

### ¿Cuándo puede reclamarse?

#### 4.1

#### A partir de que transcurra el plazo de ejecución voluntaria

Desde luego, el interés adicional no puede reclamarse mientras la Administración esté en plazo para ejecutar voluntariamente el pago. El plazo para la ejecución voluntaria del fallo judicial es, por lo general, de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia (art. 104.2 de la LJCA) o, en su caso, del auto o decreto. Transcurrido ese plazo puede instarse la ejecución forzosa. Pero, si se trata de condenas al pago de cantidad líquida, el legislador otorga a la Administración un plazo específico de cumplimiento voluntario de tres meses. A partir de entonces podrá no solo instarse la ejecución forzosa, sino reclamarse un interés adicional de dos puntos sobre el interés legal.

Ahora bien, el plazo de ejecución no necesariamente tiene que ser de tres meses. Puede ser otro, fijado en la propia sentencia al socaire del artículo 104.3 de la LJCA<sup>22</sup>; o ya en fase de ejecución al amparo del artículo 109.1.c) de la LJCA. Las situaciones que entonces podemos encontrarnos son las siguientes:

1. Que el plazo expresamente fijado sea inferior a los tres meses del artículo 106.3. En este caso, el transcurso del plazo fijado sin que la Administración ejecute voluntariamente la sentencia habilita a los legitimados para instar la ejecución forzosa. Pero, en opinión de REQUERO<sup>23</sup>, no podrían interesar el devengo de los intereses coercitivos hasta que transcurriesen tres meses desde la comunicación de la sentencia o auto.

No opino igual. El artículo 106.3 de la LJCA fija, en primer lugar, un plazo general de tres meses para el cumplimiento voluntario de las condenas al pago de cantidad líquida, y señala seguidamente que transcurrido ese plazo «se podrá instar la ejecución forzosa». En el inciso siguiente, separado por un

---

22. Juan Antonio XIOL RÍOS, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, varios autores, Eduardo ESPÍN TEMPLADO (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 742, opina que la regla especial del artículo 106.3 de la LJCA sobre el plazo de tres meses para la ejecución voluntaria de las condenas dinerarias «parece impedir que el juzgador pueda hacer uso de la facultad prevista en el artículo 104.3 para fijar un plazo inferior».

23. Véase José Luis REQUERO IBÁÑEZ, «Ejecución de sentencias...», art. cit., p. 37.

punto y seguido, establece que «en este supuesto», es decir, en el momento en que se pueda instar la ejecución forzosa, es cuando podrá incrementarse el interés en dos puntos. Por lo tanto, la imposición del interés adicional no se anuda necesaria e ineludiblemente al plazo de tres meses, sino al momento en que pueda instarse la ejecución forzosa. Ciertamente es que ese plazo será normalmente de tres meses (fijado en el art. 106.3) pero también puede ser menor (fijado en la propia sentencia al socaire del art. 104.3).

Si aceptamos que el interés adicional es una medida coercitiva para incentivar la pronta ejecución forzosa del fallo ante el fracaso de la ejecución voluntaria, va de suyo que su implementación temporal se haga coincidir con el momento en que pueda instarse esa ejecución forzosa, ya sea tres meses después de que se haya comunicado la sentencia firme al órgano que deba cumplirla, o bien una vez transcurrido el plazo que se haya fijado en sentencia.

2. Que el plazo expresamente fijado sea superior a los tres meses del artículo 106.3. Como es lógico, la ejecución forzosa no podrá instarse hasta que transcurra ese plazo de ejecución superior a los tres meses. En consecuencia, tampoco podrán devengarse intereses adicionales ligados, como antes dijimos, al momento en que pueda instarse la ejecución forzosa. Y ello, por dos razones<sup>24</sup>: la primera, porque si el plazo de ejecución es superior a los tres meses del artículo 106.3, no puede adoptarse esta medida cuando la Administración no ha incurrido aún en inejecución; y, en segundo lugar, porque no habría razón alguna para imputar falta de diligencia en el cumplimiento voluntario<sup>25</sup>.

## 4.2

### Hasta que se efectúe el pago

Una vez efectuado el pago de lo que fue objeto de condena, no parece procedente que pueda pedirse y aplicarse el incremento sobre el interés legal.

24. Certeramente expuestas por José Luis REQUERO IBÁÑEZ, *ibidem*.

25. En este caso sí estamos de acuerdo con REQUERO. Pero su tratamiento de la cuestión supone una cierta contradicción: cuando el plazo es superior a tres meses, liga el incremento del interés al momento en que pueda ejecutarse forzosamente la sentencia (a los tres meses la administración no habría incurrido todavía en inejecución y no podría achacársele falta de diligencia); mientras que si el plazo es inferior ya no lo relaciona con el momento en que pueda ejecutarse forzosamente, sino que lo establece necesariamente a partir de los tres meses. Sin embargo, en este último caso son de aplicación, a la inversa, las mismas razones: antes de los tres meses, cuando expire el plazo menor fijado para la ejecución voluntaria, la Administración ya habrá incurrido en incumplimiento (por eso se puede instar la ejecución forzosa) y podría achacársele falta de diligencia.

Otra cosa es que el pago se efectúe durante la tramitación del incidente de ejecución en el que, precisamente, se esté dilucidando si procede o no aplicar ese interés adicional. Pues bien, el ATS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 2002<sup>26</sup> considera en términos generales que el pago, siempre que se produzca antes de que el órgano judicial acuerde incrementar el interés legal, impide la aplicación de este último. Dice así: «el incremento en dos puntos del interés legal del dinero constituye una medida instaurada como instrumento de coerción para que la Administración acelere el pago. Por ello, en casos como el presente, en que ya se ha efectuado el mismo, su aplicación desnaturalizaría, en cierto modo, su verdadero carácter que se tomaría en sancionador».

No compartimos este criterio. Es verdad que el interés adicional tiene carácter coercitivo, para que se acelere el pago, pero no puede ignorarse su naturaleza sancionadora, en cuanto se impone ante la falta de diligencia administrativa en el cumplimiento. Y, una vez que se ha instado la ejecución forzosa y se ha solicitado el interés adicional, el pago ulterior, durante la sustanciación del incidente de ejecución, no debería ser obstáculo para que, si se aprecia dilación indebida en el cumplimiento, se sancione a la Administración con ese incremento.

No es desdeñable la pedagogía que implica recordar a la Administración que sus injustificadas demoras en la ejecución de las sentencias, más allá del plazo de cumplimiento voluntario, no le pueden salir gratis. De lo contrario, el mensaje que se le envía es que, por mucha desidia y dejación administrativa que haya mostrado a la hora de abonar la suma objeto de condena, siempre podrá estirar los tiempos y librarse de los intereses adicionales mediante una jugada de último minuto, «en el tiempo de descuento», pagando justo antes de que el órgano judicial resuelva el incidente sobre el incremento de interés por su falta de diligencia.

Estamos, por tanto, de acuerdo con la tesis defendida por el magistrado MENÉNDEZ PÉREZ en su voto particular al citado ATS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 2002<sup>27</sup>:

*Quinto. Modificando en este punto los datos que expresa el auto mayoritario, debe precisarse que la solicitud de incremento en dos puntos del interés legal a devengar se contenía ya en el escrito que la*

26. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Incidente de ejecución 1065/2000 (JUR 2003\87882).

27. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Incidente de ejecución 1065/2000 (JUR 2003\87882).

*parte ejecutante presentó el 24 de septiembre de 2002. A partir de ahí, la circunstancia de que el pago de la cantidad líquida objeto de la condena se efectuara durante la tramitación de este incidente, no impide la adopción de la medida coercitiva de que se trata, ni transforma la naturaleza jurídica de ésta, convirtiéndola en una medida sancionadora, pues su imposición sigue siendo eficaz y sigue conservando su naturaleza coercitiva, en cuanto traslada a la Administración una consecuencia perjudicial por su desidia y la recuerda cuáles son los explícitos mandatos del legislador en esa parte de su actividad que es la del cumplimiento de las sentencias condenatorias. El criterio que se expresa en el párrafo último del segundo de los fundamentos de derecho del auto mayoritario, comporta el riesgo de que la Administración adopte una actitud poco diligente en tanto en cuanto el favorecido por el fallo no inste la ejecución forzosa y, con ello, merma el logro de aquella finalidad de incrementar las garantías de la ejecución de las sentencias.*

## 5

### ¿Desde cuándo es efectivo?

Este interés adicional no se aplica automáticamente desde que transcurra el plazo de ejecución voluntaria. Bien claro dice la LJCA que la autoridad judicial «podrá incrementar» el interés legal; términos indicativos de que nos encontramos ante una facultad –y no ante una consecuencia ineludible– anudada a que el incumplimiento se deba a falta de diligencia.

La STS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>) núm. 1564/2009, de 1 de abril<sup>28</sup>, lo expresa así: «*Quinto*. [...] el incremento del interés legal en dos puntos no es una consecuencia o efecto que opere o se produzca necesariamente, sino uno que queda sujeto a las exigencias de que hayan transcurrido tres meses desde que la sentencia firme fue comunicada al órgano que deba cumplirla y de que, tras instarse la ejecución forzosa y oírse al órgano encargado de hacerla efectiva, se acuerde así por la autoridad judicial por apreciar falta de diligencia en el cumplimiento».

Una vez apreciada judicialmente esa falta de diligencia, se han barajado varias alternativas sobre el momento a partir del cual deberá hacerse efectivo

28. Ponente: Excmo. Sr. MENÉNDEZ PÉREZ. Recurso 1302/2008 (RJ 2009\2543).

el interés adicional. Desgraciadamente para la seguridad jurídica, todas cuentan con algún asidero razonable.

## 5.1

### Retroactividad versus irretroactividad

Dos son las posiciones básicas de salida: que el devengo se produzca solo a partir del momento en que se aprecie judicialmente la falta de diligencia de la Administración condenada o bien que, una vez apreciada la conducta indiligente, el devengo se retrotraiga a algún momento anterior.

Esta última solución, esto es, dotar de eficacia retroactiva al interés adicional, casa mucho mejor con su finalidad sancionadora<sup>29</sup>. Ahora bien, la retroacción admite distintas variantes en cuanto al comienzo del devengo. Puede limitarse temporalmente a partir de la ejecución forzosa; puede llevarse más allá, abarcando todo el tiempo de ejecución voluntaria, e incluso puede retrotraerse al momento en que se notificó la resolución en primera o única instancia.

## 5.2

### Desde que se aprecie la falta de diligencia

Por analogía con lo dispuesto para el cómputo del interés legal, calculado desde la fecha en que *se notifique* la resolución dictada en única o primera instancia (art. 106.2 de la LJCA), puede sostenerse que también el cálculo del interés adicional comience desde la *notificación* a la Administración condenada del auto que aprecie la falta de diligencia y acuerde ese incremento del interés legal en dos puntos<sup>30</sup>.

Esta tesis es la más beneficiosa para la Administración incumplidora y, por el contrario, la más perjudicial para el ejecutante acreedor. La efectividad del incremento solo tendría lugar desde que el órgano judicial apreciase la falta de diligencia y condenase a la Administración al abono del interés adicional. El tiempo perdido durante la inexecución voluntaria, más el transcurrido desde que se inste la ejecución forzosa hasta que se dicte y notifique el auto

29. Así, Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 240, a quien esta interpretación no le parece desproporcionada «máxime cuando se está produciendo una equiparación con el régimen de intereses que se impone a los particulares».

30. Lo defiende así Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 8.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1015.

apreciando la falta de diligencia e incrementando el interés, no tendría consecuencias económicas desfavorables para la Administración morosa; no haría mella alguna en su desidia ejecutiva; no serviría, en fin, como pedagogía para evitar la reiteración de comportamientos hostiles o negligentes en el futuro cumplimiento de resoluciones judiciales.

Pues bien, esta tesis tan poco edificante ha sido la adoptada por algunas resoluciones del Tribunal Supremo<sup>31</sup>. Dos sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> (Sección 6.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2004<sup>32</sup>, afirman que el incremento de dos puntos del artículo 106.3 de la LJCA «se aplicará –y así lo tiene ya declarado este Tribunal en otras ocasiones– a partir de la notificación de la resolución del tribunal acordando ese incremento».

### 5.3

#### A partir de la ejecución forzosa

Una retroacción minimalista sería la de dar eficacia al incremento del interés legal desde que comienza el tiempo de ejecución forzosa. En las condenas al pago de cantidad, el plazo de ejecución voluntaria finaliza, por lo general, transcurridos tres meses desde la comunicación de la sentencia firme al órgano encargado de su cumplimiento<sup>33</sup>; desde entonces puede instarse la ejecución forzosa. El tenor del artículo 106.3 de la LJCA induce a pensar que esta es la solución adecuada para que comience el cómputo del interés adicional.

Obsérvese que en el primer inciso señala cuál es el momento en que puede instarse la ejecución forzosa y, seguidamente, inicia la referencia al interés adicional con los términos «en este supuesto»; es decir, el momento en que se puede instar la ejecución se liga con el momento en que puede imponerse el interés adicional, de manera que podría pensarse que ambos momentos coinciden en el tiempo y que el interés adicional no puede retrotraerse más allá del inicio de la ejecución forzosa.

No se tendría en cuenta el período del que dispuso la Administración para ejecutar voluntariamente el pago, de modo que el incremento se aplicaría

31. Decimos «algunas» resoluciones porque, como seguidamente veremos, el Tribunal Supremo no ha mantenido al respecto un criterio uniforme.

32. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ NAVARRO. Recursos 2117/2001 y 2324/2001 (RJ 2005\1597 y RJ 2005\1734).

33. Ya hemos visto anteriormente que el plazo de ejecución voluntaria no necesariamente tiene que ser de tres meses. Puede ser otro, fijado en la propia sentencia al socaire del artículo 104.3 de la LJCA; o ya en fase de ejecución al amparo del artículo 109.1.c) de la LJCA.

a partir del momento en que pudo instarse la ejecución forzosa de la sentencia. Pero en este caso, si la sentencia de instancia alcanzó firmeza tras algún recurso devolutivo, tampoco se tendría en cuenta todo el tiempo empleado en la sustanciación y resolución del recurso, aunque éste hubiera sido abusivo por parte de la Administración<sup>34</sup>.

Una variante, algo más restrictiva, es la que fija la fecha de retroacción en el momento en que se inste la ejecución forzosa<sup>35</sup>, que es cuando «se acusarán fehacientemente las dilaciones indebidas»<sup>36</sup>. Este momento será por lo general posterior, en más o menos tiempo, al de finalización del plazo para la ejecución voluntaria. No es lo habitual que exactamente el mismo día en que ha terminado el período de ejecución voluntaria, sea instada la ejecución forzosa.

## 5.4

### A partir de la ejecución voluntaria

La ejecución voluntaria comienza desde que se comunica a la Administración la firmeza de una resolución a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de su parte dispositiva (art. 104.1 de la LJCA). Desde entonces tiene la obligación de ejecutar la resolución judicial en sus propios términos y, si transcurre el período de ejecución voluntaria sin que la Administración haya actuado diligentemente en su cumplimiento, es lógico que el interés adicional abarque, mediante la retroacción de su efectividad, este período.

El Tribunal Supremo no ha mantenido al respecto un criterio uniforme. En ocasiones, como anteriormente hemos visto, sostuvo que el incremento de dos puntos del artículo 106.3 de la LJCA «se aplicará a partir de la notificación de la resolución del tribunal acordando ese incremento»<sup>37</sup>. Otras veces ha dado efectividad retroactiva al incremento desde la fecha en que se comunicó a la Administración el requerimiento para llevar a puro y debido efecto la

34. Lo cual no es descartable, como nos ha demostrado la experiencia. Letrados de alguna Administración nos han reconocido en conversaciones privadas que su «defendida» solo paga a golpe de sentencia, no antes; y si es recurrible, tienen orden de agotar todos los recursos, con o sin razón.

35. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos) núm. 18/2013, de 12 de septiembre. Recurso 62/2003 (JUR 2003\275687).

36. Así, Vicente GIMENO SENDRA, *Comentarios a la nueva Ley...*, ob. cit., p. 752.

37. Esta es la tesis de dos SSTs (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2004 (recs. 2117/2001 y 2324/2001) (RJ 2005\1597 y RJ 2005\1734).

resolución (auto o sentencia) que fijó la cantidad líquida a pagar<sup>38</sup>; es decir, desde la firmeza de la resolución en primera o única instancia.

## 5.5

### Desde la notificación de la resolución dictada en única o primera instancia

También puede interpretarse que el transcurso de tres meses del artículo 106.3 de la LJCA es solo un presupuesto para instar la ejecución forzosa y solicitar el incremento, mientras que su operatividad se retrotrae a la fecha en que comenzó a devengarse el interés legal que, finalmente, por la indiligencia de la Administración, ha resultado incrementado; es decir, se aplicaría desde de la notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia (art. 106.2 de la LJCA)<sup>39</sup>.

Esta es la tesis que nos parece más lógica y efectiva como medida de compulsión. Por un lado, es la que mejor equipara el régimen de intereses que se imponen a la Administración con el de los particulares y, por otro, es acorde con la finalidad coercitiva de estos intereses procesales puesto que, transcurrido el plazo de los tres meses de cumplimiento voluntario, habría desaparecido la supuesta minusvalía de la Administración basada en tener que sujetar el pago a normas presupuestarias<sup>40</sup>.

Sustenta este mismo criterio el magistrado MENÉNDEZ PÉREZ en su voto particular al ATS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 2002<sup>41</sup>:

*Sexto. Debíó, pues, acordarse el incremento en dos puntos del interés legal a devengar; y ello, tomando como día inicial del incremento el*

38. En este sentido se pronunciaron varias resoluciones del Alto Tribunal, a propósito de la ejecución de los autos que fijaron las cuantías líquidas que debían percibir los afectados por la riada de Tous (rec. 455/1997). Así, por ejemplo, los AATS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>) de 10 de diciembre de 2001 (JUR 2002\1241, JUR 2002\1244, JUR 2002\1245, JUR 2002\1246 y JUR 2002\1247), 18 de abril de 2002 (JUR 2002\239029), 12 de junio de 2002 (JUR 2002\169659), 14 de junio de 2002 (JUR 2002\180084), 18 de junio de 2002 (JUR 2002\180110 y JUR 2002\180111), 22 de julio de 2002 (JUR 2002\195564), 16 de septiembre de 2002 (JUR 2002\216893 y JUR 2002\216897), etc.

39. Así se defiende por Luis ORTEGA ÁLVAREZ, «La ejecución de sentencias», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 519-520. También se sostiene esta tesis en Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE (dirs.), *Jurisdicción contencioso-administrativa*, 3.<sup>a</sup> ed., La Ley/El Consultor, Madrid, 2007, p. 960; y en Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo*, La Ley (Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 1535-1536.

40. Véase Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 240.

41. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Incidente de ejecución 1065/2000 (JUR 2003\87882).

*mismo de la notificación de la sentencia, pues de las varias opciones posibles (fecha de la resolución que acuerde la medida; fecha en que se inste la ejecución forzosa; aquélla en que se sitúe el transcurso de los tres meses; en la que se sitúe el inicio de la falta de diligencia; la misma de la notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia), es esta última la que entiendo procedente, en esencia: a) por la dicción del artículo 106, pues la falta de una mención expresa sobre el particular, faculta para entender que el cálculo del interés legal a devengar, sea éste cual sea, incluido el que resulta de la aplicación del incremento, ha de hacerse desde la única fecha que a tal efecto menciona la norma, que lo es (artículo 106.2) la de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia; y b) por ser la interpretación que mejor contribuye al logro de aquella finalidad de la ley de incrementar las garantías de ejecución de las sentencias.*

## 6

### Falta de diligencia

La ley de esta jurisdicción no permite la aplicación inmediata, sin más, del interés adicional. La posibilidad de incrementar en dos puntos el interés legal viene asociada a los casos en que se aprecie «falta de diligencia» en el cumplimiento de la sentencia.

No se trata aquí de compensar al ejecutante por la demora, pues para ello es suficiente el interés legal. Lo que se pretende es, en clave de ejecución forzosa, por un lado, sancionar la constatación de una conducta injustificadamente retardatoria del pago; y, por otro, ejercer una coerción indirecta sobre la Administración morosa para que salde su deuda, desincentivando mayores retrasos y estimulando, por el contrario, su celo en el rápido cumplimiento de la condena. Lo explica el ya citado ATS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 2002<sup>42</sup>:

*Segundo. [...] Se faculta, por tanto, al órgano judicial para apreciar o no la falta de diligencia en función de las circunstancias que hayan concurrido en la tramitación por la Administración de su obligación de pago. No basta, según se infiere del propio precepto, el mero retraso en el cumplimiento del pago. Esta demora ya tiene su compensación al ejecutante mediante el abono del interés legal del dinero. Es preciso apre-*

---

42. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Incidente de ejecución 1065/2000 (JUR 2003\87882).

*ciar además del retraso, una actitud, que aunque no llegue a caer en la negligencia, sea indicativa de cierta indiferencia, desidia o inercia, que pongan de manifiesto a la Sala el retraso injustificado a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley.*

## 6.1

### Antecedentes parlamentarios

Durante la tramitación parlamentaria de la LJCA se produjeron una serie de vaivenes a propósito del interés adicional.

#### 6.1.1

#### Congreso de los Diputados (VI Legislatura)

• *Proyecto de Ley*. 18 de junio de 1997. En los supuestos de condena de la Administración al pago de cantidad líquida, el artículo 101 del proyecto de la LJCA regulaba los intereses, en sus numerales 2 y 3, del siguiente tenor<sup>43</sup>:

*2. Si la Administración condenada no efectuara el pago dentro de los tres meses siguientes al día en que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, el acreedor devengará el interés legal del dinero desde esta fecha hasta la de su completo pago, sin necesidad de interpelación o reclamación previa alguna.*

*3. No obstante lo dispuesto en el artículo 99.2 de la presente Ley, transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.*

En esencia:

- a) Plazo de carencia por ejecución voluntaria. Tres meses desde la comunicación de la sentencia firme al órgano administrativo que debía cumplirla.
- b) Transcurridos los tres meses. Aplicación de oficio del interés legal con efectos retroactivos a la fecha de comunicación de la sentencia

43. *BOCG (Congreso de los Diputados)*, 18 de junio de 1997, Serie A, núm. 70-1, pp. 30-31.

firme (numeral 2); y posibilidad de incrementarlo en dos puntos una vez instada la ejecución forzosa si se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento (numeral 3).

• *Informe de la Ponencia de 5 de marzo de 1998*. Tras la incorporación de algunas de las enmiendas presentadas, el texto quedó redactado del siguiente modo<sup>44</sup>:

2. *Si la Administración condenada no efectuara el pago dentro de los tres meses siguientes al día en que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, el acreedor devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde esta fecha hasta la de su completo pago, sin necesidad de interpelación o reclamación previa alguna.*

3. *No obstante lo dispuesto en el artículo 99.2 de la presente Ley, transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.*

La modificación supuso que el interés procesal inicial, aplicable de oficio, se incrementase en dos puntos (numeral 2), permaneciendo inalterable la posibilidad de incrementarlo en otros dos puntos más si se apreciase indiligencia en el cumplimiento (numeral 3).

• *Pleno del Congreso de 26 de marzo de 1998*. En la Comisión de Justicia e Interior del Congreso se introdujo *in voce* una enmienda transaccional<sup>45</sup>. Tras el Dictamen de la Comisión<sup>46</sup>, los numerales 2 y 3 del precepto quedaron finalmente aprobados por el Pleno del Congreso, ya como artículo 106, con la siguiente redacción<sup>47</sup>:

44. *BOCG (Congreso de los Diputados)*, 10 de marzo de 1998, Serie A, núm. 70-9, p. 198.

45. La enmienda al entonces artículo 101 se propuso por el Sr. DEL BURGO TAJADURA, en nombre del Grupo Parlamentario Popular: «La solución que aportamos en esta enmienda *in voce* es que ese interés legal se calcule desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en primera instancia, y además, en el caso de que la Administración condenada no efectúe el pago dentro de los tres meses siguientes al día en que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, el interés sea incrementado en dos puntos; es decir, se trata de un recargo sobre la morosidad de la Administración». *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 11 de marzo de 1998, núm. 403, p. 11857; el nuevo texto propuesto puede verse en la p. 11867.

46. *BOCG (Congreso de los Diputados)*, 23 de marzo de 1998, Serie A, núm. 70-10, p. 242.

47. *BOCG (Congreso de los Diputados)*, 8 de abril de 1998, Serie A, núm. 70-12, pp. 285-286. Este fue el texto que llegó al Senado, tal y como puede verse en el *BOCG (Senado)*, 13 de abril de 1998, núm. 77 (a), p. 38.

2. *A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en la primera instancia.*

*Este interés será incrementado en dos puntos si la Administración condenada no efectuara el pago dentro de los tres meses siguientes al día en que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla. El cómputo de este recargo de dos puntos sobre el interés legal se realizará desde dicha fecha hasta la de su completo pago, sin necesidad de interpelación o reclamación previa alguna.*

3. *No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2 de la presente Ley, transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.*

De la lectura del párrafo 2.º se ve que ninguna referencia había entonces a la «falta de diligencia» de la Administración. De mantenerse esta redacción, el incremento de interés se hubiera aplicado de oficio, automáticamente, una vez transcurridos los plazos previstos para el cumplimiento voluntario, «sin necesidad de interpelación o reclamación previa alguna», independientemente de que se hubiera instado o no la ejecución.

El párrafo 3.º añadía un nuevo incremento de otros dos puntos más sobre el interés ya previsto en el párrafo anterior<sup>48</sup>. Esta vez, tras haberse instado la ejecución forzosa y siempre que el órgano judicial apreciase falta de diligencia en el cumplimiento. Con este precepto, el régimen de los intereses quedaba así dibujado:

- Desde la fecha de notificación de la sentencia: el interés legal, de oficio.
- Desde la comunicación de firmeza de la sentencia: el interés legal más dos puntos, de oficio.
- Desde que se instase la ejecución: dos puntos más de incremento sobre el interés anterior, a instancia de parte, si el juez apreciaba falta de diligencia en el cumplimiento.

Pero este texto no prevaleció. En el Senado se eliminó el párrafo segundo del numeral 2.

48. Milagros LÓPEZ GIL, en *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 238, piensa que «casi con seguridad –y para ello basta con analizar el *Diario de Sesiones*– se produjo un error de solapamiento entre la nueva redacción del segundo párrafo del apartado 2 y el tercero».

## 6.1.2 Senado (VI Legislatura)

• *Informe de la Ponencia de 29 de mayo de 1998.* En el Senado se presentaron cinco enmiendas en relación con los intereses procesales del artículo 106<sup>49</sup>. De ellas solo se aprobó la enmienda núm. 141, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) en los siguientes términos<sup>50</sup>:

De supresión (*del párrafo segundo del artículo 106.2*).

Justificación. *El artículo 106.3 y el artículo 106.2, párrafo segundo, se refieren a lo mismo: el incremento del interés legal del dinero en dos puntos con que se gravará a la Administración condenada si no efectúa el pago dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia. No es compatible el incremento obligatorio a que se refiere el artículo 106.2, párrafo segundo, con el incremento potestativo (siempre que se aprecie falta de diligencia en el cumplimiento) a que se refiere el artículo 106.3. En la necesidad de optar, la eliminación del recargo automático sería acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 206/1993, de 22 de junio, fundamento de derecho 4).*

Así, la nueva redacción dada al artículo 106 en el Informe de la Ponencia fue, en lo que interesa, la siguiente<sup>51</sup>:

2. *A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.*

3. *No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2 de la presente Ley, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.*

Esta redacción se mantuvo inalterada en el Dictamen de la Comisión<sup>52</sup> y en el texto finalmente aprobado por el Pleno del Senado en su sesión de 11 de junio de 1998<sup>53</sup>. De vuelta a la Cámara Baja, se publicaron las enmiendas del

49. Los números 37, 63, 102, 103 y 141. *BOCG (Senado)*, 6 de mayo de 1998, VI Legislatura, Serie II, núm. 77 (c).

50. *BOCG (Senado)*, 6 de mayo de 1998, Serie II, núm. 77 (c), p. 91.

51. *BOCG (Senado)*, 1 de junio de 1998, Serie II, núm. 77 (d), p. 159.

52. *BOCG (Senado)*, 8 de junio de 1998, Serie II, núm. 77 (e), pp. 213-214.

53. *BOCG (Senado)*, 16 de junio de 1998, Serie II, núm. 77 (f), p. 271.

Senado<sup>54</sup>, se votaron<sup>55</sup> y, en relación con los apartados 2 y 3 del artículo 106, se aprobaron, tal y como vinieron redactados del Senado, por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 25 de junio de 1998<sup>56</sup>.

## 6.2

### Dilación temporal y carga probatoria de la diligencia

A la hora de valorar la responsabilidad de la Administración, por «falta de diligencia» en orden al cumplimiento de las sentencias que imponen condenas dinerarias, se tiene muy presente la anómala dilación temporal<sup>57</sup>. A tales efectos, el legislador debió emplear el concepto objetivo de dilación indebida o innecesaria, en lugar de acudir a un concepto culpabilístico, como es la falta de diligencia<sup>58</sup>. No obstante, los tribunales, aunque se refieran a la «falta de diligencia», en realidad valoran si el retraso en el pago aparece o no objetivamente justificado. Así, por ejemplo, el ATS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 18 de abril de 2002<sup>59</sup>:

*Segundo. [...] el tiempo transcurrido desde que se comunicó el auto que dictó esta Sala el 18 de julio de 2001 al órgano responsable de cumplimentarla, en las fechas reseñadas en el antecedente de hecho segundo de esta resolución<sup>60</sup>, sin que hasta la fecha se haya ejecutado, permite*

54. BOCG (Congreso de los Diputados), 24 de junio de 1998, Serie A, núm. 70-13, pp. 300 y 367.

55. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 25 de junio de 1998, Sesión plenaria 169, núm. 174, p. 9383-9384.

56. BOCG (Congreso de los Diputados), 13 de julio de 1998, Serie A, núm. 70-14.

57. En el blog de *Monsieur de Villefort*, «Reflexiones sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas a la vista de “El mejor Alcalde, el Rey”», *post* de 2 de abril de 2013, se hace una feroz crítica al artículo 106.3 de la LJCA, no carente de una buena dosis de razón, en los siguientes términos: «este precepto no sólo es una burla, sino un auténtico escarnio, pues ya me pueden explicar cómo es posible que transcurridos más de tres meses desde la “comunicación” de la sentencia (plazo al que hay que añadir el concedido graciosamente por el órgano judicial mediante entre la firmeza y la “comunicación”) puede apreciarse que no existe no ya una falta de diligencia, sino una auténtica desgana en la ejecución».

58. Véase Juan Antonio XIOL RÍOS, en *Comentarios...*, ob. cit., p. 743, quien sostiene que los conceptos culpabilísticos parecen hoy inadecuados para calibrar la responsabilidad de la Administración, dada la dificultad de prueba que pueden suponer.

59. Ponente: Excmo. Sr. LECUMBERRI MARTÍ. Recurso 455/1997 (JUR 2002/239029).

60. Conforme se hace constar en los antecedentes de hecho de esta resolución, el auto de 18 de julio de 2001, fijando la cuantía líquida que debía percibir el recurrente en concepto de indemnización a consecuencia de la riada de Tous, fue remitido el 16 de octubre de 2001 al Ministerio de Medio Ambiente, al objeto de que se llevase a puro y debido efecto, constando su notificación el 18 de octubre de 2001. Como se ve, para el Alto Tribunal fue suficiente a efectos de constatar la «falta de diligencia» (o más bien la existencia de «dilaciones indebidas») el hecho de que transcurrieran seis meses desde la comunicación del auto que debía

*admitir una falta de diligencia que determina la aplicación de lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, con el consiguiente incremento de dos puntos en el interés legal del dinero desde la fecha de notificación del referido auto*<sup>61</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos), en su auto núm. 18/2013, de 12 de septiembre<sup>62</sup>, apreció falta de diligencia en los siguientes términos:

*Cuarto. [...] en el presente caso y habida cuenta que la sentencia se dictó con fecha 15 de enero de 2002, que el principal se ha abonado con fecha 26 de julio de 2002, y con fecha 24 de marzo de 2003 se solicita por la parte actora el pago de los intereses de demora y la aplicación del incremento porcentual, es evidente que cabe apreciar falta de diligencia en el cumplimiento de la sentencia, ya que ha transcurrido más de un año y medio, sin que se produjera el abono de intereses, que ya estableció la sentencia de esta Sala, obligando a la parte actora a solicitar la ejecución forzosa, y sin que sean admisibles las alegaciones que formula el ayuntamiento demandado respecto a la falta de disponibilidad de medios o la atención de otros servicios prioritarios, si tenemos en cuenta que la presente deuda tiene su origen en la facturación del año 1998 de los servicios de suministro de agua domiciliar y alcantarillado, por lo que dada la naturaleza de estos y el tiempo transcurrido, no cabe duda de que nos encontramos ante un supuesto de falta de diligencia.*

A partir de lo expuesto, parece lógico considerar que, una vez instada la ejecución forzosa por incumplimiento de la Administración en período voluntario, recaerá sobre ésta la carga de demostrar su diligencia de cara a la ejecución del pago, para evitar que le sea incrementado en estos dos puntos adicionales el interés legal a devengar<sup>63</sup>. O, mejor dicho, tendrá que probar

---

ejecutarse hasta la aplicación del interés adicional, sin explicación objetiva alguna sobre su incumplimiento.

61. En este mismo sentido se pronunciaron otros muchos autos del Alto Tribunal como los de fecha 10 de diciembre de 2001 (JUR 2002\1241, JUR 2002\1244, JUR 2002\1245, JUR 2002\1246 y JUR 2002\1247), 12 de junio de 2002 (JUR 2002\169659), 14 de junio de 2002 (JUR 2002\180084), 18 de junio de 2002 (JUR 2002\180110 y JUR 2002\180111), 22 de julio de 2002 (JUR 2002\195564), 16 de septiembre de 2002 (JUR 2002\216893 y JUR 2002\216897), etc.

62. Ponente: Ilma. Sra. GONZÁLEZ GARCÍA. Recurso 62/2003 (JUR 2003\275687).

63. Así, Javier ALBAR GARCÍA y otros, en *Ejecución de sentencias, procedimiento y garantías. La ejecución provisional, imposible y subsidiaria en el orden contencioso administrativo*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, Madrid, 2006, p. 36. También Carmen SENÉS MOTILLA, en «La ejecución de sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Jurídica La Ley*, núm. 6, 1998, p. 2260,

que la morosidad hasta el momento producida tiene una justificación objetiva, descartando así la existencia de dilaciones indebidas.

Resulta muy esclarecedor el voto particular del magistrado MENÉNDEZ PÉREZ al ATS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 2002<sup>64</sup>. Sus argumentos, en lo tocante a la carga de la prueba y a lo que debe considerarse una actuación administrativa diligente de cara al pago, no son en absoluto desdeñables. Dice así:

*Tercero. El requisito de carácter material o sustantivo que exige el artículo 106.3 de la repetida Ley para que proceda la imposición de la medida coercitiva del incremento en dos puntos del interés legal a devengar, consiste en la apreciación por el órgano judicial de la falta de diligencia en el cumplimiento de la sentencia.*

*Ahora bien, por lo que hace a la carga de la prueba de tal requisito, debe el órgano judicial apreciar la falta de diligencia siempre que la Administración condenada no ofrezca argumentos y datos de los que razonablemente se deduzca su actitud diligente en el cumplimiento, pues una concepción distinta no sería congruente con el deber impuesto a la Administración de cumplir en un determinado plazo, e implicaría trasladar al acreedor la carga de una prueba para él difícil (recuérdese aquí el principio de facilidad probatoria a los efectos de distribución de la carga de la prueba).*

*Además, la diligencia exigible en esa actividad administrativa de ejecución de las sentencias no es la ordinaria de cualquier otra actividad de tramitación procedimental, sino la requerida por el propio mandato de la norma y, por tanto, la que tiene como norte o finalidad que la sentencia se cumpla, si no hay causa que lo impida, dentro del plazo ordenado por el legislador. En este sentido, la mera inercia, dejando que los trámites procedimentales que puedan ser precisos para llegar al pago se cumplieren en el tiempo en que de ordinario se cumplen, sin la dación de instrucciones expresas para que se acorten en la medida que, siendo posible, lo exija el respeto de aquel plazo, constituirá ya, por sí sola, una falta de la específica diligencia querida para la actividad de ejecución de las sentencias.*

---

considera que «se relega el ejecutante de la carga de la prueba de la negligencia administrativa»; en el mismo sentido Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 239.

<sup>64</sup>. Ponente: Excmo. Sr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Incidente de ejecución 1065/2000 (JUR 2003\87882).

### 6.3

#### Fraccionamiento del pago en ejecución forzosa

Por lo demás, es sabido que, con la finalidad de evitar trastornos graves a la Hacienda pública, puede acordarse, tras la correspondiente alegación y justificación, el fraccionamiento del pago a la hora de que la Administración satisfaga sus deudas (art. 106.4 de la LJCA). En tal caso, si la propuesta razonada de fraccionamiento se presentase dentro del periodo de ejecución forzosa, se ha defendido, a mi juicio con razón, la obligatoriedad de imponer el interés adicional del artículo 106.3 de la Ley Jurisdiccional, sin discrecionalidad alguna<sup>65</sup>. El hecho de haber dejado transcurrir todo el plazo de ejecución voluntaria sin llevar a cabo la más mínima actuación tendente al pago, siquiera parcial, para después, una vez instada la ejecución forzosa, plantear su aplazamiento o fraccionamiento, denota desidia y desinterés en el cumplimiento del fallo, a la vez que revela la instrumentalización dilatoria de los tiempos de ejecución.

Además, la resolución jurisdiccional aplazando escalonadamente el pago de la deuda no deja de ser un gravamen añadido sobre el acreedor ejecutante, que se ve compelido a realizar un préstamo forzoso a la Administración condenada<sup>66</sup>. Lo lógico sería que ésta negociase en el mercado ese préstamo y pagase su deuda, en vez de cargar sobre la economía del particular su propia incontinencia en los gastos. En todo caso, esta fórmula, de ser aplicada, deberá ser compensada en términos reales de perjuicio y qué menos que, a tal efecto, incrementar en dos puntos el interés legal.

### 7

#### ¿Cuál es el interés legal?

El tipo de interés legal se estableció por primera vez en el artículo 1108 del Código Civil, de 24 de julio de 1889, en los siguientes términos: «Mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés de 6

65. Así, Eduardo MÍGUEZ BEN, «Comentarios a la Ley...», art. cit., p. 751; Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias...*, ob. cit., p. 242; y Luis ORTEGA ALVAREZ, «La ejecución de sentencias», en ob. cit., pp. 511 y 520. Es más, en la última de las páginas citadas se indica que, cuando la propuesta de aplazamiento del pago se realice en periodo de ejecución forzosa, no es suficiente compensación el aumento de los dos puntos del interés legal del dinero, ya que esta medida es en sí una penalización a la Administración.

66. Cf. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, tomo II, 14.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 677. También Eduardo MÍGUEZ BEN, «Comentarios a la Ley...», art. cit., p. 750-751.

por 100 al año». Diez años después se redujo al 5% anual<sup>67</sup>, y tras finalizar la Guerra Civil en 1939 se rebajó hasta el 4% anual<sup>68</sup>.

Así permaneció hasta que la Ley 24/1984, de 29 de junio, estableció que «el interés legal se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado». A partir de esta fecha, todos los años se publica en la Ley de los Presupuestos Generales del Estado, siguiendo la tendencia de los mercados financieros, el tipo de interés legal del dinero.

Sin embargo, a la hora de cuantificar los intereses de demora, la referencia legal no siempre será el tipo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Si estamos ante una deuda que tiene su origen en una operación comercial resultan de aplicación las Directivas 2000/35/CE y 2011/7/UE, por las que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; así como la Ley 3/2004 de transposición (aplicable a operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración), que establece un interés especial en los casos de morosidad. Tal interés queda constituido por la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a la operación principal de financiación más reciente efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate, más ocho puntos porcentuales. Así se establece en el artículo 7 (*interés de demora*) de la Ley 3/2004<sup>69</sup>:

1. *El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.*
2. *El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales*<sup>70</sup>.

67. Ley de 2 de agosto de 1899 (*Gaceta de Madrid* núm. 216, de 4 de agosto de 1899). Artículo 1.º: «El interés legal que, salvo estipulación en contrario, debe abonarse por el deudor constituido legítimamente en mora, y en los demás casos en que aquél sea exigible con arreglo á las leyes, será, mientras otra cosa no se disponga, el de 5 por 100 anual, cualquiera que fuere la naturaleza del acto ó contrato que de dicha obligación se derive».

68. Ley de 7 de octubre de 1939, rebajando el interés legal del dinero (*BOE* de 9 de octubre de 1939). Artículo 1.º: «El interés legal que, salvo estipulación en contrario, debe abonarse por el deudor constituido legítimamente en mora, y en los demás casos en que aquél sea exigible con arreglo a las leyes, será, mientras otra cosa no se disponga, el del 4 por 100 anual, cualquiera que fuere la naturaleza del acto o contrato de que dicha obligación se derive».

69. Ley a la que se remite el artículo 216.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011 (Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), a la hora del devengo de intereses por morosidad de la Administración en el pago.

70. Este precepto fue modificado por el artículo 33.3 del Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero (medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo), elevando de siete a ocho puntos porcentuales el tipo de interés legal de demora

*Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.*

*El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación.*

*3. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el Boletín Oficial del Estado el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior.*

El tipo de interés publicado semestralmente por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (para su aplicación por semestres naturales) en estos últimos años, calculado conforme al precepto anterior, ha sido el siguiente:

Año	Semestre	Resolución	BOE núm.	Tipo
2014	Primero	30/12/2013	313/2013, de 31 de diciembre	8,25 %
	Segundo	27/06/2014	159/2014, de 1 de julio	8,15 %
2015	Primero	30/12/2014	316/2014, de 31 de diciembre	8,05 %
	Segundo	29/06/2015	155/2015, de 30 de junio	8,05 %
2016	Primero	29/12/2015	312/2015, de 30 de diciembre	8,05 %
	Segundo	28/06/2016	156/2016, de 29 de junio	8,00 %
2017	Primero	27/12/2016	314/2016, de 29 de diciembre	8,00 %
	Segundo	27/06/2017	153/2017, de 28 de junio	8,00 %

## 8

### Bibliografía

ALBAR GARCÍA, Javier y otros: *Ejecución de sentencias, procedimiento y garantías. La ejecución provisional, imposible y subsidiaria en el orden contencioso administrativo*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, Madrid, 2006.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (dirs.): *Jurisdicción contencioso-administrativa*, 3.<sup>a</sup> ed., La Ley/El Consultor, Madrid, 2007.

---

aquí fijado. Ello como consecuencia de la incorporación al Derecho español de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo (disp. final 5.<sup>a</sup>).

- FUERTES LÓPEZ, Mercedes: «Los intereses expropiatorios: ¿burla o retribución?», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Francisco SOSA WAGNER (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, tomo II, pp. 1511 a 1540.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, tomo II, 14.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GIMENO SENDRA, Vicente: *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, varios autores, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 8.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- LÓPEZ GIL, Milagros: *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan: «Análisis sobre la procedencia de distintos tipos de intereses procesales a favor y en contra de la Hacienda pública», en *Crónica Tributaria*, núm. 68, 1993, pp. 113 a 124.
- MIGUEL PAJUELO, Francisco de: «La ejecución de las sentencias», en *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, tomo IV, pp. 17 a 249.
- MÍGUEZ BEN, Eduardo: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998» (artículo 106), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100 (extraordinario), 1998, pp. 741 a 759.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «La ejecución de sentencias», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PARICIO RALLO, Eduardo: «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, octubre de 2012, pp. 119 a 133.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «Ejecución de sentencias en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 8, junio de 2005, pp. 33 a 49.
- ROMERO REY, Carlos: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, varios autores, Juan Pedro QUINTANA CARRETERO (dir.), Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso (dir.): *1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo*, varios autores, La Ley (Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2014.

SENÉS MOTILLA, Carmen: «La ejecución de sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 6, 1998, pp. 2256 a 2265.

XIOL RÍOS, Juan Antonio: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, varios autores, Eduardo ESPÍN TEMPLADO (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

QDL44

**Ponencias,  
crónicas  
y notas**

# La increíble y errática historia del carácter básico/no básico de la regulación del rescate como causa de resolución de la gestión contractual de los servicios públicos

PETRA MAHILLO GARCÍA

*Secretaria general de la Diputación de Barcelona*

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

*Director de los Servicios de Secretaría de la Diputación de Barcelona, Adjunto a la Secretaría General*

1. Introducción
2. Análisis
3. Conclusiones

## Resumen

En el marco del debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos o internalización de los mismos, entendidas como una asunción de la gestión directa de tales servicios, este estudio centra su análisis en el rescate, esto es, una de las modalidades de finalización anticipada del contrato de gestión de servicios públicos, y, en concreto, en la calificación jurídica sobre el carácter básico de su regulación o la negación del mismo. El trabajo revisa el tratamiento dado por la legislación básica de contratos

*Artículo recibido el 31/05/2017; aceptado el 15/06/2017.*

aprobada desde 1995, que evidencia una trayectoria errática al haber ido alternando el carácter básico con el no básico, así como los textos que han precedido al debate parlamentario sobre la futura Ley de Contratos del Sector Público, iniciado a finales de 2016 y que –en opinión de los autores– debería concluir con la calificación del carácter básico del rescate.

Palabras clave: *remunicipalización; rescate; carácter básico de la regulación; servicios públicos; calidad de las normas.*

### ***The farfetched and erratic story of the qualification or not as basic state law of the rescue as a cause of resolution of public services management contracts***

#### **Abstract**

*In the context of the debate of the remunicipalization or internalization of public services, understood as the direct management of public services by municipalities, this article studies the rescue which is one of the causes that justify the termination of public services management contracts. In particular, the article focuses on the qualification of the rescue as a “basic state law”. The study analyzes the regulation of the basic state law on public contracts that have been approved since 1995, showing an erratic path sometimes affirming the basic character and others the non-basic character of the rescue. The article also studies the regulations prior the parliamentary debate regarding the Law on Public Contracts which started at the end of 2016 and, in the opinion of the authors, should qualify the rescue as a basic state law.*

*Keywords:* remunicipalization; rescue; basic state law; public services; quality of regulation.

## **1**

### **Introducción**

Entre los diversos temas de actualidad en el siempre rico mosaico del subsistema local, andamos estos días en ayuntamientos y diputaciones bastante atareados con el análisis de lo que ha venido en llamarse *remunicipalización* de

los servicios públicos o *internalización* de los mismos, entendidas como una asunción de la gestión directa de tales servicios, y que puede diferirse hasta la finalización de la modalidad concreta del contrato de gestión de servicios públicos de que se trate, o anticiparse mediante la fórmula del *rescate*. El análisis de su problemática se ha visto actualizado a partir de las propuestas de partidos políticos y asociaciones y movimientos ciudadanos, y es objeto de consulta por los equipos de gobierno locales, de debate en los plenos municipales y provinciales, y de opinión en diversos foros sobre las múltiples facetas a considerar, ya sean económico-financieras, jurídicas o relativas al futuro del personal que está prestando esos servicios públicos.

En el examen de estos aspectos ocupa un lugar relevante el carácter básico o no de su regulación, presupuesto a partir del cual puede articularse con mayor o menor amplitud la regulación autonómica. Pues bien, el estudio de la evolución normativa sobre el particular ofrece un panorama –ya lo avanzamos– desolador, y esta contribución aspira a describir e intentar *explicar* las razones de la misma, así como analizar la regulación vigente en el TRLCS/2011, con la vista puesta en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (PLCSP), a fin de que queden solventadas en el futuro las deficiencias que se aprecian en la evolución normativa<sup>1</sup>.

El rescate como causa de la resolución del contrato de gestión de servicios públicos ha ido alternando el carácter básico con el no básico, desde 1995 hasta

---

1. **ABREVIATURAS:** **ALCSP**→ Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público de abril y octubre de 2015; **BOCG-CD** → Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados; **CGSP**→ Contrato de gestión de servicios públicos; **LBRL**→ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; **LCAP**→ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; **LCSP**→ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; **LRSAL**→ Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local; **MINHAP**→ Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; **PLCSP**→ Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de noviembre de 2016; **RBASO**→ Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, aprobado por el D 347/2002, de 19 de noviembre; **ROAS**→ Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por el D 179/1995, de 13 de junio; **RS/1955**→ Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el D de 17 de junio; **TRL**→ Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; **TRLCAP**→ Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; **TRLCSP**→ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; **STC**→ Sentencia del Tribunal Constitucional.

Los ALCSP de abril y de octubre de 2015 pueden consultarse en la página del GREL (Grup de Recerca en Estudis Locals / Universidad de Barcelona-UB):

<https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

Para la consulta del PLCSP, véase BOCG-CD, A-2-1 de 2.12.2016 (pp. 1-233). Identificado con el núm. 121/000002, el Proyecto se encuentra accesible en:

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF)

el día de hoy, y con la vista puesta en el futuro a propósito del Proyecto de Ley, lo cual es desde luego sorprendente, y pone ya en guardia al operador jurídico.

Cuadro resumen del carácter básico/no básico del rescate como causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos		
Carácter	Texto normativo	Preceptos de referencia
Básico	LCAP/1995	Arts. 168 y 169, y DF 1. <sup>a</sup>
No básico	TRLCAP/2000	Arts. 167 y 168, y DF 1. <sup>a</sup>
No básico/básico?	LCSP/2007	Arts. 262 y 263, y DF 7. <sup>a</sup>
No básico/básico?	TRLCSP/2011	Arts. 286 y 287, y DF 2. <sup>a</sup>
No básico	ALCSP/A/2015	Art. 292 y DF 1. <sup>a</sup>
Básico	ALCSP/O/2015	Art. 292 y DF 1. <sup>a</sup>
Básico	PLCSP/N/2016	Art. 292 y DF 1. <sup>a</sup>

Como se verá, ese *tránsito de lo básico a lo no básico y vuelta a lo básico*, solo puede explicarse como el resultado de una concatenación de errores, lo que pone de manifiesto una deficiente calidad de las normas, para cuya evidencia es preciso ir reproduciendo –y analizando– los sucesivos preceptos que han regulado la cuestión, e intentar desentrañar las *razones* de tales errores.

## 2

### Análisis

Sobre si la causa del *rescate* ha de tener o no carácter básico, entendemos que, efectivamente, debe tenerlo, atendida su trascendencia general, que difícilmente se compaginaría con una regulación diferenciada por comunidades autónomas, para lo que no habría razón jurídica plausible, atendido el orden constitucional de distribución de competencias, y sobre lo cual habremos de volver después. Por lo demás, esa calificación como básico del art.292.c) es la que resulta de la DF 1.<sup>ª</sup>3, 2.º pfo. del PLCSP, aunque bien es cierto que entendemos que dicha disposición debería ser corregida, en el sentido de que todas las causas de resolución previstas en el citado precepto deberían tener ese carácter básico.

A esa conclusión consideramos que debe llegarse si se repasan los antecedentes normativos de los preceptos que se detallan, y se consideran las reflexiones que se formulan a continuación:

- a) En la LCAP/1995, el *rescate* era objeto de regulación en los arts. 168.b) y 169.2, preceptos que tenían carácter básico, condición que no tenía, sin embargo, la *muerte o incapacidad sobrevenida del con-*

*tratista*, causa de resolución contractual regulada en el art. 169.1; y atendido que el carácter no básico de esta última causa era afirmado por la DF 1.<sup>a</sup> de la LCAP/1995, que, *a sensu contrario*, determinaba el carácter básico del rescate<sup>2</sup>.

- b) Con el TRLCAP/2000, el *rescate* y el resto de causas cambian su carácter, al calificarse como no básicos los arts. 167 (causas de resolución) y 168 (aplicación de las causas de resolución) en su integridad (DF 1.<sup>a</sup>), para lo cual no hay ninguna explicación plausible<sup>3</sup>.

2. Se reproducen los preceptos citados de la LCAP/1995:

**Artículo 168. Causas de resolución**

*Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 112, con la excepción de sus letras e) y f), las siguientes:*

*a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

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

*c) La supresión del servicio por razones de interés público.*

*d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

**Artículo 169. Aplicación de las causas de resolución**

*1. Cuando la causa de resolución sea la **muerte o incapacidad sobrevenida del contratista**, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación específica del servicio.*

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

[...]

**Disposición final primera. Carácter de legislación básica y no básica**

*1. La presente Ley constituye **legislación básica** dictada al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1, salvo los siguientes artículos o parte de los mismos que serán de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por las comunidades autónomas:*

– El artículo 10.

[...]

– **El apartado 1 del artículo 169.**

– El apartado 2 del artículo 170.

[...]

3. Se reproducen los preceptos citados de la TRLCAP/2000:

**Artículo 167. Causas de resolución**

*Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 111, con la excepción de sus letras e) y f), las siguientes:*

*a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

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

*c) La supresión del servicio por razones de interés público.*

*d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

**Artículo 168. Aplicación de las causas de resolución**

*1. Cuando la causa de resolución sea la **muerte o incapacidad sobrevenida del contratista**, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus here-*

Siendo, pues, la regulación la misma que en la LCAP, como resulta del contraste entre ambos textos y con la única modificación del avance en uno del número correspondiente a los preceptos en el Texto refundido de 2000, más allá de un injustificado *furor autonomista*, no cabe otra hipótesis que la del **error en el TRLCAP** al calificar como no básicos los artículos 167 y 168.

- c) Con la LCSP/2007, la regulación vuelve a cambiar, aunque el *rescate* mantiene el carácter no básico, si bien por un efecto que podríamos denominar *indirecto*<sup>4</sup>.

---

*deros o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación específica del servicio.*

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

[...]

**Disposición final primera. Carácter de legislación básica y no básica**

1. La presente Ley constituye **legislación básica** dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1, salvo los siguientes artículos o parte de los mismos:

El artículo 10.

[...]

**El artículo 167.**

**El artículo 168.**

[...]

4. Se reproducen los preceptos citados de la LCSP/2007:

**Artículo 262. Causas de resolución**

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 206, con la excepción de las contempladas en sus letras e) y f), las siguientes:

a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

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

c) La supresión del servicio por razones de interés público.

d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

**Artículo 263. Aplicación de las causas de resolución**

1. Cuando la causa de resolución sea la **muerte o incapacidad sobrevenida del contratista**, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación específica del servicio.

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

[...]

**Disposición final séptima. Títulos competenciales**

1. Los artículos 21 y 320 y las disposiciones finales tercera y cuarta se dictan al amparo de las competencias atribuidas al Estado por la regla 6.ª del artículo 149.1.6.ª de la Constitución, y son de aplicación general.

2. Los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución y, en consecuencia, son de apli-

Así, su cita como causa de resolución en el art. 262.b) no es calificada como no básica en la DF 7.<sup>a</sup>, sino que deriva de su mención contenida en el art. 263.2, precepto el 263 que todo él es calificado como no básico por la DF 7.<sup>a</sup>, y que incluye la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista* en el art. 263.1.

Aquí, la hipótesis sería igualmente la del error, que sobre la base de calificar como no básica la causa de la *muerte o incapacidad del contratista* (como hacía en su día la LCAP/1995), la extiende mal, sin embargo, al *rescate*; aunque –eso sí– la LCSP/2007 corrige la generalización del carácter no básico al resto de causas en que había incurrido el TRLCAP/2000.

Desde luego que también puede oponerse el razonamiento de que, en rigor, el rescate tiene carácter básico, toda vez que el precepto que lo menciona como causa de resolución (el art. 262) es calificado como tal. En tal caso, el error se desplazaría exclusivamente a la referencia contenida a dicha causa en el art. 263.2.

- d) La misma situación que se acaba de describir se reitera en el TRLCSP/2011: la mención del *rescate* como causa de resolución en el art. 286.b) no es calificada como no básica en la DF 2.<sup>a</sup>3, precepto que, sin embargo, sí otorga esta condición al total del art. 287, que regula la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista* (apartado 1) y el *rescate* (apartado 2).

En consecuencia, una primera interpretación sería considerar como no básicas estas dos causas, en aplicación estricta de la DF 2.<sup>a</sup>3. **La otra interpretación pasaría, como en el apartado anterior, por atribuir a un error la calificación como no básico del *rescate*, producto de haber calificado en la DF 2.<sup>a</sup>3 íntegramente el art. 287 con dicho carácter.** En coherencia con este segundo parecer, la calificación del rescate como básico derivaría de la conceptualización de este carácter *a contrario sensu* del art. 286, que lo recoge como el resto de causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos<sup>5</sup>.

---

*cación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: letra a) del apartado 1 del artículo 15; [...] artículo 239; artículo 263; artículo 266; [...].*

5. Se reproducen los preceptos citados de la TRLCSP/2011:

**Artículo 286. Causas de resolución**

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

- e) Hasta aquí la legislación vigente, pero veamos el tratamiento dado en los anteproyectos y el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, objeto este último de tramitación parlamentaria desde finales de noviembre de 2016, y todo ello naturalmente sin perjuicio de cuál sea la calificación que finalmente sea aprobada.

Al respecto de estos textos debe precisarse que en los anteproyectos las referencias al rescate pasan a circunscribirse a la concesión de servicios, y ello es debido a la opción propuesta de suprimir el contrato de gestión de servicios públicos (CGSP). En consecuencia, resulta solo aplicable en los supuestos en que se producía transferencia del riesgo operacional al contratista.

Posteriormente, en el Proyecto de Ley, el *rescate* viene ya referido a los **servicios públicos**, sea con relación a la concesión o con la otra modalidad del contrato de servicios, contemplada para el caso en que no se transfiera el riesgo operacional en su gestión, y todo ello en los términos que se detallarán más adelante.

---

a) *La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

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

c) *La supresión del servicio por razones de interés público.*

d) *La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

**Artículo 287. Aplicación de las causas de resolución**

1. Cuando la causa de resolución sea la **muerte o incapacidad sobrevenida del contratista**, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación específica del servicio.

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

[...]

**Disposición Final segunda. Títulos competenciales**

1. Los artículos 21 y 50 se dictan al amparo de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre “legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”.

2. Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª, artículo 259.1, artículo 260.1 y 2, artículo 261.1, artículo 262, artículo 263 y artículo 264.

3. Los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos administrativos y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. No obstante, **no tendrán carácter básico** los siguientes artículos o partes de los mismos: letra a) del apartado 1 del artículo 15; [...] artículo 261.2; **artículo 287**; artículo 290; [...].

- f) En el Anteproyecto de abril de 2015 (ALCSP/A/2015), el *rescate* se menciona como causa de resolución en el art. 292.b), el cual es calificado como no básico por la DF 1.<sup>ª</sup>3. Pero debe precisarse, en primer lugar, que a la referencia al rescate ahora se le añade el inciso que –como se ha visto en los textos anteriores– se localizaba en el apartado segundo del artículo siguiente.

La segunda novedad radica en que, también a diferencia de los textos anteriores, el otro precepto que se añadía, como tal no se incluye ya en el Anteproyecto, lo que comporta una primera consecuencia: la desaparición de la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista* como causa no básica de resolución del contrato. La otra consecuencia –a nuestro entender– es atribuir, equivocadamente, la consideración de no básico al rescate, producto a su vez de haber llevado el inciso que antes se localizaba en el precepto siguiente, y que debía circunscribirse a la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista*<sup>6</sup>.

Por tanto, la calificación como no básico del *rescate* procedería, a nuestro parecer, del *arrastre* de los textos normativos inmediata-

- 
6. Se reproducen los preceptos citados de la ALCSP/A/2015:

**Artículo 292. Causas de resolución**

*Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 209, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:*

a) *La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

b) ***El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa, por razones de interés público.***

c) *La supresión del servicio por razones de interés público.*

d) *La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

[...]

**Disposición final primera. Títulos competenciales**

1. *El artículo 27 se dicta al amparo de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre “legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”.*

2. *Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª, artículo 269.1, artículo 270.1 y 2, artículo 271.1, artículo 272, artículo 273 y artículo 274.*

3. *Los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos administrativos y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. No obstante, **no tendrán carácter básico** los siguientes artículos o partes de los mismos: apartado 2 del artículo 4; [...] artículo 271.2; **artículo 292.b**; artículo 296; [...].*

mente anteriores, así como de la decisión de simplificar el redactado, refundiendo las menciones sobre el mismo, una vez suprimida la referencia a la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista*, que siempre se había venido recogiendo, como causa específica de resolución del CGSP, en el precepto siguiente en los textos normativos anteriores con el carácter de no básica.

Debe precisarse, no obstante, que la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista* ha pasado a ser incluida como causa de resolución general del contrato (ex 201.1.a del ALCSP/A/2015), recibiendo, en cambio, la calificación de básica (ex DF 1<sup>a</sup>.3, a contrario).

- g) En el Anteproyecto de octubre de 2015 (ALCSP/O/2015), que fue el que se sometió a Dictamen del Consejo de Estado, se introduce una nueva causa de resolución de la concesión de servicios, relativa a la *ejecución hipotecaria*, en el art. 292.a), con lo cual el *rescate* es desplazado a la letra c). Pero la DF 1.<sup>3</sup> mantiene el mismo redactado que en el ALCSP/A/2015, esto es, que el carácter no básico es predicable del art. 292.b), que corresponde, en el Anteproyecto de octubre de 2015, a la *demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato*.

De resultas de esta atribución, pues, el *rescate* pasa a tener carácter básico (razonamiento *a contrario sensu*), aunque lo que parece más evidente es que ello es producto de que no se ha procedido a ajustar la DF 1.<sup>3</sup> a la introducción de la nueva causa de resolución del art. 209.a)<sup>7</sup>.

---

7. Se reproducen los preceptos citados de la ALCSP/O/2015:

**Artículo 292. Causas de resolución**

*Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 209, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:*

- a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.**  
**b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.**  
**c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa, por razones de interés público.**  
**d) La supresión del servicio por razones de interés público.**  
**e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.**  
 [...]

El efecto inesperado de la adición de una nueva causa es que el rescate recobra su carácter básico. Por contra, esa otra causa de la *demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato*, que siempre había tenido la concepción de básica, pasa ahora a perderla. Nuevamente, no cabe otra explicación que el error, de correlación de la modificación en este caso.

- h) Y, finalmente, ese mismo planteamiento se mantiene en el PLCSP [art. 292, letras a), b) y c), y DF 1.<sup>ª</sup>3], si bien debe precisarse que en el Proyecto, como se ha adelantado, el rescate se circunscribe a que se trate de una concesión de *servicio público*<sup>8</sup>.

---

**Disposición final primera. Títulos competenciales**

1. El artículo 27 se dicta al amparo de la regla 6.<sup>ª</sup> del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre “legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”.

2. Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.<sup>ª</sup> y 8.<sup>ª</sup>, artículo 269.1, artículo 270.1 y 2, artículo 271.1, artículo 272, artículo 273 y artículo 274.

3. El apartado 3 del artículo 340 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución en materia de “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. Por su parte, los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.<sup>ª</sup> de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

No obstante, **no tendrán carácter básico** los siguientes artículos o partes de los mismos: apartado 2 del artículo 4; [...] artículo 271.2; **artículo 292.b**; artículo 296; [...].

8. Se reproduce el precepto citado del PLCSP:

**Artículo 292. Causas de resolución.**

Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 209, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

**b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.**

**c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público, en el caso de que se trate de un servicio público.**

d) La supresión del servicio por razones de interés público.

e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

f) El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 261, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

Aunque también, por otra parte, debe añadirse que en el Proyecto, y como consecuencia de las observaciones del Consejo de Estado, el rescate se extiende como causa de resolución a los *contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, esto es, aquellos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista (art. 310.1.g del PLCSP).

En consecuencia, pues, en el texto que se está tramitando en las Cortes Generales, el **rescate** como causa de resolución básica de los contratos que tengan por objeto un servicio público, se trate de una concesión o de un contrato de servicios, se califica como básico; por su parte, la **demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación, o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato**, es conceptualizada como causa de resolución no básica, y circunscrita a las concesiones de servicios.

### 3

## Conclusiones

Una reflexión pausada sobre las erráticas determinaciones de las respectivas disposiciones finales sobre el carácter básico de los preceptos citados, creemos que debe llevar a las siguientes conclusiones:

[...]

#### **Disposición final primera. Títulos competenciales.**

1. *El artículo 27 se dicta al amparo de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre “legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”.*

2. *Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, artículo 269.1, artículo 270.1 y 2, artículo 271.1, artículo 272, artículo 273 y artículo 274.*

3. *El apartado 3 del artículo 340 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. Por su parte, los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.*

*No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: letra a) del apartado 1 del artículo 21; [...] artículo 271.2; **artículo 292.b**; artículo 296; [...].*

1.<sup>a</sup>) Que no cabe establecer hilo conductor lógico alguno en las regulaciones habidas en el pasado, de manera que a la persona lectora que, esforzadamente, haya llegado hasta este punto, es más que probable que le embargue una desazón sobre el rigor jurídico de las previsiones establecidas sobre el rescate y las otras causas específicas de resolución de los contratos que tiene por objeto un servicio público, como así sucede con las que firman este artículo.

2.<sup>a</sup>) Que, dicho lo cual y en primer lugar, consideramos que en la futura Ley de Contratos del Sector Público debería afirmarse el carácter básico del rescate como causa específica de resolución de los contratos que tengan por objeto un servicio público, tal como se desprende de su caracterización:

2.<sup>a</sup>a) El rescate supone la asunción o recuperación de la gestión del servicio público por la Administración titular del mismo, acordada por esta de manera unilateral, mediante indemnización, y con la finalidad de mantenerla directamente, lo que excluye la nueva licitación del mismo<sup>9</sup>.

2.<sup>a</sup>b) El presupuesto habilitante para el rescate son las razones de interés público, concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia habrá que motivar y justificar, en tanto que manifestación de una potestad discrecional (*ex* Ley 39/2015, art. 35.1.i, primer inciso)<sup>10</sup>.

2.<sup>a</sup>c) El rescate tiene naturaleza expropiatoria y se sujeta al procedimiento de fijación del justiprecio, que requiere del correspondiente preaviso<sup>11</sup>.

Y de ahí que afirmemos la conclusión del carácter básico del rescate, que, como anticipábamos y atendida su trascendencia general, difícilmente se compaginaría con una regulación diferenciada por comunidades autónomas, para lo cual no habría razón jurídica plausible, como ha venido a confirmar, por otra parte, la jurisprudencia constitucional<sup>12</sup>.

9. EL ROAS/1995 de Cataluña lo define en los siguientes términos: “La entidad local podrá extinguir la concesión antes del vencimiento del plazo estipulado, de manera unilateral, por razón del interés público y mediante la correspondiente indemnización, asumiendo la gestión directa del servicio por sí o por medio de un ente dependiente” (art. 263); en sentido análogo, el RBASO/2002 de Aragón (287).

10. El RS/1955 califica expresamente como potestad la de rescatar la concesión (art. 127.1.5.º).

11. Sobre la naturaleza expropiatoria y el trámite del rescate en el ámbito local, véanse: el RS/1955 (art. 52, precepto que cabe entender vigente con las correspondientes adaptaciones); TRL/1986 (99); ROAS (264 y 265) y RBASO (288 y 289); el preaviso se establece en 6 meses, salvo en el Reglamento aragonés, que para la ejecutividad del acuerdo plenario fija un mínimo de 3.

12. En su STC 161/2013, de 26.9, el Alto Tribunal afirmó que “*la gestión indirecta consiste en encomendar a un tercero la función de prestación de determinados servicios de competencia de la Administración y tiene por objeto una prestación típica de los contratos regulados por la legislación de contratos públicos según el art. 149.1.18 CE. Por esta razón, la definición de los contratos mediante los que se podrá instrumentar la gestión indirecta es*

3.<sup>a</sup>) Que opinamos que en la futura Ley debe tener igualmente carácter básico la causa de resolución de las concesiones de servicios públicos de la *demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

4.<sup>a</sup>) Que, finalmente, la *muerte o incapacidad sobrevenida del contratista* debe tener también carácter básico como causa general de resolución de los contratos, incluyendo por tanto aquellos que tengan por objeto un servicio público, como así consta en el PLCSP (art. 209.1.a).

---

*esencial para determinar la intensidad con que se aplicarán los preceptos de la legislación contractual, tanto en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato como en cuanto al régimen jurídico aplicable. Por tanto, forma parte de la legislación básica del Estado en materia de contratos”* (FJ 11).

Esa referencia al régimen jurídico, unida a la vinculación con la **expropiación forzosa**, materia incluida igualmente entre los títulos competenciales del Estado en el art. 149.1.18.<sup>a</sup>, determinan el carácter básico que ha de tener la regulación del rescate.

# Revisión de los actos tributarios; especial referencia al recurso de reposición obligatorio regulado en el TRLRHL, después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015\*

PILAR GALINDO MORELL

*Presidenta de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **Introducción**
2. **Normativa aplicable**
3. **Especialidades de la Administración local**
4. **Recurso de reposición en la Administración local**
  - 4.1. **Ámbito de aplicación**
  - 4.2. **Recurso de reposición: tramitación**
  - 4.3. **Impugnación de la resolución**
    - 4.3.1. **Régimen general**
    - 4.3.2. **Régimen especial de los municipios de gran población**
    - 4.3.3. **Régimen especial del municipio de Barcelona**
    - 4.3.4. **Impugnación de actos de gestión del Estado: gestión catastral (IBI) y gestión censal (IAE)**
      - 4.3.4.1. **Gestión catastral y tributaria del IBI**
      - 4.3.4.2. **Gestión censal y tributaria del IAE**

---

*Artículo recibido el 13/03/2017; aceptado el 02/07/2017.*

\* Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2017, organizado por la Diputación de Barcelona, el día 20 de enero de 2017.

## Resumen

En materia de revisión en vía administrativa, en el ámbito local encontramos todas las modalidades de recursos administrativos contempladas en la Ley 39/2015 (LPACAP), que sigue el esquema contemplado en la derogada Ley 30/1992, a saber: recurso de alzada, recurso potestativo de reposición y recurso extraordinario de revisión; no obstante, en dicho ámbito, la vía de impugnación predominante es el recurso de reposición, por cuanto la mayor parte de las resoluciones administrativas están dictadas por órganos cuyas decisiones agotan la vía administrativa. Esta continuidad con la LRJPAC (Ley 30/1992) en materia de impugnación en vía administrativa se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LPACAP, en la que se explicita el mantenimiento de las categorías de recursos administrativos ya existentes, “permaneciendo la revisión de oficio y la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha”.

Este sistema de recursos debe entenderse sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

La legislación sectorial específica reguladora de los tributos locales está constituida por 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.

En materia tributaria local, en el régimen de revisión administrativa de los actos de gestión tributaria existe la peculiaridad respecto al recurso de reposición de que tiene la consideración de recurso de carácter preceptivo, excepto para aquellos ayuntamientos considerados de gran población y regulados en el Título X de la LRBRL.

Junto al recurso de reposición, ya sea preceptivo o potestativo, y la reclamación económico-administrativa, los artículos 110 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, de 2 de abril (LRBRL), y 14 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), ambos con remisión a la Ley General Tributaria (LGT), permiten que los actos de gestión y aplicación de los tributos de las entidades locales puedan ser revisados por los siguientes procedimientos: procedimiento

de revisión de actos nulos de pleno derecho (art. 217 LGT); declaración de lesividad de actos anulables (art. 218 LGT); revocación de actos de aplicación de los tributos (art. 219 LGT); rectificación de errores (art. 220 LGT), y devolución de ingresos indebidos (art. 221 LGT).

No estamos ante un sistema de impugnación homogénea, por cuanto varía según el tipo de entidad local de que se trate, ya sea municipio de gran población o no. Por otro lado, la regulación es dispersa y se encuentra en distintos textos legislativos, hay que acudir a la LGT, sus reglamentos de desarrollo, la LRBRL, el TRLRHL, sin olvidar las especialidades contenidas en las ordenanzas fiscales que cada entidad puede aprobar, y, por último, los reglamentos orgánicos que cada municipio de gran población debe aprobar, al objeto de regular tanto el funcionamiento de los órganos encargados de la resolución de las reclamaciones económico-administrativas como la tramitación de las reclamaciones.

Pero en modo alguno nos encontramos ante una dualidad de regulación contradictoria del recurso de reposición potestativo en la LPACAP y preceptivo en la Ley de Haciendas Locales, por cuanto la Disposición Adicional primera de la LPACAP, en su párrafo primero, señala lo siguiente: “Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se registrarán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”.

Palabras clave: *procedimientos administrativos; revisión de actos en vía administrativa; reclamaciones económico-administrativas; recurso de reposición preceptivo; recurso de reposición obligatorio.*

***The review of tax administrative acts; special reference to the mandatory internal administrative appeal of the Royal Decree Law 2/2004, after the entrance into force of Law 39/2015***

**Abstract**

*In the field of review of administrative acts, in the local level it is possible to find all the typologies of review provided by Law 39/2015, based on the scheme of the derogated Law 30/1992: the administrative appeal, the voluntary internal administrative appeal and the extraordinary administrative appeal. However, the most common type of review is*

*the internal administrative appeal because most of the challenged administrative acts exhaust all the administrative remedies. This continuity of the scheme of Law 30/1992 is recognized in the preamble of Law 39/2015 whose wording refers to the categories of the existing administrative remedies: “the law preserves the ex officio review and the typology of the administrative remedies currently in force”.*

*This typology of remedies must be understood always in accordance with Law 7/1985, of 2 April, on the basic State laws of local administration.*

*The sectorial legislation on local taxes is established by Royal Decree 2/2004, of 5 March. This legislation articulates an internal administrative appeal against tax administrative acts which is mandatory except for big cities regulated on Title X of Law 7/1985.*

*Beyond the internal administrative appeal –mandatory or voluntary– and the economic-administrative complaint, articles 110 of Law 7/1985 and 14 of Royal Decree Law 2/2004, both echoing the General Tax Law, allow the review of local tax administrative acts through the following proceedings: review of null and void acts (article 217 General Tax Law); declaration of adverse effects of acts susceptible of annulment (article 218 General Tax Law); revocation of application of tax acts (article 219 General Tax Law); rectification of errors (article 220 General Tax Law) and refund of wrongful deposits (article 221 General Tax Law).*

*We are not before a uniform review system because it diverges depending on we are dealing with a big or not city. On the other hand, the legal framework is established in different legal texts: General Tax Law and its normative acts of execution; Law 7/1985; Royal Decree Law 2/2004; local tax ordinances of each municipality; and the organic norms of big cities regulating the administrative bodies in charge of deciding the economic-administrative complaints. However, there is no contradiction between the voluntary internal administrative appeal of Law 39/2015 and the mandatory internal administrative appeal of Royal Decree Law 2/2004 because the First Additional Provision of Law 39/2015 establishes the following: “the administrative proceedings regulated in special legislation because of their matter which do not require the proceedings established in this Law or provides additional or different proceedings will be regulated by this special legislation”.*

*Keywords:* administrative proceedings; review of administrative acts; economic-administrative complaints; voluntary internal administrative appeal; mandatory internal administrative appeal.

## 1

### Introducción

En materia de revisión en vía administrativa, en el año 2015, se ha producido la reforma de las dos leyes fundamentales en esta materia: la **Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (LMPLGT)**, referida al ámbito tributario, y la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP)**, relativa a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos al objeto de obtener una Administración Pública eficiente, transparente y ágil.

La primera de ellas constituye una de las reformas de mayor calado en la materia, que, manteniendo el carácter codificador de la Ley General Tributaria (LGT) –Ley 58/2003–, encuentra su justificación en motivos de diversa índole; por un lado, recoge modificaciones exclusivamente técnicas, y, por otro lado, incorpora nuevas figuras sustantivas y procedimentales para cubrir vacíos existentes y adaptar la normativa al objeto de superar situaciones de controversia interpretativa, administrativas y judiciales.

La segunda –cuya Disposición Final séptima prevé su entrada en vigor al año de su publicación en el BOE (2 de octubre de 2016)–, junto con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), constituye el nuevo marco normativo de la Administración Pública, volviendo así a la técnica regulatoria de la década de los 50, estructurada en torno a dos normas: la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

La Ley 39/2015 contiene una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones Públicas y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela –en cuya virtud se dictan los actos administrativos–, que constituye la manifestación más genuina del poder administrativo en su doble vertiente de autotutela declarativa (art. 39: “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”) y de autotutela ejecutiva (art. 98: “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos”), como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa. Quedando así reunida en un cuerpo legislativo único la regulación de las relaciones de las

Administraciones con los ciudadanos como Ley administrativa de referencia, que se ha de complementar con todo lo previsto en la normativa presupuestaria respecto de las actuaciones de las Administraciones Públicas, según expresa la exposición de motivos de la misma.

Dicha Ley sistematiza toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, clarifica e integra el contenido de la Ley 30/1992 y la Ley 11/2007, y profundiza en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico, lo que revertirá en un mejor cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y seguridad jurídica que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas.

Los principios del Estado de Derecho, limitativos de los poderes públicos, se proyectan sobre la actuación administrativa, procurando –como dice el art. 103 CE– su sometimiento pleno a la ley y al Derecho. El control judicial de la Administración (art. 106.1 CE), su responsabilidad patrimonial por daños causados (art. 106.2) y, más globalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su correlato de atribuir a los tribunales las facultades de ejecución de sentencias (arts. 117 y 118 CE), equilibran a favor de los particulares la posición preeminente de la actuación administrativa.

En el **ámbito tributario** dicho control judicial se caracteriza por:

a) La impugnabilidad de los actos administrativo-tributarios. Así, el artículo 6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone lo siguiente: “El ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones tienen carácter reglado y son impugnables en la vía administrativa y jurisdiccional en los términos establecidos en las leyes”.

b) El punto de equilibrio entre las exigencias del régimen administrativo y los principios emanados del Estado de Derecho se encuentra, primero, en la compatibilidad de la impugnabilidad de los actos tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, y, segundo, en la configuración de la impugnación en vía administrativa con carácter previo a la jurisdiccional. La especialidad en materia tributaria consiste aquí en la existencia de unos órganos administrativos insertos en un orden especializado para conocer de la aludida impugnación en vía administrativa

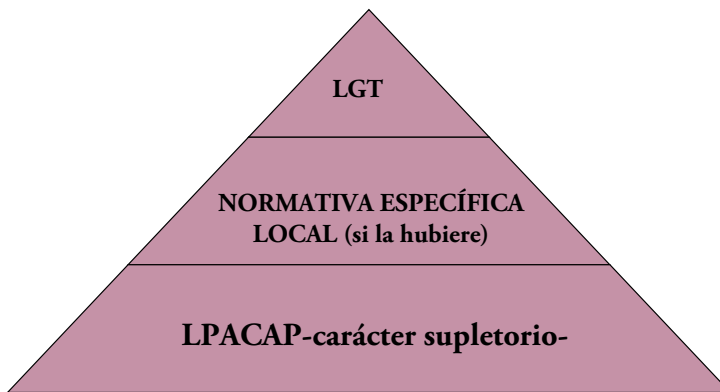
**La Disposición Adicional (DA) primera de la LPACAP**, por lo que interesa aquí, se ocupa de “Especialidades por razón de la materia”. Su número dos señala las actuaciones y procedimientos que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en la misma. Se incluye la “revisión en vía administrativa”, las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos y las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria.

De modo que, de conformidad con la dicción de la citada DA, las “actuaciones y procedimientos” sobre esas materias se rigen por su normativa específica, y supletoriamente por lo dispuesto en la propia LPACAP.

La intención del legislador es ampliar, con respecto a la interpretación jurisprudencial, aquellos aspectos que se encuentran sometidos prioritariamente a la Ley General Tributaria y sus principios, huyendo de los homólogos, pero no de los complementarios, que le proporciona el ámbito administrativo. Se concreta positivamente la tendencia que la propia jurisprudencia del Supremo había insinuado ya en 2007 (STS de 30 de octubre de 2007), donde se afirmó que “niega que deban aplicarse a ultranza en el procedimiento tributario los preceptos contenidos en la Ley 30/1992”.

Al respecto de esta posición supletoria se ha pronunciado el Alto Tribunal en STS de 5 de febrero de 2007, conviniendo que existe un “frecuente error de confundir dos conceptos cuyo alcance jurídico y hasta coloquial es sin embargo diferente, cuales son la subsidiariedad y la supletoriedad. Ocurre sin embargo, frente a dicho erróneo planteamiento de parte, que el recurso a la subsidiariedad es una fórmula de colaboración normativa para los casos de concurso de normas, esto es, para los casos en los que resulten aplicables dos o más de ellas al mismo supuesto de hecho, de manera que la subsidiaria cede en beneficio de la primaria a la que, en su caso, complementa. La supletoriedad es por el contrario un instrumento de rellenado de lagunas; de tal manera que cuando un determinado supuesto no es objeto de regulación por la norma inicialmente aplicable se da paso a la supletoria, siempre, eso sí, que semejante operación no resulte, por otras circunstancias, disconforme al ordenamiento jurídico”.

La aplicación en materia tributaria de la Ley de procedimiento administrativo solo se da de forma supletoria, lo que significa que, en materia de revisión de actos tributarios, ha de estarse a la LGT y normativa reglamentaria salvo que el legislador local prevea su normativa específica, y supletoriamente a la LGT se aplicará la LPACAP.



La Ley 39/2015 en la citada DA realiza una ampliación del ámbito que, por especialidad, se somete a la Ley General Tributaria, donde se establecen

una serie de actuaciones y procedimientos que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo previsto en la citada Ley, entre los que destacan la aplicación de los tributos y la revisión en materia tributaria (apartado V de la Exposición de Motivos). Se entiende pues, dada la redacción de la norma, la normativa fiscal aplicable prioritariamente con posición subordinada de la norma administrativa.

Aunque a primera vista cualquier atisbo de duda podría quedar despejado con la redacción de la referida DA, la misma no queda solventada y puede dar lugar a futuros problemas sobre su interpretación, por cuanto el apartado 4 del artículo 112 de la Ley 39/2015 determina que las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica, volviendo a no hacer referencia expresa al carácter supletorio de la Ley 39/2015 en la materia, y parece que referido exclusivamente al ámbito procedimental, en el sentido de cauce de producción de los actos administrativos con que se suele definir al procedimiento, al referirse literalmente a “*los procedimientos establecidos*”; es decir, este artículo se referiría no tanto a los distintos trámites de los procedimientos cuanto a las distintas fases que se establecen en los mismos, o incluso a los procedimientos en sí mismos considerados.

## 2

### Normativa aplicable

La revisión de los actos tributarios en vía administrativa constituye una potestad de la Administración reconocida como principio general en el Derecho público, que establece esta vía como paso previo a la impugnación en sede jurisdiccional, dando de esta forma oportunidad a la Administración para reexaminar su actuación.

El sistema de recursos administrativos constituye un instrumento de carácter reactivo de los ciudadanos frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas, y se considera parte de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones y los administrados.

Los recursos administrativos, según ENTRENA CUESTA, son “actos mediante los que el sujeto legitimado pide a la Administración que revise una resolución administrativa dentro de los plazos y con arreglo a las formalidades pertinentes”; y GARCÍA DE ENTERRÍA los define como “actos del administrado mediante los que este pide a la Administración la reforma o revocación de un acto suyo previo en base a un título jurídico específico”.

En materia tributaria, existen tres formas de revisión de los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones:

- a) procedimientos especiales de revisión;
- b) recurso de reposición;
- c) reclamaciones económico-administrativas.

La fuente normativa principal en la materia está constituida por los artículos 213 a 249 de la LGT, que integran el Título V de la misma –que lleva por rúbrica “Revisión en vía administrativa”–, aplicables, en virtud de su artículo 1.1, a todas las Administraciones tributarias. Complementa esta última disposición legal el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA). Norma que, además, regula el reembolso por la Administración del coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto, si dicho acto es declarado improcedente en virtud de sentencia o resolución administrativa firmes.

La sistemática del citado Título V de la LGT está ordenada en cuatro capítulos:

- **Capítulo I: Normas comunes**
- **Capítulo II: Procedimientos especiales de revisión**
- **Capítulo III: Recurso de reposición**
- **Capítulo IV: Reclamaciones económico-administrativas**

1.– Respecto a las **normas comunes**, el artículo 213, dedicado a los medios de revisión, dispone:

*1. Los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones tributarias podrán revisarse, conforme a lo establecido en los capítulos siguientes, mediante:*

- a) Los procedimientos especiales de revisión.*
- b) El recurso de reposición.*
- c) Las reclamaciones económico-administrativas.*

Se regulan en dicho capítulo normas sobre capacidad, representación, notificaciones y plazos de resolución, así como la motivación de las resoluciones, con sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho (art. 215).

La Ley 34/2015 de reforma de la LGT no afecta a ninguno de los preceptos integrantes de las normas comunes.

2.– El capítulo segundo está dedicado a los **procedimientos especiales de revisión** (artículos 216 a 221).

A través de ellos, “se trata de depurar el ordenamiento jurídico de actos administrativos cuya existencia se estima intolerable desde un punto de vista de la legalidad y del interés público, en general, por lo que se considera beneficiosa para este interés la atribución a la Administración de la potestad de

dejar sin efecto los actos administrativos que impliquen una infracción grave del ordenamiento jurídico” (profesor CHECA GONZÁLEZ).

Los procedimientos especiales de revisión se denominan de forma común procedimientos de revisión de oficio, si bien en algún caso pueden iniciarse a instancia del interesado y representan una manifestación del principio de autotutela administrativa.

Los procedimientos especiales de revisión son, con arreglo al artículo 216 de la Ley General Tributaria, los de:

- a) Revisión de actos nulos de pleno derecho.
- b) Declaración de lesividad de actos anulables.
- c) Revocación.
- d) Rectificación de errores.
- e) Devolución de ingresos indebidos.

La Ley 34/2015 de reforma de la LGT de 2003 tan solo introduce una modificación en el art. 221.1.c) que afecta al procedimiento de devolución de ingresos indebidos, iniciado por haberse ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción.

### **3.- Recurso de reposición.**

El fundamento del recurso de reposición radica en la nueva oportunidad que se otorga al órgano que dictó el acto para reconsiderarlo antes de interponer reclamación ante el correspondiente tribunal económico-administrativo y, en su caso, el recurso judicial una vez agotada la vía administrativa.

El artículo 222 de la LGT señala que los actos dictados por la Administración tributaria susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición, con arreglo a lo dispuesto en este capítulo.

El recurso de reposición deberá interponerse, en su caso, con carácter previo a la reclamación económico-administrativa. Caso de que el interesado interpusiera el recurso de reposición, no podrá promover la reclamación económico-administrativa hasta que el recurso se haya resuelto de forma expresa, o hasta que pueda considerarlo desestimado por silencio administrativo.

Si se hubieran interpuesto recurso de reposición y reclamación económico-administrativa que tuvieran como objeto el mismo acto, se tramitará el presentado en primer lugar y se declarará inadmisibles el segundo.

La Ley 34/2015, de reforma de la LGT, introduce novedades; así, en relación con el recurso de reposición, las novedades afectan a:

(a) La suspensión del acto recurrido –art. 224–: “En los casos del artículo 68.9 de esta Ley, si el recurso afecta a una deuda tributaria que, a su vez, ha determinado el reconocimiento de una devolución a favor del obligado tribu-

tario, las garantías aportadas para obtener la suspensión garantizarán asimismo las cantidades que, en su caso, deban reintegrarse como consecuencia de la estimación total o parcial del recurso”.

(b) La resolución de recurso de reposición –art. 225–:

*3. En ejecución de una resolución que estime total o parcialmente el recurso contra la liquidación de una obligación tributaria conexas a otra del mismo obligado tributario de acuerdo con el artículo 68.9 de esta Ley, se regularizará la obligación conexas distinta de la recurrida en la que la Administración hubiese aplicado los criterios o elementos en que se fundamentó la liquidación de la obligación tributaria objeto de la reclamación. Si de dicha regularización resultase la anulación de la liquidación de la obligación conexas distinta de la recurrida y la práctica de una nueva liquidación que se ajuste a lo resuelto en el recurso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.5 de esta Ley.*

**4.–** En relación con las **reclamaciones económico-administrativas**, tal y como señala el preámbulo de la Ley 34/2015, la modificación del bloque normativo regulador de las reclamaciones económico-administrativas persigue dos objetivos básicos:

1. La agilización de los tribunales
2. La reducción de la litigiosidad

Con respecto a las reclamaciones interpuestas contra actuaciones de los particulares en materia tributaria susceptibles de reclamación económico-administrativa, se atribuye al Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la competencia para conocer de las mismas cuando el domicilio fiscal del reclamante se halle fuera de España, cualquiera que sea su cuantía, según el artículo 229.5 de la LGT.

Se refuerza el sistema de unificación de doctrina, ampliando, en este sentido, las competencias del Tribunal Económico-Administrativo Central y de los tribunales económico-administrativos regionales, de forma tal que:

Cuando existan resoluciones de los TEA regionales o locales que apliquen criterios distintos a los contenidos en resoluciones de otros tribunales económico-administrativos, o que revistan especial trascendencia: compete al TEAC dictar resolución en unificación de criterio, resolución que tendrá los mismos efectos que la resolución del recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio recogido en el artículo 242 de la LGT.

Cuando existan resoluciones de una sala desconcentrada de un tribunal económico-administrativo regional (TEAR) que no se adecuen a los criterios del tribunal o que sean contrarios a los de otra sala desconcentrada del mismo TEAR: compete al pleno, o a una sala convocada a tal fin, del TEAR en cuestión dictar resolución de fijación de criterio. Contra dicha resolución podrá

interponerse recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio ante el TEAC.

La resolución de fijación de criterio adoptada por el TEAR no afectará a la situación jurídica particular derivada de las resoluciones previas. Los criterios adoptados en la misma serán vinculantes para las salas y los órganos unipersonales del correspondiente tribunal.

En materia de acumulación de reclamaciones económico-administrativas, se simplifican las reglas de acumulación obligatoria, recogidas en el apartado 1 del artículo 230 de la LGT, con el propósito de eliminar los problemas que surgen al acumular reclamaciones bajo el procedimiento general y reclamaciones bajo el procedimiento abreviado.

#### Procedimiento general económico-administrativo (arts. 234-244 de la LGT)

Normas generales (art. 234 de la LGT):

- Se establece una presunción de representación voluntaria cuando la representación hubiera sido admitida por la Administración tributaria en el procedimiento en el que se dictó el acto impugnado. En estos casos, no será necesario aportar alguno de los medios establecidos en el artículo 46.2 de la LGT. Esta modificación será de aplicación a las reclamaciones y los recursos interpuestos desde la entrada en vigor de la Ley de modificación.

- De acuerdo con el impulso que se quiere dar a los medios electrónicos en las relaciones con la Administración tributaria, se reconoce la posibilidad de notificar por medios electrónicos todos los actos y resoluciones que afecten a los interesados o pongan término a una reclamación económico-administrativa.

La notificación se hará de forma electrónica obligatoriamente para los interesados, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, en los supuestos en que sea obligatoria la interposición electrónica de la reclamación (para aquellos interesados que estén obligados a recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones).

Se destaca que la interposición electrónica de la reclamación será obligatoria desde la entrada en vigor de la presente Ley de modificación de la LGT, mientras que para la notificación electrónica obligatoria será necesario el previo desarrollo reglamentario.

En materia de costas, se recoge la posibilidad de exigir costas ante la inadmisión del recurso o reclamación, no solo ante la desestimación del mismo como estaba previsto hasta ahora. En todo caso, las costas del procedimiento serán exigidas a la persona a la que resulte imputable la temeridad y mala fe que motivó la condena en costas.

La condena en costas se impondrá en la resolución que se dicte. Si posteriormente es interpuesto recurso de alzada ordinario, la eficacia de la condena

dictada en primera instancia queda supeditada a su posterior confirmación en el recurso de alzada ordinario.

La interposición de la reclamación se realizará obligatoriamente a través de la sede electrónica del órgano que haya dictado el acto reclamable, cuando los reclamantes estén obligados a recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones (artículo 235.5 de la LGT). Esta modificación será de aplicación a las reclamaciones y los recursos interpuestos desde la entrada en vigor de la Ley de modificación.

Se recoge de forma expresa, en el artículo 237, la posibilidad de plantear por el Tribunal cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Aunque reglamentariamente se desarrollará el procedimiento a seguir, el precepto legal establece que, cuando se hubiese planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE, se suspenderá el procedimiento económico-administrativo hasta que se reciba la resolución que resuelva la cuestión prejudicial planteada. Asimismo, se suspenderá el curso de aquellos procedimientos económicos-administrativos para cuya resolución sea preciso conocer el resultado de la cuestión prejudicial planteada.

El recurso de anulación, recogido hasta la fecha en el apartado 6 del artículo 239 de la LGT, pasa a ser regulado de forma independiente en un nuevo precepto, en el artículo 241.bis de la Ley.

En cuanto a los recursos en vía económico-administrativa (arts. 241-244 de la LGT), se crea uno nuevo, el recurso contra la ejecución (art. 241 ter), llamado hasta ahora “incidente de ejecución”, a interponer por el interesado cuando esté disconforme con los actos dictados como consecuencia de la ejecución de una resolución económico-administrativa estimatoria. Se caracteriza por:

- Será competente para conocer de este recurso el órgano del Tribunal que hubiera dictado la resolución que se ejecuta.
- El plazo de interposición será de 1 mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto de ejecución impugnado.

### 3

## Especialidades de la Administración local

En el ámbito de la Administración local encontramos todas las modalidades de recursos administrativos contempladas en la Ley 39/2015, que sigue el esquema contemplado en la Ley 30/1992: recurso de alzada, recurso potestativo de reposición y recurso extraordinario de revisión; no obstante, en el ámbito local, la vía de impugnación predominante es el recurso de reposición, por cuanto la mayor parte de las resoluciones administrativas están dictadas por

órganos cuyas decisiones agotan la vía administrativa. Esta continuidad con la LRJPAC (Ley 30/1992) en materia de impugnación en vía administrativa se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LPACAP, en la que se explicita el mantenimiento de las categorías de recursos administrativos ya existentes, “permaneciendo la revisión de oficio y la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha”.

Este sistema de recursos debe entenderse sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

La legislación sectorial específica reguladora de los tributos locales está constituida por 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.

En la esfera de los recursos administrativos, las entidades locales pueden adoptar una doble posición, actuando como Administración recurrida, lo que sucede en la mayoría de los casos, dado que las personas físicas o jurídicas destinatarias de sus actos son las que los impugnan, o actuando como Administración recurrente, ya que ante un acto de otra Administración Pública que una entidad local considere contrario a derecho puede interponer los recursos administrativos procedentes.

En **materia tributaria local**, en el régimen de revisión administrativa de los actos de gestión tributaria existe la peculiaridad respecto al recurso de reposición de que tiene la consideración de recurso de carácter preceptivo, excepto para aquellos ayuntamientos considerados de gran población y regulados en el Título X de la LRBRL.

Junto al recurso de reposición, ya sea preceptivo o potestativo, y la reclamación económico-administrativa, los artículos 110 de la LRBRL y 14 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), ambos con remisión a la LGT, permiten que los actos de gestión y aplicación de los tributos de las entidades locales puedan ser revisados por los siguientes procedimientos:

- Procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho (art. 217 LGT)
- Declaración de lesividad de actos anulables (art. 218 LGT)
- Revocación de actos de aplicación de los tributos (art. 219 LGT)
- Rectificación de errores (art. 220 LGT)
- Devolución de ingresos indebidos (art. 221 LGT)

La potestad tributaria de los entes locales se traduce en la facultad para establecer y exigir tributos atribuida por el artículo 133.2 de la Constitución, al señalar que las comunidades autónomas y las corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Como dispone el artículo 106.2 de la LRBRL: “La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. Las corporaciones locales podrán emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las mismas”.

Respecto de los recursos de que son susceptibles las ordenanzas fiscales aprobadas por las entidades locales, las mismas solo pueden ser recurridas en vía contencioso-administrativa, aunque cabe el recurso administrativo indirecto. Como características de las posibilidades de impugnación de las ordenanzas fiscales, podemos señalar:

- Imposibilidad de plantear recurso administrativo directo
- Revisión de oficio por la propia Administración
- Recurso administrativo indirecto, con ocasión de la impugnación de los actos de aplicación de la misma
- Impugnación en vía contencioso-administrativa

En el ámbito tributario local, no estamos ante un sistema de impugnación homogéneo, por cuanto varía según el tipo de entidad local de que se trate, ya sea municipio de gran población o no. Por otro lado, la regulación es dispersa y se encuentra en distintos textos legislativos, hay que acudir a la LGT, sus reglamentos de desarrollo, la LRBRL, el TRLRHL, sin olvidar las especialidades contenidas en las ordenanzas fiscales que cada entidad puede aprobar y, por último, los reglamentos orgánicos que cada municipio de gran población debe aprobar al objeto de regular tanto el funcionamiento de los órganos encargados de la resolución de las reclamaciones económico-administrativas como la tramitación de las reclamaciones.

Pero en modo alguno nos encontramos ante una dualidad de regulación contradictoria del recurso de reposición potestativo en la LPACAP y preceptivo en la Ley de Haciendas Locales, por cuanto la DA de la primera de las citadas, en su párrafo primero, señala lo siguiente: “Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”.

#### 4

### Recurso de reposición en la Administración local

Con carácter general, el punto de partida para conocer el sistema de fuentes de la revisión administrativa en el ámbito local lo constituye el art. 1º.1 LGT, que señala: “Esta Ley establece los principios y las normas generales del

sistema tributario español y será de aplicación a todas las Administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del art. 149.1.1.ª, 8.ª, 14.ª y 18.ª de la Constitución”.

Por tanto, la LGT se aplicará a las Haciendas locales siempre que no haya norma legal de la que se deduzca lo contrario. Así, el carácter supletorio de la LGT supone que sus disposiciones serán de aplicación al ámbito local, por lo que, si existe norma legal específica que afecte al ámbito local, será de aplicación directa esta norma legal específica, y, si no existe tal norma legal específica, será de aplicación directa lo que al respecto establezca la LGT.

La **Disposición Adicional 4.ª de la LGT**, que lleva por título “Normas relativas a las Haciendas Locales”, dispone: “1. La normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas será la prevista en las disposiciones reguladoras de las Haciendas Locales”.

La regulación legal a la que cabe acudir está contenida en el art. 14 del TRLRHL relativo a la revisión de actos en vía administrativa, y los arts. 108, 110 y 137 de la LRBRL, redactados por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (LMMGL), que se ocupan de idénticas materias.

Con el complemento indispensable de lo previsto por la referida Disposición Adicional 4.ª LGT, que, en su apartado 3, dispone: “Las entidades locales, dentro del ámbito de sus competencias, podrán desarrollar lo dispuesto en esta Ley mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales”. Norma que, en conexión con el art. 7.º1.e) LGT, da cuenta de la especial trascendencia de este instrumento normativo en el ámbito local, y es coherente con la doctrina constitucional (v. gr: SSTC 179/1985, 19/1987 y 233/1999), que, habida cuenta de la implicación del principio de autonomía local en relación con el de reserva de ley en materia tributaria, predica su especial flexibilidad en este ámbito, como solución a la tensión entre el citado principio de autonomía local y la garantía de igualdad en la reserva de ley, aspecto este que los diferencia sustancialmente de los reglamentos estatales.

La revisión de los actos en vía administrativa de naturaleza económica de las entidades locales viene regulada en el artículo 108 de la LRBRL, el cual, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, dispone lo siguiente: “Contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, y de los restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, se formulará el recurso de reposición específicamente previsto a tal efecto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales. Dicho

recurso tendrá carácter potestativo en los municipios a que se refiere el Título X de esta Ley”.

Según el artículo 14.2 del citado Real Decreto Legislativo 2/2004 contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, solo podrá interponerse el recurso de reposición, cuya regulación está contenida en dicho apartado segundo.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra los actos dictados en vía de gestión de los tributos locales; en tales casos, el recurso de reposición será previo y potestativo [artículo 14.2.a) *in fine*].

Se refiere a los actos siguientes:

a) Actos de gestión catastral del IBI dictados por los ayuntamientos que son susceptibles de ser revisados en los términos regulados en el Título V de la LGT (art. 12.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario).

b) Actos de gestión censal del IAE dictados por las entidades locales, por delegación de la Administración tributaria del Estado. Se trata de la formación de la matrícula del IAE, la calificación de las actividades económicas, el señalamiento de cuotas y, en general, toda actuación de gestión censal del impuesto.

c) Actos de inspección censal del IAE y de inspección catastral del IBI que hayan sido delegados en las entidades locales relativos a la inclusión, exclusión o alteración de los datos contenidos en los censos.

Ello supone que el recurso de reposición establecido en el artículo 14 del TRLRHL es, con carácter general, preceptivo y obligatorio, a salvo el supuesto concreto de los municipios de gran población a que se refiere el Título X de la LRBRL.

Hay que dejar constancia de la necesidad y preceptividad del recurso de reposición en materia tributaria local, insistiendo en su vertiente de requisito de procedibilidad (STS de 8 de mayo de 2013), tal como han declarado reiteradas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (109/2006, 982/2006, 1031/2007, y la más reciente, núm. 1204/15, dictada en el rollo de apelación 183/2014).

En este sentido interesa destacar una reciente sentencia del TSJ de La Rioja de 16 de mayo de 2016 en la que se recuerda la necesidad del recurso de reposición preceptivo en materia de tributación local, advirtiendo que “la necesaria interposición del recurso de reposición no queda alterada por el hecho de que se esté ante la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud deducida con fecha 10 de mayo de 2011, pues la ficción

legal que supone el silencio administrativo de carácter desestimatorio, como sucede en el presente supuesto, responde a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración; pero ello, previa la interposición de los recursos pertinentes; de manera que la falta de interposición del recurso de reposición preceptivo determina la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por falta de agotamiento de la vía administrativa”.

A nuestro juicio es importante destacar la garantía que este trámite supone para el ciudadano en orden a poder obtener una respuesta a sus pretensiones en vía administrativa sin necesidad de acudir a la vía judicial. Quizá movidos por una vía administrativa tributaria previa generalmente larga y dificultosa, tal y como acontece con los tributos estatales, el umbral de mínimos se torna favorable cuando el recurso es solo uno en vía de reposición ante el órgano administrativo que dictó la actuación impugnada.

#### 4.1

### Ámbito de aplicación

El artículo 14.1 señala lo siguiente:

*1. Respecto de los procedimientos especiales de revisión de los actos dictados en materia de gestión tributaria, se estará a lo dispuesto en el art. 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y en los párrafos siguientes:*

*a) La devolución de ingresos indebidos y la rectificación de errores materiales en el ámbito de los tributos locales se ajustarán a lo dispuesto en los arts. 32 y 220 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.*

*b) No serán en ningún caso revisables los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme.*

El artículo 14 del Real Decreto Legislativo 2/2004 remite al artículo 110 de la LRBRL (“Corresponderá al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los arts. 153 y 154 LGT”), debiéndose entender que la remisión se efectúa al artículo 217 de la LGT de 2003, donde se regula la declaración de nulidad de pleno derecho sin incurrir ninguna mención específica a la nulidad, a diferencia de lo que sucede con los procedimientos de devolución de ingresos indebidos y de rectificación de errores, respecto de los que se remite directamente a los artículos 32 y 220 de la LGT.

## 4.2

### Recurso de reposición: tramitación

El apartado 2 del citado precepto (art. 14) regula el recurso de reposición: “2. Contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, solo podrá interponerse el recurso de reposición que a continuación se regula”.

Dicho precepto regula la naturaleza, el objeto, el plazo de interposición, legitimación, suspensión, resolución, forma, contenido, notificación e impugnación de la resolución.

En cuanto al plazo para su interposición, se interpondrá dentro del plazo de un mes contado desde el día siguiente al de la notificación expresa del acto cuya revisión se solicita, o al de la finalización del periodo de exposición pública de los correspondientes padrones o matrícula de contribuyentes u obligados al pago.

La legitimación corresponde a los sujetos pasivos y, en su caso, a los responsables de los tributos, así como los obligados a efectuar el ingreso de derecho público de que se trate, así como cualquier persona cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión.

En cuanto a la iniciación de su tramitación, el recurso se interpondrá por medio de escrito en el que se consignarán los extremos a los que se refiere la letra f) del citado precepto.

El recurso se presentará en la sede del órgano de la entidad local que dictó al acto administrativo impugnado o en las oficinas a que se refiere el artículo 16 de la LPACAP.

La suspensión del acto impugnado está regulada en la letra i) del artículo 14.2.

Otra característica del recurso de reposición en materia tributaria local hace referencia a la inaplicación de forma plena del contenido del artículo 117 de la LPACAP sobre la suspensión automática del acto administrativo, por el transcurso de un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u otro organismo competente, porque la regla general aplicable a los actos de contenido económico es que, en materia de suspensión de tales actos, es exigible la prestación de las garantías previstas en la LGT (art. 224.2) por remisión del artículo 25.1 del Real Decreto 520/2005, a saber: depósito de dinero o valores públicos, aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito de garantía recíproca o de seguro de caución; fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria

Por tanto, no resulta de aplicación la suspensión automática por la presentación del recurso, sino que la misma se acordará solamente con

los requisitos regulados en la normativa de contenido tributario y recaudatorio.

Respecto a la prohibición de la *reformatio in peius*, los ayuntamientos no podrán aumentar la liquidación tributaria recurrida en reposición, lo que supondría un empeoramiento de la situación jurídica del sujeto pasivo con ocasión del ejercicio de su derecho a impugnar el acto tributario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en su caso, proceder a acordar la revisión de oficio de la liquidación practicada (STS 120/1989 y STS 12-12-1990). No obstante, según ha señalado la STS de 3 de marzo de 2014 (RC 5085/2008), no concurre la *reformatio in peius* cuando la solución, aunque jurídicamente diferente, deja al obligado en idéntica situación a la anterior a la impugnación.

### 4.3

#### Impugnación de la resolución

El apartado ñ) del artículo 14.2 dispone lo siguiente: “Contra la resolución del recurso de reposición no puede interponerse de nuevo este recurso, pudiendo los interesados interponer directamente recurso contencioso-administrativo, todo ello sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la interposición de reclamaciones económico-administrativas contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales”.

Hay que distinguir los siguientes supuestos:

#### 4.3.1

##### Régimen general

La LRBRL suprimió para la gestión tributaria local la “vía económico-administrativa”, si bien la misma se mantiene respecto de los actos dictados por la Administración estatal ejerciendo competencias delegadas, y respecto de los actos dictados por la Administración estatal ejerciendo competencias catastrales o censales que la ley les atribuye en el IBI y en el IAE, respectivamente.

#### 4.3.2

##### Régimen especial de los municipios de gran población

Con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en adelante, LMMGL, se introdujo un nuevo título, con-

cretamente el Título X de la LRBRL, en el cual se estableció un régimen de organización específico para los municipios de gran población, introduciendo para este tipo de municipios la vía económico-administrativa.

La exposición de motivos de la citada Ley señaló la existencia de un órgano especializado para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones sobre actos tributarios de competencia local, cuya composición y funcionamiento pretenden garantizar la competencia técnica, la celeridad y la independencia tan patentemente requeridas por los ciudadanos en este ámbito. Este órgano puede constituir un importante instrumento para abaratar y agilizar la defensa de los derechos de los ciudadanos, en un ámbito tan sensible y relevante como el tributario, así como para reducir la conflictividad en vía contencioso-administrativa, con el consiguiente alivio de la carga de trabajo a que se ven sometidos los órganos de esta jurisdicción.

En estos supuestos:

- Los interesados podrán interponer con carácter previo y potestativo recurso de reposición.
- Contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición podrá interponerse en su caso reclamación económico-administrativa ante el órgano económico-administrativo creado al efecto (órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas).
- Contra la resolución desestimatoria de la reclamación económico-administrativa podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

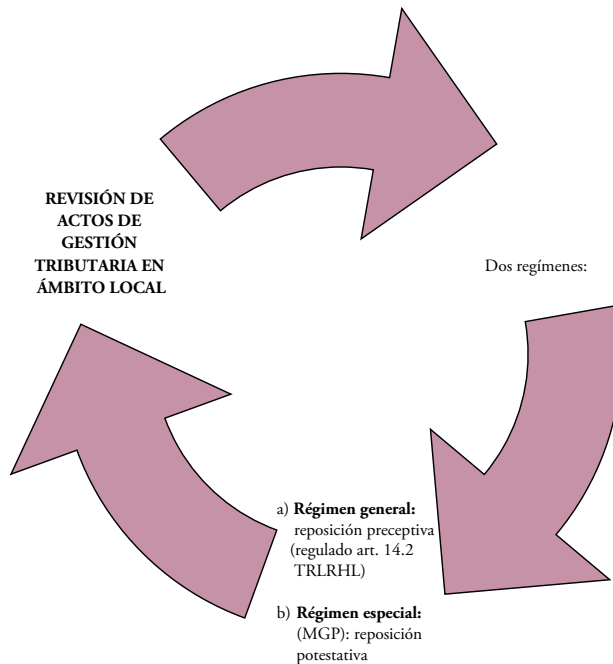
El hecho de que la reclamación económico-administrativa sea preceptiva no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, según dispone la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 275/2005, de 7 de noviembre de 2005. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional declaró la inadmisibilidad del recurso presentado, por no haberse agotado la vía administrativa previa, al considerar que “la falta de agotamiento de la vía administrativa es un defecto insubsanable que excusa legítimamente de cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto”.

### 4.3.3

#### Régimen especial del municipio de Barcelona

Desarrollado por la Ley 1/2006, de 13 de marzo, del Régimen Especial de Barcelona, cuyo artículo 46 señala que contra los actos de la Administración municipal de aplicación de los tributos locales y otros ingresos de derecho público que sean competencia municipal, cabrá interponer recurso de alzada ante el alcalde. La regulación del recurso de alzada deberá respetar el régimen jurídico que el artículo 14 del TRLRHL prevé para el recurso de reposición.

Como conclusión, en materia de revisión de actos administrativos de gestión tributaria en el ámbito local podemos distinguir entre:



#### 4.3.4

### Impugnación de actos de gestión del Estado: gestión catastral (IBI) y gestión censal (IAE)

Como he señalado anteriormente, la Administración estatal tiene competencias para la gestión catastral del IBI y la censal del IAE, siendo competencia de los ayuntamientos la gestión tributaria de ambos impuestos tomando como base la actuación estatal, por lo que, dependiendo de la actuación realizada con los citados tributos, la impugnación deberá ordenarse de un modo u otro.

#### 4.3.4.1

### Gestión catastral y tributaria del IBI

En la gestión del IBI, deben distinguirse dos fases que se atribuyen a Administraciones distintas. El encaje de ambas gestiones se concreta en la determinación de la base imponible del impuesto, que viene constituida por el valor catastral de los inmuebles, y, una vez concretado el mismo, será tarea del ayuntamiento correspondiente la de determinar la cuota a ingresar por el contribuyente.

La gestión catastral está formada por una serie de actuaciones vinculadas al catastro y que tienen como finalidad su formación, mantenimiento y revisión; se trata de operaciones administrativas dirigidas a la elaboración, mantenimiento y revisión de catastro.

Por su parte, la gestión tributaria comprende la liquidación, la concesión de exenciones y bonificaciones, así como la recaudación del tributo.

Y a la vista de la dualidad gestora del IBI, la impugnación tendrá vías diferentes:

- respecto de los actos de gestión e inspección catastral, el recurso de reposición es potestativo, y para agotar la vía administrativa es necesaria la interposición de la reclamación económico-administrativa previa a la vía contenciosa;
- y respecto a los actos de gestión tributaria del IBI de los municipios, cabe interponer el recurso de reposición preceptivo, con la salvedad de los MGP, y posterior recurso jurisdiccional.

Los actos de gestión tributaria pueden dictarse por la diputación provincial o por una comunidad autónoma en virtud de la delegación del artículo 7 del TRLRHL; si el acto es dictado por la diputación el régimen de impugnación será el propio de los municipios de régimen ordinario; si el acto lo ha dictado la comunidad autónoma la revisión será la prevista en la LGT, es decir, reclamación económico-administrativa.

#### 4.3.4.2

#### Gestión censal y tributaria del IAE

Igual que ocurre en el IBI, el IAE es un impuesto municipal en el que se distinguen los actos de gestión censal dictados por la Administración tributaria del Estado, cuyo conocimiento viene atribuido a los tribunales económico-administrativos del Estado, y los actos de gestión tributaria, cuyo conocimiento corresponde a las entidades locales.

En cuanto a las vías de impugnación, son las siguientes:

a) Los actos de gestión censal dictados por la Administración tributaria del Estado podrán ser impugnados mediante la correspondiente interposición de la reclamación económico-administrativa, precedida facultativamente por el recurso de reposición ante el mismo órgano autor del auto impugnado.

b) Respecto de los actos de gestión tributaria, si se trata de actos dictados por los ayuntamientos se aplicará el régimen general, salvo que se trate, al igual que en el IBI, de municipios regulados en el Título X de la LRRL.

La misma referencia que he reseñado para el IBI, es de aplicación en el IAE al amparo del citado artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2004.

En cuanto a la actuación inspectora del IAE, se llevará a cabo por los órganos competentes de la Administración tributaria del Estado, sin perjuicio de las delegaciones procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.3 del TRLRHL.

Esta gestión “bicéfala”, “compartida”, “bifronte” o “dual”, como se ha dado en calificarla, en relación con los dos grandes impuestos municipales, como son los citados IAE e IBI, ocasiona no pocos problemas prácticos como consecuencia de la regulación de sus vías de impugnación; así, puede ocurrir que, tras una inspección con relación al cómputo de una determinada superficie a efectos del IAE, el ayuntamiento levante acta, gire liquidación e imponga una sanción tributaria, y la competencia para conocer de las distintas actuaciones corresponda a diversos órganos jurisdiccionales: la competencia para conocer del acto censal corresponde a la Sala de lo Contencioso, mientras que la competencia para conocer de la liquidación y de la sanción corresponde al Juzgado de lo Contencioso.

# Potestades urbanísticas y convenios urbanísticos desde el derecho urbanístico de Cataluña

MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

*Magistrado Presidente de la Sección 3.<sup>a</sup>  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **La problemática urbanística subyacente: La complejidad del ordenamiento jurídico urbanístico en su aplicación**
2. **El urbanismo “a medida”**
3. **Los convenios urbanísticos de primera y de ulteriores generaciones**
4. **La tensión entre el urbanismo concertado y el urbanismo reglamentado**
5. **El convenio urbanístico típico y el convenio urbanístico atípico**
6. **Los convenios urbanísticos atípicos**
7. **La unidad o pluralidad de los negocios jurídicos públicos y privados urbanísticos**
8. **La superación del convenio urbanístico y su deriva a los convenios de naturaleza territorial y medioambiental**
9. **La naturaleza de los convenios urbanísticos**
10. **Los elementos personales, reales y formales de los convenios urbanísticos atípicos**
11. **Los elementos accidentales del convenio urbanístico atípico. La ausencia de previsión de garantías de su cumplimiento y de las consecuencias de su incumplimiento**
12. **El reconocimiento jurisdiccional de los convenios urbanísticos atípicos**
13. **El convenio urbanístico en sí y los instrumentos jurídicos que deben operarse en su desarrollo**
14. **Límites en los convenios urbanísticos**

---

*Artículo recibido el 25/04/2017; aceptado el 04/07/2017.*

15. **Efectos jurídicos de los convenios urbanísticos: efectos internos y efectos externos**
16. **La modificación de los convenios urbanísticos. En especial, la novación modificativa y la novación extintiva de los mismos**
17. **Cumplimiento voluntario e incumplimiento de los convenios urbanísticos**
18. **Problemática general en el ejercicio de acciones en materia de convenios urbanísticos: la acción pública urbanística y el plazo de ejercicio de las acciones**
19. **La problemática del cumplimiento forzoso de los convenios urbanísticos**
20. **La problemática de cumplimiento en atención a la cláusula *rebus sic stantibus***
21. **Los daños y perjuicios indemnizables**
22. **Sentencias de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

## Resumen

Los convenios urbanísticos que tienen la mirada puesta en la satisfacción de las necesidades y los intereses urbanísticos, concurren con aquellos que tratan simplemente de hacer prevalecer los intereses y derechos las más de las veces patrimoniales, bien de los sujetos privados o bien de los sujetos públicos que en los mismos intervienen. La complejidad, la falta de estabilidad del ordenamiento estatal de suelo y valoraciones y del ordenamiento autonómico urbanístico, junto con la duración de los procedimientos urbanísticos y en definitiva la crisis económica que nos sigue y persigue, dan alicientes añadidos para conseguir convenios urbanísticos a modo de “atajo” y de seguro resultado. Resulta trascendente defender que el derecho urbanístico, con la relevante función que le compete, no queda apartado, postergado o gravado con un mero equilibrio de intereses entre contratantes y de una naturaleza todo lo respetable que se quiera, pero simplemente económica o patrimonial de los mismos.

Palabras clave: *urbanismo; planeamiento urbanístico; gestión urbanística; intervención administrativa urbanística; protección de la legalidad urbanística; convenios urbanísticos; convenios urbanísticos típicos y atípicos; nulidad y anulación de convenios urbanísticos; cumplimiento de los convenios urbanísticos; incumplimiento de los convenios urbanísticos; cláusula rebus sic stantibus en los convenios urbanísticos.*

## **Town planning powers and planning agreements from the perspective of Catalan town planning law**

### **Abstract**

*Planning agreements sometimes satisfy the town planning needs and interests, but also in other occasions prevail the patrimonial interests of either private subjects or public entities. The complexity, the unstable regulatory framework, the delay of town planning proceedings and the economic and financial crisis, all of them are factors which stimulate planning agreements as a shortcut and safe avenue. It should be arguing that town planning law serves the general interest and this relevant aim should not be relegated, postponed or overloaded by the mere balance between the interests of the parties, albeit respectful, which are economic and patrimonial interests by nature.*

**Keywords:** town planning law; town plan; town planning management; town planning administrative intervention; protection of town planning law; planning agreements; conventional and unconventional planning agreements; nullity and annullability of planning agreements; compliance with planning agreements; rebus sic stantibus clause in planning agreements.

### **1**

#### **La problemática urbanística subyacente: La complejidad del ordenamiento jurídico urbanístico en su aplicación**

Ciertamente no va a ser objeto de este trabajo un estudio académico y sistematizado de la materia relativa a los convenios urbanísticos en relación a la conocida gama de posiciones doctrinales que pudieran sustentarse. Por contra, sí que me ha parecido oportuno partir de un buen número de experiencias prácticas desde el ordenamiento jurídico urbanístico de Cataluña que han accedido al enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo, y que quizá solo sean episódicas o sintomáticas, pero que en su relativo valor pueden dar alguna muestra sobre el tratamiento que los convenios urbanísticos van teniendo en sede jurisdiccional contencioso-administrativa.

A tales efectos, se relacionan finalmente y se ofrecen las sentencias de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se destacan sobre esa materia, en línea con la cuidada doctrina del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, sobre la misma materia, que

se considera que debe darse por conocida, por resultar de más fácil localización y consulta.

Ya de entrada y a las presentes alturas temporales una primera precisión debe efectuarse y no debe olvidarse ya que, fuera ya de los tiempos **de la mejor bonanza en la proliferación de los convenios urbanísticos al albur de lo que se ha dado en llamar el boom inmobiliario, se ha pasado a una prolongada etapa de crisis o crack inmobiliario** en que, de un lado, los tan despreocupados convenios urbanísticos “optimistas” anteriores tienen una operatividad acentuadamente compleja, y, de otro lado, los convenios urbanísticos “inevitadamente más realistas” posteriores tienen una estructura quizá más cuidadosa.

A su vez y en segundo lugar, a salvo otras perspectivas fácticas, desde la perspectiva jurídica, interesa dejar sentada la **gran complejidad que ha tenido y ha ido teniendo el derecho urbanístico en su aplicación**. Baste dar por conocido el devenir en el ámbito estatal de sus leyes y reglamentos, como en el ámbito autonómico urbanístico de Cataluña de sus disposiciones legales y reglamentarias, al punto que inclusive la mera calificación jurídica de un supuesto y la búsqueda de la normativa aplicable no dejaba de ser una labor digna de una especialización muy acentuada y, a no dudarlo, sembrada de profundas dudas, **más todavía si se tienen en cuenta los reiterados derechos transitorios** que, bien en el derecho estatal, bien en el derecho urbanístico autonómico de Cataluña, se iban ofreciendo. Obsérvese que la última modificación en materia del derecho urbanístico de Cataluña se ofrece en la *Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono* –DOGC de 30 de marzo de 2017–.

En esa tesitura no está de más no olvidar la tentación que siempre se produce ante actuaciones urbanísticas a partir de una entidad o relevancia, o ante las prisas que siempre parecen concurrir, **de traspasar los límites de la convención urbanística para alcanzar una órbita que podría sintetizarse en tratar de dotarse de la cobertura de la Ley “ad hoc” para el caso**, y que pudiese dar cobertura en todas las vertientes y facetas de lo que interesa, a no dudarlo salvando las angosturas y los temidos tiempos a emplear urbanísticamente en sede de planeamiento, gestión y titulaciones habilitantes. Esa órbita, una vez anotada, debe quedar fuera de examen en este trabajo.

En todo caso, y en tercer lugar, **la materia de los convenios urbanísticos ha resultado afectada por la resituación del ordenamiento urbanístico, en la medida en que le han dejado otros ordenamientos sectoriales**

**con especial mención del Planeamiento Territorial**, al hilo de lo que se ha ido llamando “crisis del planeamiento urbanístico general municipal” —que ya se iba observando con las figuras de los planes directores urbanísticos, pero que alcanza altas cotas de incidencia sustancial con los planes directores territoriales, los planes territoriales sectoriales y los planes territoriales parciales—.

En definitiva, si se detiene la atención en la ubicación temporal de esas perspectivas, resulta notorio que la situación jurídica del planeamiento urbanístico municipal y sus otras perspectivas, clásicamente entendido como resultado del ejercicio de competencias locales y autonómicas urbanísticas, ha recibido un envite y desafío trascendente y relevante desde la vertiente urbanística:

a) Primero, a partir de 2002-2003, con la generación de las figuras de planeamiento urbanístico constituidas por el originario Plan Director Territorial.

b) Segundo, a partir de 2007-2009, con la generación de las figuras de planeamiento urbanístico constituidas por la modalidad especial del Plan Director Territorial para con las denominadas “áreas residenciales estratégicas”.

Pero es que a todo ello se le une y yuxtapone, temporalmente y de forma muy especial, la incidencia verdaderamente sustancial de la vertiente territorial, ya que, dejando de lado por el momento la vía del planeamiento director territorial o el planeamiento territorial sectorial, lo verdaderamente innegable es la radical y primordial consideración que debe efectuarse a partir de 2006, y sobre todo en 2010, de las figuras de planeamiento territorial parcial que vertebran una ordenación territorial a la que no cabe hacer mirada ciega, oídos sordos y ningún comentario.

Dicho de otra manera y en sentido positivo, cuando se impugna o se defiende un planeamiento urbanístico, la presencia expresa en las alegaciones de las partes de ese planeamiento urbanístico superior, y mucho más la presencia expresa de ese planeamiento territorial, no es ociosa ni mucho menos baladí.

Y, en sentido negativo, si resulta que en un supuesto a considerar se constata que existe una falta de presencia de esas alegaciones a fundar en el planeamiento territorial o en el planeamiento urbanístico superior, bien se puede comprender el manifiesto riesgo que existe de no apreciar debidamente la real entidad jurídica de lo que procede no perder de vista, desde las alturas, del régimen superior territorial o/y urbanístico.

En todo caso las presentes notas se centrarán en el ámbito del ordenamiento urbanístico de Cataluña, a la luz de los supuestos que han ido accediendo al enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo, para centrar de la mejor manera que se entiende aceptable y posible, por la hete-

rogeneidad de casos existentes, sin perjuicio de atender a vertientes inclusive ajenas a ese ordenamiento, pero conectadas con el mismo —especialmente por su reiteración para con **la materia de los espacios de interés natural, de la implantación de la energía eólica y de la protección, gestión y ordenación del paisaje**—.

**Y todo ello sin perjuicio de no olvidar la tan trascendente relevancia e importancia de la componente ambiental**, en especial en materia de evaluación ambiental de planes y programas, y de declaración de impacto ambiental de proyectos, de tal suerte que, a no dudarlo, conforma una nueva forma de ejercicio de las competencias y potestades urbanísticas junto con otras, deja el urbanismo en un espacio mucho más acotado que con anterioridad, y en ese espacio resultante es donde cabe estimar el discurso de lo convenido urbanísticamente.

Ante esa constelación de elementos, no debe sorprender que una gran cantidad de convenios urbanísticos tratase de hacer frente a esa situación de la mejor manera que las partes intuían para la más adecuada defensa de los intereses latentes.

Sin desdeñar otras causas, en una situación caracterizada por una deficiente operatividad de principios tan sentidos como los de certeza jurídica, estabilidad jurídica, seguridad jurídica o cualquier principio garantista para el buen fin de la ordenación urbanística establecida tanto para la Administración como para cualquier operador jurídico en materia urbanística, **no es de extrañar que las más de las veces ante esa situación hayan proliferado evidentemente los convenios urbanísticos, pero la tozuda realidad igualmente impone que tampoco cabe desdeñar la complejidad de situaciones de los convenios urbanísticos anteriores, que quizá habían pasado por alto que pudieran verse afectados por todo ello, incluida la perspectiva económica tan desfavorable.**

## 2

### El urbanismo “a medida”

En este punto no estará de más resaltar que, a poco que se detenga la atención, en una primera aproximación a la fenomenología de los convenios urbanísticos, la conflictividad que finalmente aflora ante la jurisdicción contencioso-administrativa va mostrando unos ámbitos, una frecuencia y una tal proliferación de figuras negociables urbanísticas tan notable en su variedad que es casi inaprehensible, sobre todo si se tienen en cuenta los supuestos que se incluyen y se pactan por las partes. No resulta ocioso destacar que tal varie-

dad de supuestos francamente interesados ha dado lugar a lo que se ha dado en llamar, en frases singularmente significativas, **urbanismo “a medida”, “ad hoc” o “prêt a porter”**.

La disculpa a un mayor y mejor ajuste metodológico se impone en este trabajo, ya que los tradicionales convenios urbanísticos “en materia de planeamiento urbanístico”, o “en materia de gestión urbanística”, se hallan francamente superados desde hace ya bastante tiempo, y no es que se detecte tan solo que **“cuantitativamente” cada vez resulta un mayor número de supuestos urbanísticos con convenio urbanístico, mostrado debidamente o no, sino que “cualitativamente” su ámbito objetivo no solo penetra en cualquier vertiente del derecho urbanístico –planeamiento urbanístico, gestión urbanística, intervención administrativa urbanística, disciplina urbanística, régimen de suelo, etc.–, sino que pasa a alcanzar otros ordenamientos sectoriales y otros supuestos**, como se irá viendo.

Con la imperfección que ello supone o puede suponer, la tentación está en llegar a afirmar que **se pacta y se concierta prácticamente “de todo”**.

### 3

#### Los convenios urbanísticos de primera y de ulteriores generaciones

A este respecto, y como se ha ido indicando, de los **convenios urbanísticos de primera generación**, relativos a planeamiento urbanístico o de interpretación interesada del planeamiento urbanístico presente, entre otras posibilidades, se ha ido pasando a **convenios urbanísticos de segunda generación** en materia de gestión urbanística, para cualesquiera supuestos de esta naturaleza, y a **convenios urbanísticos de tercera y ulteriores generaciones**, en el sentido de irse abordando prácticamente todas las vertientes y perspectivas del ordenamiento jurídico urbanístico, y así pasar a otras órbitas como las medioambientales, fiscales y de subvenciones, y más y más supuestos.

En todo caso no está de más reconocer que buen número de **convenios urbanísticos**, seguramente y quizá las más de las veces los que no acceden a enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo por resultar pacíficos entre las partes, tienen una relevancia importante y trascendente y obedecen a una realidad social y jurídica preexistente, y **tratan de agilizar y facilitar la ordenación urbanística y la debida gestión urbanística, en su caso, superando situaciones jurídicas y de otro orden francamente complejas, rayando a veces en la más alta proximidad a complejidades insolubles**.

**No obstante**, y por contra, dando por efectuado el reconocimiento expuesto, como el ámbito de análisis de este trabajo obedece a la conflictividad

contencioso-administrativa en materia de convenios urbanísticos, igualmente debe disculparse el acento de patología jurídica que irá resultando del mismo, máxime cuando debe darse por conocida la **acentuada proliferación de casos judicialmente estimatorios de la ilegalidad de los mismos.**

A su vez, también interesa resaltar que en la integral consideración de los convenios urbanísticos **el factor temporal es determinante, y las más de las veces es sustancial.** Así, en tanta cantidad de convenios urbanísticos, tan importante es el resultado y objetivo que se trata de lograr como que los mismos vean la luz en el tiempo que sea de interés para las partes, bien en el sentido de conseguir una figura de planeamiento urbanístico, bien en el de conseguir una delimitación de un ámbito de ejecución urbanística, bien en el de conseguir un sistema de actuación urbanístico, bien en el de cualquier otro supuesto que interese. A no dudarlo **se trata de conseguir un resultado final en tiempo adecuado a los intereses de las partes.**

Finalmente, este apartado no puede terminar sino puntualizando que el **verdadero poder de influencia para iniciar y conseguir en su momento un convenio urbanístico no está sujeto a reglas inamovibles,** siendo particularmente destacable que, en buena serie de supuestos, son las Administraciones con competencias en materia de urbanismo las que tienen el verdadero poder al respecto, pero en otra buena serie de supuestos no puede desconocerse que son los sujetos privados los que muestran efectivamente un innegable poder de influencia a esos fines.

#### 4

### **La tensión entre el urbanismo concertado y el urbanismo reglamentado**

Trayendo a colación la mejor doctrina en la materia, debe reconocerse que **la problemática que se centra en los convenios urbanísticos no es sino reflejo, cuando menos, de lo que se ha dado en llamar el necesario equilibrio entre el urbanismo concertado y el urbanismo reglamentado.**

Equilibrio siempre frágil, habida cuenta de la gran movilidad de la realidad social, que siempre excede o trata de exceder las quizá no suficientemente flexibles prescripciones legales o reglamentarias en materia urbanística.

Desde ese punto de vista, bien se puede comprender que ni todo puede ser abandonado al denominado urbanismo concertado, ni todo puede estar absoluta y radicalmente incluido en un urbanismo reglamentado inamovible, como, por lo demás, cualquier legislación urbanística histórica y la doctrina jurisprudencial urbanística ponen de manifiesto.

**Ahora bien, ante la consideración del urbanismo concertado, tampoco cabe desconocer la necesaria operatividad de todos aquellos principios cardinales en materia urbanística que en forma alguna pueden quedar apartados o desconocidos** –así, los relativos a la función social de la propiedad, a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actuación urbanística, a la distribución equitativa de las cargas y beneficios urbanísticos y a la participación ciudadana en materia urbanística, entre otros–.

No obstante lo anterior, y como ya se ha resaltado, la simple consideración de un marco solo urbanístico ya debe considerarse un marco demasiado limitado e imperfecto, ya que, como se ha razonado, el urbanismo no opera en el vacío jurídico, sino que a su vez el mismo se halla sujeto y afectado por otras órbitas en las que debe “encajar” (y, como tan habitualmente se hace valer en las controversias contencioso-administrativas, no procede estimar que ello sea en forma accidental o accesorio), como la materia territorial a la que debe sujetarse al principio de coherencia, la materia de los espacios de interés natural, de la protección, gestión y ordenación del paisaje, y en general en materia medioambiental.

## 5

### El convenio urbanístico típico y el convenio urbanístico atípico

Expuesto todo lo anterior, y llegados a este punto, debe resaltarse que el reconocimiento de los convenios urbanísticos va dando lugar a lo que se ha llamado la **diferenciación entre convenios urbanísticos típicos y convenios urbanísticos atípicos**, sobre todo desde la perspectiva y adecuada diferenciación entre el régimen jurídico y los efectos jurídicos que cabe predicar de cada uno de tales supuestos.

Los convenios urbanísticos típicos, jurídicamente, son los previstos expresamente por el ordenamiento jurídico urbanístico, y en esa consideración así se regulan especialmente en su régimen jurídico y efectos jurídicos.

Por contra, los convenios urbanísticos atípicos son los que no se hallan expresamente previstos y regulados en la legislación urbanística, pero gozan, como se irá viendo, de un expreso y prudente reconocimiento jurisdiccional contencioso-administrativo.

Para los convenios urbanísticos típicos procede efectuar la oportuna remisión a su régimen jurídico aplicable, y las líneas e ideas que seguirán se centrarán en desarrollarse en el ámbito de los convenios urbanísticos atípicos.

No obstante, en apresurada cita de los **principios y características de los convenios urbanísticos típicos que pueden resultar útiles para examinar**

**los convenios urbanísticos atípicos**, interesa dejar constancia de que en los típicos, y en su regulación y aplicación jurisprudencial, no se pasan por alto temas tan relevantes como los relativos a la garantía procedimental a que deben estar sujetos –así, tanto a los efectos de su debida transparencia, información pública y publicidad, como a los efectos de la debida constancia de informes técnicos y jurídicos–, y a la evidente necesidad de pronunciarse tanto, por un lado, de las correspondientes garantías para asegurar su cumplimiento, como, por otro lado, de las consecuencias en caso de incumplimiento total o parcial.

**Dirigiendo la atención al Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, resultan de obligada cita los artículos 8, 38 y 104, y la Disposición Transitoria Duodécima, del siguiente tenor:**

***Artículo 8. Publicidad y participación en los procesos de planeamiento y de gestión urbanísticos.***

*1. Se garantizan y se tienen que fomentar los derechos de iniciativa, de información y de participación de la ciudadanía en los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión.*

*2. Los ayuntamientos pueden constituir voluntariamente consejos asesores urbanísticos, como órganos locales de carácter informativo y deliberativo, a los efectos establecidos por el apartado 1.*

***3. Los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión, y el contenido de las figuras del planeamiento y de los instrumentos de gestión, incluidos los convenios, están sometidos al principio de publicidad.***

*4. Todo el mundo tiene derecho a obtener de los organismos de la Administración competente los datos certificados que les permitan asumir sus obligaciones y el ejercicio de la actividad urbanística.*

*5. La ciudadanía tiene derecho a consultar y ser informada sobre el contenido de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos y, a estos efectos:*

*a) En la información pública de los instrumentos de planeamiento urbanístico, conjuntamente con el plan, se ha de exponer un documento comprensivo de los extremos siguientes:*

*Primero. Plano de delimitación de los ámbitos sujetos a suspensión de licencias y de tramitación de procedimientos, y concreción del plazo de suspensión y del alcance de las licencias y tramitaciones que se suspenden.*

*Segundo. Un resumen del alcance de sus determinaciones y, en caso de que se trate de la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico, plano de identificación de los ámbitos en los que la*

*ordenación propuesta altera la vigente y resumen del alcance de esta alteración.*

*b) Hay que garantizar el acceso telemático al contenido íntegro de los instrumentos de planeamiento urbanístico vigentes.*

*c) Hay que dar publicidad por medios telemáticos de la convocatoria de información pública en los procedimientos de planeamiento y gestión urbanísticos y de los acuerdos de aprobación que se adopten en su tramitación.*

*d) Se desarrollan por reglamento las formas de consulta y divulgación de los instrumentos urbanísticos y los medios de acceso de la ciudadanía a estos instrumentos y la prestación de asistencia técnica para que puedan comprenderlos correctamente.*

*6. Los organismos públicos, los concesionarios de servicios públicos y los y las particulares tienen que facilitar la documentación y la información necesarias para la redacción de los planes urbanísticos.*

*7. En materia de planeamiento y de gestión urbanísticos, los poderes públicos tienen que respetar la iniciativa privada, promoverla en la medida más amplia posible y sustituirla en los casos de insuficiencia o de incumplimiento, sin perjuicio de los supuestos de actuación pública directa.*

*8. La gestión urbanística se puede encomendar tanto a la iniciativa privada como a organismos de carácter público y a entidades, sociedades o empresas mixtas.*

*[...]*

*Artículo 38. Disposiciones generales.*

*1. Los derechos y los deberes de las personas propietarias de suelo son los que establece esta Ley, en el marco de la legislación aplicable en materia de suelo, y se deben ejercer y cumplir, respectivamente, de acuerdo con las determinaciones de esta Ley en cuanto al planeamiento, la gestión y la ejecución en materia urbanística. A tales efectos, los propietarios o propietarias de suelo tienen la obligación de destinarlo al uso previsto por la ordenación urbanística, habiendo cumplido las cargas que esta impone.*

*2. Los requisitos para la enajenación de fincas y para la subrogación de las nuevas personas titulares en los derechos y los deberes urbanísticos de las personas propietarias anteriores deben ajustarse a lo que establece la legislación aplicable en materia de suelo.*

*[...]*

*Artículo 104. Publicidad y obligaciones de los convenios urbanísticos.*

*1. Los convenios urbanísticos tienen que integrar la documentación del planeamiento o del instrumento de gestión al cual se refieren, se*

*tienen que someter a la información pública correspondiente y pueden ser objeto de consulta una vez aprobados.*

*2. Las Administraciones Públicas con competencias urbanísticas y las entidades urbanísticas especiales tienen que garantizar la consulta presencial y por medios telemáticos de los convenios urbanísticos que suscriben y tienen que enviar una copia al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas en el plazo de un mes desde su aprobación, para que sean insertados en la sección de convenios urbanísticos del instrumento de divulgación telemática del planeamiento urbanístico de la Administración de la Generalidad. En los municipios de menos de cinco mil habitantes que no disponen de los medios técnicos necesarios, el acceso telemático al contenido de los convenios urbanísticos se puede hacer mediante la conexión con el instrumento de divulgación telemática del planeamiento urbanístico de la Administración de la Generalidad.*

*3. Los convenios urbanísticos tienen que especificar en una cláusula las obligaciones de publicidad a que están sometidos para el conocimiento de las partes signatarias.*

*4. Los convenios urbanísticos obligan exclusivamente a las partes que los han firmado, y en ningún caso condicionan las competencias públicas en materia de planeamiento urbanístico, las cuales no pueden ser objeto de transacción, y no pueden comportar para las personas propietarias obligaciones o cargas adicionales o más costosas que las establecidas por la legislación aplicable.*

*[...]*

*Disposición Transitoria Duodécima. Convenios urbanísticos*

*Los convenios urbanísticos se rigen por la normativa aplicable en el momento de su aprobación.*

Igualmente procede dejar debida constancia de los artículos 25, 26 y 27 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo, del siguiente modo:

## **CAPÍTULO IV**

### **Convenios urbanísticos**

#### **Artículo 25. Disposiciones generales.**

*1. Los convenios urbanísticos tienen naturaleza jurídico administrativa y las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

**2. La aprobación, formalización y ejecución de los convenios urbanísticos se sujeta a la normativa reguladora de las entidades públicas que los suscriban.**

**3. Los convenios urbanísticos se perfeccionan y obligan exclusivamente a las partes, de acuerdo con su contenido, desde su aprobación por el órgano competente de la Administración o entidad pública que los suscribe.**

**Artículo 26. Publicidad de los convenios urbanísticos.**

**1. El acuerdo de aprobación de los convenios urbanísticos debe ser publicado en el boletín o diario oficial correspondiente dentro del mes siguiente a su aprobación.**

**2. Las entidades públicas que suscriban convenios urbanísticos deben garantizar su consulta pública y tienen que facilitar copias a quien las solicite.**

**3. Los convenios urbanísticos que se refieran a instrumentos de planeamiento o gestión que tienen que ser objeto de aprobación, modificación o revisión, tienen que formar parte de la documentación que integra la respectiva figura de planeamiento o gestión desde el inicio del procedimiento correspondiente o desde su formalización, si esta se produce una vez iniciado el procedimiento. En el caso de que la formalización del convenio tenga lugar después de la aprobación inicial del instrumento de planeamiento o gestión, el convenio hay que someterlo a información pública, bien sea conjuntamente con el instrumento de que se trate, si de acuerdo con el artículo 112 de este Reglamento procede sujetarlo a un nuevo trámite de información pública, bien sea con un trámite específico de información pública por un plazo de un mes, y se tiene que incorporar al instrumento de planeamiento o de gestión que sea objeto del siguiente acuerdo de aprobación que corresponda.**

[...]

**Artículo 27. Principios generales del régimen urbanístico del suelo.**

**1. Las personas propietarias de suelo y de otros bienes inmuebles tienen derecho a utilizar, disfrutar y disponer de ellos dentro de los límites y con cumplimiento de los deberes establecidos en la legislación y el planeamiento urbanísticos y en el resto de normas aplicables, los cuales delimitan el contenido urbanístico del derecho de propiedad y definen su función social.**

**2. La ordenación urbanística del uso de los terrenos y de las construcciones, en tanto que delimita el contenido urbanístico de la propiedad del suelo de acuerdo con su función social, no confiere a las personas propietarias el derecho a exigir indemnización, excepto en los supuestos**

*expresamente establecidos por la Ley de urbanismo y por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y de valoraciones.*

**3. En caso de transmisión de fincas por cualquier causa o título, la nueva persona titular se subroga en los derechos y deberes urbanísticos de los propietarios o propietarias anteriores, y también en los compromisos que estos hubiesen acordado con la Administración urbanística si han sido objeto de inscripción en el Registro de la propiedad o bien de publicidad por razón de la aprobación de un convenio o por formar parte de un instrumento de planeamiento o gestión urbanística.**

**Y si de la perspectiva del ordenamiento urbanístico de Cataluña se pasa a la perspectiva del ordenamiento estatal de suelo, cuando menos, procede la cita de los artículos 9 y 27 del Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en cuanto disponen:**

*Artículo 9. Participación pública y privada en las actuaciones de transformación urbanística y en las edificatorias.*

*1. Las Administraciones Públicas podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución de las actuaciones, todas las modalidades de gestión directa e indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico, de contratación de las Administraciones Públicas, de régimen local y de ordenación territorial y urbanística.*

*2. En los supuestos de ejecución de las actuaciones a que se refiere este capítulo mediante procedimientos de iniciativa pública, podrán participar, tanto los propietarios de los terrenos, como los particulares que no ostenten dicha propiedad, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable. Dicha legislación garantizará que el ejercicio de la libre empresa se sujete a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia.*

*3. En las actuaciones de iniciativa pública en el medio urbano, la Administración resolverá si ejecuta las obras directamente o si procede a su adjudicación por medio de la convocatoria de un concurso público, en cuyo caso, las bases determinarán los criterios aplicables para su adjudicación y el porcentaje mínimo de techo edificado que se atribuirá a los propietarios del inmueble objeto de la sustitución forzosa, en régimen de propiedad horizontal. En dichos concursos podrán presentar ofertas cualesquiera personas físicas o jurídicas, interesadas en asumir la gestión de la actuación, incluyendo los propietarios que formen parte del correspondiente ámbito. A tales efectos, estos deberán constituir previa-*

*mente una asociación administrativa que se regirá por lo dispuesto en la legislación de ordenación territorial y urbanística, en relación con las Entidades Urbanísticas de Conservación. La adjudicación del concurso tendrá en cuenta, con carácter preferente, aquellas alternativas u ofertas que propongan términos adecuadamente ventajosos para los propietarios afectados, salvo en el caso de incumplimiento de la función social de la propiedad o de los plazos establecidos para su ejecución, estableciendo incentivos, atrayendo inversión y ofreciendo garantías o posibilidades de colaboración con los mismos; y aquellas que produzcan un mayor beneficio para la colectividad en su conjunto y propongan obras de eliminación de las situaciones de infravivienda, de cumplimiento del deber legal de conservación, de garantía de la accesibilidad universal, o de mejora de la eficiencia energética.*

*Asimismo podrán suscribirse convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas y las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, que tengan como objeto, entre otros, conceder la ejecución a un consorcio previamente creado, o a una sociedad de capital mixto de duración limitada, o por tiempo indefinido, en la que las Administraciones Públicas ostentarán la participación mayoritaria y ejercerán, en todo caso, el control efectivo, o la posición decisiva en su funcionamiento.*

*4. En la ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano, además de las Administraciones Públicas competentes y las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, podrán participar:*

- a) las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios,*
- b) las cooperativas de viviendas,*
- c) los propietarios de construcciones, edificaciones y fincas urbanas y los titulares de derechos reales o de aprovechamiento,*
- d) las empresas, entidades o sociedades que intervengan por cualquier título en dichas operaciones y*
- e) las asociaciones administrativas que se constituyan de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, en su defecto, por el artículo siguiente.*

*5. Todos los sujetos referidos en el apartado anterior, podrán, de acuerdo con su propia naturaleza:*

- a) Actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento del deber de conservación, así como con la participación en la ejecución de actuaciones de rehabilitación y en las de regeneración y renovación urbanas que correspondan. A tal efecto podrán elaborar,*

*por propia iniciativa o por encargo del responsable de la gestión de la actuación de que se trate, los correspondientes planes o proyectos de gestión correspondientes a la actuación.*

*b) Constituirse en asociaciones administrativas para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras correspondientes, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquellas, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos.*

*c) Asumir, por sí mismos o en asociación con otros sujetos, públicos o privados, intervinientes, la gestión de las obras.*

*d) Constituir un fondo de conservación y de rehabilitación, que se nutrirá con aportaciones específicas de los propietarios a tal fin y con el que podrán cubrirse impagos de las cuotas de contribución a las obras correspondientes.*

*e) Ser beneficiarios directos de cualesquiera medidas de fomento establecidas por los poderes públicos, así como perceptoras y gestoras de las ayudas otorgadas a los propietarios de fincas.*

*f) Otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo.*

*g) Ser beneficiarios de la expropiación de aquellas partes de pisos o locales de edificios, destinados predominantemente a uso de vivienda y constituidos en régimen de propiedad horizontal, que sean indispensables para instalar los servicios comunes que haya previsto la Administración en planes, delimitación de ámbitos y órdenes de ejecución, por resultar inviable, técnica o económicamente cualquier otra solución y siempre que quede garantizado el respeto de la superficie mínima y los estándares exigidos para locales, viviendas y espacios comunes de los edificios.*

*h) Solicitar créditos con el objeto de obtener financiación para las obras de conservación y las actuaciones reguladas por esta Ley.*

*6. La participación en la ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano se producirá, siempre que sea posible, en un régimen de equidistribución de cargas y beneficios.*

*7. Tanto los propietarios, en los casos de reconocimiento de la iniciativa privada para la transformación urbanística o la actuación edificatoria*

*del ámbito de que se trate, como los particulares, sean o no propietarios, en los casos de iniciativa pública en los que se haya adjudicado formalmente la participación privada, podrán redactar y presentar a tramitación los instrumentos de ordenación y gestión precisos, según la legislación aplicable. A tal efecto, previa autorización de la Administración urbanística competente, tendrán derecho a que se les faciliten, por parte de los organismos públicos, cuantos elementos informativos precisen para llevar a cabo su redacción, y a efectuar en fincas particulares las ocupaciones necesarias para la redacción del instrumento con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa.*

**8. Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente, en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho.**

[...]

**Artículo 27. Transmisión de fincas y deberes urbanísticos.**

**1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por este asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.**

**2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:**

**a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.**

**b) Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 7.**

**3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil.**

**4. Con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, los notarios podrán solicitar de la**

*Administración Pública competente información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas. Los notarios remitirán a la Administración competente, para su debido conocimiento, copia simple en papel o en soporte digital de las escrituras para las que hubieran solicitado y obtenido información urbanística, dentro de los diez días siguientes a su otorgamiento. Esta copia no devengará arancel.*

*5. En los títulos por los que se transmitan terrenos a la Administración deberá especificarse, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, el carácter demanial o patrimonial de los bienes y, en su caso, su incorporación al patrimonio público de suelo.*

En su **consideración, todo conduce a pensar que no se establece una regulación sistemática, ni mucho menos precisa, de los convenios urbanísticos** en cuanto tales.

Tampoco se llega a detectar que, más allá de los **convenios urbanísticos en materia de planeamiento urbanístico y en materia de gestión urbanística**, se haya tratado de abordar una regulación de las complejas materias que acceden a los convenios urbanísticos.

Es más, tampoco se aborda con la más escrupulosa claridad qué es lo que ocurre con los **convenios urbanísticos de planeamiento urbanístico y de gestión urbanística que no se acomoden a las disposiciones relacionadas**.

Parece que lo que se ha tratado de establecer, para algunos convenios de planeamiento y de gestión urbanística, es una **garantía procedimental en el trámite** de los convenios urbanísticos que se señalan –información pública– **y una garantía procedimental, una vez adoptados** –su publicidad–.

En todo caso, de la misma forma procede relacionar que **para el sucinto régimen establecido de fondo se prescribe lo siguiente:**

- En cuanto a **su naturaleza**, la de los convenios urbanísticos es jurídico-administrativa, y las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- En cuanto a **la normativa aplicable**, los convenios urbanísticos se rigen por la normativa aplicable en el momento de su aprobación. Lo que, desde luego, no les hace inmunes a la nueva legislación o normativa futura.
- **Subjetivamente**, los convenios urbanísticos solo obligan a las partes que los han firmado desde su aprobación, y no condicionan el ejercicio de las competencias urbanísticas.

- **Objetivamente**, no pueden comportar a las personas propietarias obligaciones, prestaciones o cargas adicionales o más costosas que las establecidas por la legislación aplicable, al punto que la cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho.
- No obstante lo anterior, **en caso de transmisión de fincas por cualquier causa o título**, la nueva persona titular se subroga en los derechos y deberes urbanísticos de los propietarios o propietarias anteriores, y también en los compromisos que estos hubiesen acordado con la Administración urbanística si han sido objeto de inscripción en el Registro de la propiedad, o bien de publicidad, por razón de la aprobación de un convenio o por formar parte de un instrumento de planeamiento o gestión urbanística, siguiendo los términos de la reglamentación autonómica de Cataluña o subrogación que alcanza a las obligaciones asumidas por el anterior propietario frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real en los términos de la legislación estatal ya citada.

En cambio, pero más allá de eso, **han quedado fuera de regulación específica otros supuestos y otros contenidos.**

## 6

### Los convenios urbanísticos atípicos

Pues bien, tratando de ofrecer una definición, a modo de aproximación conceptual y sin mayores pretensiones, de los **convenios urbanísticos atípicos**, útil y en la forma que se seguirá desarrollando, podría decirse que estos **son acuerdos de voluntades, bilaterales o multilaterales, cuando menos entre una Administración competente en materia de los mismos y un particular, en su caso, con otros sujetos, en virtud de los cuales se trata de conseguir un objetivo o finalidad urbanística, y sin perjuicio de otros objetivos o finalidades no necesariamente urbanísticas.**

Ya en este punto procede advertir el singular riesgo en que se incurre cuando se dirige la actividad a esa atipicidad, cuando, ya de entrada, con ello, desde luego, y por más flexibilidad que se sostenga en sede de procedimiento –para la información pública o la debida publicidad–, no se alcanza la bondad o procedencia de evitar el régimen de fondo a que se ha hecho referencia.

Y es que a las presentes alturas se ha ido sentando la apreciación, que puede ser francamente útil, de distinguir lo que son **los convenios urbanís-**

**tics de resultado** de lo que son los meros **convenios urbanísticos de actividad**.

Es decir, con los primeros se trataba en su momento de garantizar por una Administración un resultado concreto, urbanística e inclusive económicamente, haciéndose responsable en definitiva esa Administración de la falta de cumplimiento de ese resultado, en los términos establecidos en el correspondiente convenio urbanístico.

En cambio, con los segundos, la Administración solo se obligaba a desarrollar una actividad de tramitación, impulso, informes y otras, para que en su caso se pudiese lograr ese resultado concreto, urbanística e inclusive económicamente, pero sin asegurar el mismo, y por tanto no haciéndose responsable de la falta de cumplimiento de ese resultado en los términos establecidos en el correspondiente convenio urbanístico.

Como resulta con notoriedad de los pronunciamientos jurisdiccionales al respecto, el objeto para cada uno de esos supuestos es nítidamente diferenciado, como igualmente lo es el alcance de la responsabilidad que se puede asumir con cada uno de ellos, y quizá solo procede añadir que los primeros se hallan en franca y decidida decadencia, y su lugar se ha ocupado por los segundos, a no dudarlo, cuando subjetivamente una Administración local que se halla en el convenio no tiene a su disposición la aprobación definitiva de la correspondiente figura urbanística, y no acepta hacerse responsable de un resultado que pende de la Administración autonómica o de otra Administración que dispone de informes vinculantes, o cuando objetivamente la final actuación de una potestad administrativa urbanística pende o depende del ejercicio de otras competencias o potestades de otro ordenamiento sectorial que constriñe el ejercicio de las potestades urbanísticas, y corresponde a un órgano o Administración que no se halla en la actuación de convención urbanística.

## 7

### **La unidad o pluralidad de los negocios jurídicos públicos y privados urbanísticos**

**La evolución de los convenios urbanísticos** es patente y hasta inaprehensible, al obedecer a los supuestos concretos en los que se presenta, pero en este punto se debe hacer especial referencia a que, junto a los **casos en que solo concurre un documento suscrito por las partes**, denominado o no convenio urbanístico, pero en el que se trata de involucrar el ejercicio de las potestades urbanísticas –inclusive son otras de diferenciada naturaleza–, pues bien, de la misma forma se dan **casos en que concurren una pluralidad de docu-**

**mentos de la misma naturaleza, objetivos y finalidades, suscritos por las mismas partes, o por algunas partes en unos y otras en otros.**

Con ello se quiere llamar la atención sobre la complejidad en que se puede incurrir para el logro de los fines y objetivos queridos por las partes, y la difícil localización de todos esos documentos o negocios jurídicos por terceros, en su caso, para su impugnación, cuando, a poco que se detenga la atención, bien se puede comprender que la integridad de lo querido solo puede resultar del descubrimiento del contenido de todos ellos.

Problemática que **se debe destacar cuando esa pluralidad, igualmente, alcanza a negocios jurídicos suscritos entre privados ajenos al derecho público, en su caso urbanístico, e interesadamente buscados como extraños al enjuiciamiento ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para ubicarlos en el enjuiciamiento ante la Jurisdicción Civil.** Temática la expuesta que puede sintetizarse en toda aquella serie de casos que en los negocios de derecho urbanístico solo se constituyen cuando menos con una Administración y otros sujetos privados, pero con estipulaciones a favor o/y a cargo de tercero, que pueden diluir y hasta apartar los intereses públicos para centrarlos tan solo en los intereses privados que se operan con esos negocios subsiguientes, dejando de lado la Administración o/y los intereses públicos para sustituirlos solo en el perímetro y atmósfera de los simples intereses privados.

## 8

### **La superación del convenio urbanístico y su deriva a los convenios de naturaleza territorial y medioambiental**

En sintonía con lo que se ha ido razonando, sí se observa que para conseguir una resultancia final urbanística que pende y depende, no es libre sino constreñida, por lo normado por otros ordenamientos sectoriales –así como se ha destacado especialmente para la materia territorial, que debe sujetarse al principio de coherencia, para la materia de los espacios de interés natural, para la protección, gestión y ordenación del paisaje, y en general en materia medioambiental–, ya no resulta sorprendente que esas temáticas hayan dejado de ser episódicas, eventuales u ocasionales, sino que empezaron, siguen siendo y han pasado a ser temática central y hasta estructural de lo que se trata de convenir.

Dicho en forma sintética, anteriormente, en gran pluralidad de convenios urbanísticos, su objeto se desplegaba no solo en materia de planeamiento urbanístico, gestión urbanística e intervención administrativa urbanística para

finalmente asegurar la obtención de una titulación habilitante urbanística de lo querido –sin perjuicio de otras finalidades–, y en esos casos se pasaba a incorporar igualmente el aseguramiento, en su momento, de la licencia de actividades clasificadas, y posteriormente de la titulación habilitante medioambiental de rigor.

Pues bien, a las presentes alturas no puede desconocerse que si se trata de asegurar un concreto resultado urbanístico resulta manifiestamente de interés atender no solo a la evaluación ambiental estratégica de planes y programas –territoriales, urbanísticos o de otra naturaleza–, sino también a la modificación de los planeamientos que deben prevalecer sobre los urbanísticos, y tomando en cuenta la componente ambiental de todo ello hasta, si así se prefiere, la evaluación en sede de declaración de impacto ambiental que proceda, y con la concurrencia de los informes positivos necesarios para la realización de las correspondientes obras y la habilitación para las correspondientes actividades.

Todo ello se señala para mostrar que **quizá ya cabe hablar de que se está desbordando ostensiblemente lo que se ha llamado el convenio urbanístico, para mostrar una nueva entidad sustantiva por su objeto, habida cuenta de su alcance superior a partir de todas esas materias sectoriales.**

## 9

### La naturaleza de los convenios urbanísticos

En una primera aproximación, bien parece que procede **descartar su naturaleza extracontractual** y el sometimiento a su régimen.

Demasiado genérica parece ser su consideración desde la única perspectiva de **la naturaleza contractual general**, en el halo del principio de *pacta sunt servanda*.

Más específica es su consideración como de **naturaleza contractual general, pero de derecho público**, si bien con relevantes y trascendentes derivas a lo que pudiera entenderse como materia propia y exclusiva, y en general a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –baste la cita, por todos, de lo establecido en sus artículos 2 para su ámbito de aplicación, 107 para las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, 128 para el estudio de viabilidad, y demás preceptos concordantes–.

Y es que quizá la mejor tendencia es la que va entendiendo que por sus características, objeto y finalidades nos debemos hallar ante una **naturaleza**

**negocial o contractual que, cuando menos, se dirige a incidir en el ejercicio de las potestades urbanísticas que en su ordenación se han establecido por el derecho urbanístico**, al punto que innegablemente tiene su acomodo y verdadero sentido precisamente en esa legislación urbanística, con sus principios, y sin perjuicio de alcanzar a otros ordenamientos sectoriales y otras materias.

## 10

### Los elementos personales, reales y formales de los convenios urbanísticos atípicos

Puestos a destacar el tan **proliferado ámbito de convenios urbanísticos atípicos** que acceden a la jurisdicción contencioso-administrativa con fundamento en su patología jurídica, se considera oportuno seguir el apoyo que representa abordar sus elementos personales, reales, formales, así como sus elementos accidentales y algunas precisiones en materia procedimental.

En relación con sus **elementos personales**, debe reconocerse que la mayoría de los convenios urbanísticos que acceden al enjuiciamiento jurisdiccional se hallan suscritos, bien por entes locales con sujetos privados, bien por la Administración autonómica con sujetos privados. Trasciende en su relevancia y obviedad la constatación de que, al estar en liza las competencias urbanísticas, además de los sujetos privados se hallan involucradas bien la Administración local bien la Administración autonómica.

También existen, como resulta notorio, convenios bilaterales entre las Administraciones locales y autonómicas, o entre otras Administraciones, en el ejercicio de potestades administrativas sectoriales que en su caso se vehiculizan por la vía de informes preceptivos y vinculantes.

Pero es que no cabe desconocer tampoco la proliferada realidad existente en sede de convenios plurilaterales o multilaterales suscritos entre la/s Administración/ones y otras entidades con competencia urbanística, y gran variedad de sujetos.

En este punto pueden destacarse y concretarse los siguientes supuestos:

**Convenios bilaterales** a destacar:

- Convenios urbanísticos suscritos por la alcaldía de un ayuntamiento y un sujeto privado, condicionados suspensivamente a su ratificación por el pleno del ayuntamiento posteriormente.
- Convenios urbanísticos suscritos por la Administración autonómica y un sujeto privado.

- Convenios urbanísticos suscritos por un ente local y la Administración autonómica.

**Convenios multilaterales** a resaltar:

- Convenios urbanísticos suscritos entre la Administración local, la Administración autonómica y un sujeto o varios sujetos privados.
- Convenios urbanísticos suscritos entre la Administración local, la Administración autonómica, otras entidades públicas urbanísticas con competencia en materia de gestión urbanística o no, y/o otras entidades u organismos públicos y/o un sujeto o varios sujetos privados.
- Inclusive de la misma manera es fácil detectar que en diversos convenios urbanísticos, desde el punto de vista objetivo, se establecen buen número de supuestos a considerar en su caso por la vía de las estipulaciones en favor de tercero y estipulaciones a cargo de tercero.

Pasando a los **elementos reales** de los convenios urbanísticos, como la práctica demuestra, vuelve a ser necesario destacar que es limitada y fragmentaria la apreciación de que solo procede la contemplación de los convenios urbanísticos desde la perspectiva del planeamiento urbanístico y de la gestión urbanística.

La conflictividad jurisdiccional contencioso-administrativa va dando tan buena muestra de la **acentuada proliferación de objetos y contenidos de los convenios urbanísticos, que solo cabe reiterar que el ámbito de la convención no únicamente penetra en todas las perspectivas y vertientes del ordenamiento jurídico urbanístico, sino que, desbordando ese ámbito, alcanza otros ámbitos sectoriales** de interés para las partes, **si bien, a nuestros efectos, la trascendencia y relevancia urbanística que en los mismos se contiene es radical y sustancialmente esencial.**

Así, merecen ser destacados, entre otros, los siguientes supuestos:

**En materia urbanística:**

- En el ámbito del planeamiento urbanístico.
- En el ámbito de la gestión urbanística.
- En el ámbito de la protección de la legalidad urbanística.
- En el ámbito del derecho sancionador urbanístico.
- En el ámbito de la intervención administrativa en materia urbanística.

**En otras materias sectoriales:**

- En materia medioambiental en su órbita propia.
- En materia medioambiental en la órbita conectada con la materia territorial, urbanística u otra sectorial.
- En materia territorial, del paisaje, de espacios naturales, de vivienda, de movilidad u otras sectoriales.

- En materia de licencias o autorizaciones o titulaciones habilitantes no urbanísticas.
- En materia de obras públicas.
- En materia de contratación administrativa.
- En materia tributaria.
- En materia de subvenciones y ayudas para los particulares o/y para las Administraciones.
- En materia de régimen presupuestario.
- En materia de medidas sociales.
- En materia de régimen de bienes públicos y privados.
- En materia de responsabilidad patrimonial.
- En materia de régimen de recursos administrativos, inclusive de terceros.
- En materia de impugnaciones jurisdiccionales contencioso-administrativas.

En cuanto a sus **elementos formales**, los convenios urbanísticos aparecen caracterizados por una libertad de forma acentuada, y a estos efectos procede distinguir los siguientes casos:

- Ineludiblemente debe sentarse que jurisprudencialmente **no se admiten convenios urbanísticos verbales**. Ciertamente, y cuando menos por elementales cautelas de seguridad jurídica, por más relación en su régimen jurídico que se defienda, cuando está en trance el ejercicio de potestades administrativas tan relevantes son como las que se han ido relacionando, no se acepta la existencia de convenios urbanísticos verbales.
- Son muy frecuentes los convenios urbanísticos suscritos, como se ha expuesto, por la Administración o las Administraciones o entes u órganos públicos con sujetos privados.
- Inclusive son igualmente de constante aparición convenios urbanísticos otorgados en escritura pública notarial, a la mayor seguridad, para operaciones jurídicas con acceso al registro de la propiedad.

En todo caso resulta patente la **relajación de los trámites procedimentales** a los que se trata de atender para los convenios urbanísticos, en el sentido de que, si se detiene la atención en el expediente administrativo que se remite a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, normalmente no constan informes técnicos ni jurídicos, y si constan o concurre la intervención de fedatarios de la Administración bien parece que se trata de arropar y hasta resguardar una voluntad de quien los suscribe, en una relación más apegada a los intereses de las partes suscribientes que a la mayor órbita de los inalienables intereses jurídico-públicos urbanísticos o los sectoriales de su razón.

## 11

### **Los elementos accidentales del convenio urbanístico atípico. La ausencia de previsión de garantías de su cumplimiento y de las consecuencias de su incumplimiento**

Como **elementos accidentales** del negocio jurídico que se realiza, interesa destacar que es francamente común y habitual el establecimiento de **condiciones suspensivas y resolutorias**, como igualmente de **términos suspensivos y resolutorios**, tanto en favor de unos intereses públicos como de unos intereses privados –así, se condiciona la perfección del convenio urbanístico suscrito por una alcaldía de un ayuntamiento a su ratificación por el pleno del mismo; se establece una fecha en la que debe haber entrado en vigor una figura de planeamiento futura y debe haberse notificado la concesión de una licencia urbanística, puesto que, caso contrario, el convenio urbanístico dejará de producir efectos o producirá aquellos que se prevén, entre otros supuestos–.

Especialmente hay que hacer referencia a que **solo de forma extraordinaria y excepcional se muestran convenios urbanísticos en los que, precisa y puntualmente, se abordan temáticas tan sensibles como la de establecer garantías de cumplimiento o bien responsabilidad de ese caso de incumplimiento.**

Dicho de otra manera, a diferencia de la materia negocial privada en que tan habitualmente y de ordinario se prevén garantías de cumplimiento o se establecen reglas específicas para caso de incumplimiento, total o parcial, resulta hasta paradójico que, cuando menos ante la importancia económica de cualquier convenio urbanístico, no se atiende debidamente a esas perspectivas, y, así, se abandone el caso al ejercicio de acciones por cumplimiento del convenio o por incumplimiento del mismo, con unas indemnizaciones por daños y perjuicios que jurisdiccionalmente nunca bajan de millones de euros, con lo que ello representa.

## 12

### **El reconocimiento jurisdiccional de los convenios urbanísticos atípicos**

Con todo ello, y expuesto lo anterior, debe irse significando la poco sospechosa doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa en materia de **reconocimiento jurisdiccional contencioso-administrativo de los convenios urbanísticos atípicos.**

Y ello es así ya que, en un apresurado examen sobre la materia, siempre podrían estar latentes posibles calificaciones de inexistencia o de nulidad, basamentadas en términos y calificaciones jurídicas tales como la falta de competencia de las Administraciones suscribientes para poder lograr y obtener los resultados que se interesan, como la falta total y absoluta del procedimiento administrativo a seguir desde la perspectiva urbanística o de contratación pública, como que tienen un objeto imposible, o adolecen de falta de causa o con causa ilícita, entre otros tantos supuestos análogos.

No puede negarse que **la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa ha sido –y sigue siendo– particularmente sensible a admitir jurídicamente los convenios urbanísticos atípicos, siempre con las adecuadas cautelas, desde luego, para con el ejercicio de las potestades de rigor, y sin olvidar, no obstante, la tan acentuada necesidad de anular o de declarar nulos aquellos convenios urbanísticos contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico que el mismo no permite.**

### 13

#### **El convenio urbanístico en sí y los instrumentos jurídicos que deben operarse en su desarrollo**

Efectivamente debe distinguirse que una **cosa es el convenio urbanístico en sí y otra cosa son los instrumentos jurídicos, en su caso, urbanísticos que deben operarse en su desarrollo** –así, las figuras de planeamiento urbanístico, las figuras de gestión urbanística, las licencias urbanísticas o de otro orden, etc.–.

Centrando el análisis en sí en el **convenio urbanístico**, debe señalarse **que no se considera el mismo como una mera declaración de intenciones, o programática, o política, u otros supuestos similares carentes en todo caso de efectos jurídicos**, al extremo de constituirse como meros actos inimpugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que todo lo más serían considerados como actos de trámite.

También es frecuente en vía contencioso-administrativa hacer valer, por parte de las Administraciones Públicas, que los convenios urbanísticos no son sino **convenios meramente privados sometidos al ordenamiento civil, y así se trata de cuestionar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa** en su análisis, para relegar su examen, con las demoras que ello supone, planteando en su caso una posible vía de peregrinaje de jurisdicciones, a la jurisdicción ordinaria civil. Tampoco se considera acer-

tado ese posicionamiento, cuando menos desde la óptica de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Efectivamente, la tesis jurisprudencial contencioso-administrativa que se considera más acertada es la que califica los convenios urbanísticos como **efectivos e innegables contratos administrativos o negocios jurídicos de derecho urbanístico, habida cuenta de su finalidad innegable de incidir en el ejercicio de potestades administrativas, en definitiva, tratando de incidir, claro está, en finalidades públicas urbanísticas.**

Ahora bien, sentado lo anterior, lógico es reconocer que en modo alguno se ajustan a los estrictos términos del derecho urbanístico ni del derecho contractual de las Administraciones Públicas, lo que plantea o puede plantear ciertas dudas sobre algunos extremos de su naturaleza jurídica. No obstante, **la doctrina mejor sentada va centrando el análisis de los convenios urbanísticos en sede del derecho urbanístico**, y no necesariamente en el derecho contractual de las Administraciones Públicas.

Como se ha expuesto anteriormente, las características de los convenios urbanísticos atípicos exigen reconocer que no se ajustan ni amoldan al régimen propio de los convenios urbanísticos típicos, ni tampoco a los estrictos términos de las figuras contractuales expresa y expresivamente previstas en los cauces del derecho contractual de las Administraciones Públicas.

Se ha dicho con anterioridad y procede reiterar que, pese a ello, la doctrina jurisprudencial reconoce los convenios urbanísticos atípicos habida cuenta de su funcionalidad, especialmente en cuanto facilitan o bien tratan de facilitar objetivos y finalidades urbanísticos acordes con el ordenamiento jurídico urbanístico; por ello, **el peso decisivo de esos convenios urbanísticos debe recaer especialmente en el ámbito urbanístico**, e innegablemente, por tanto, en el derecho público urbanístico, siendo siempre enjuiciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No resulta ocioso añadir a este respecto la tan frecuente aceptación de normas de reparto ante ese orden jurisdiccional que reconoce la competencia a los órganos jurisdiccionales competentes por razón de urbanismo.

**Si de los convenios urbanísticos pasamos a los instrumentos en su caso urbanísticos de desarrollo de los mismos, no debe existir ningún inconveniente en aceptar que nos vamos a ir encontrando bien con instrumentos de planeamiento urbanístico, bien con instrumentos de gestión urbanística del más variado género, bien con otros supuestos cuya naturaleza obedece a su específica generación.**

No está de más tampoco insistir a este respecto en que, si se desborda la órbita del ordenamiento jurídico urbanístico para penetrar en otros ordenamientos, la sustancial relevancia de los instrumentos jurídico-urbanísticos y

la de los que se añaden es la que preside y debe destacarse, ya que –no dudarlo– se halla en liza. Y ello es así de tal suerte que sin ese contenido el resto de su contenido no tiene sentido.

Con todo ello, procede advertir lo siguiente:

- De un lado, tan impugnables son en sí los convenios urbanísticos estrictamente considerados sometidos a su concreto régimen jurídico como los instrumentos jurídicos, en su caso, urbanísticos que deben operarse en su desarrollo, a su vez sometidos a su régimen jurídico, que no debe confundirse con el de los meros convenios urbanísticos.
- Y, de otro lado, todo conduce a pensar que, a salvo excepciones cualificadas por lo pactado, lo verdaderamente querido es el conjunto integral de lo pactado, sea de la naturaleza que sea, al punto que la teoría de las nulidades parciales no cabe apreciarla como de posible aplicación en todo caso. Se quiere el todo integral –así incluida la materia fiscal o de fomento, etc.–, y si se excluye cualquier materia que se entiende como innegablemente sustancial no se quiere la parte restante, que resulta trascendentemente desvirtuada.

## 14

### Límites en los convenios urbanísticos

Siguiendo la mejor doctrina, y tratando de resumir y formular una serie de líneas que pueden facilitar el análisis de los convenios urbanísticos cuando se hallan en sede de enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, interesa señalar las siguientes:

**1.- Límites legales** fundados en la sustancial prevalencia del principio de legalidad y del principio de coherencia o/y de jerarquía normativa, de tal suerte que a los convenios urbanísticos debe estarles vedada cualquier disposición contraria a preceptos imperativos.

A ese respecto, puestos a destacar algunos supuestos depurados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, deben señalarse los siguientes:

#### **En sede de planeamiento urbanístico:**

- Improcedencia de disponer de la potestad de planeamiento, así en favor de terceros sin competencia.
- Improcedencia de tratar de vulnerar las determinaciones materiales de ordenación consistentes en estándares urbanísticos.
- Improcedencia de vulnerar el principio de equidistribución o el de participación en las plusvalías, en planeamiento urbanístico.

#### **En sede de gestión urbanística:**

- Improcedencia de previsiones de delimitaciones de unidades de actuación o de polígonos *ad hoc* o a finca única.
- No procedencia en la previsión de determinaciones de gestión urbanística que puedan poner en cuestión el principio de justa distribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento y de su ejecución.
- No procedencia de todos aquellos supuestos que traten de desvirtuar el régimen de las cesiones obligatorias y gratuitas, con especial mención de tratar de incidir improcedentemente en las cesiones legales o de tratar de excluir el régimen de obligaciones o cargas urbanísticas, bien para la Administración bien para particulares.

**En sede de intervención administrativa urbanística:**

- Improcedencia de todos aquellos supuestos que traten de desvirtuar el principio de otorgamiento reglado de las licencias u otras titulaciones habilitantes.
- Improcedencia también de tratar de atentar al régimen jurídico específico de determinados tipos de licencias, posibilitando obras o usos disconformes con las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico urbanístico –así especialmente en los regímenes de fuera de ordenación o volumen disconforme, en los regímenes de usos u obras de carácter provisional, en las tan sentidas licencias en suelos no urbanizables, etc.–.

**Y en sede de otros ordenamientos sectoriales:**

- Improcedencia de vulnerar disposiciones de rigurosa observancia de derecho comunitario, estatal o autonómico.
- Improcedencia de tratar de vulnerar regímenes jurídicos medioambientales de rigurosa observancia, inclusive tratando de dulcificar normas procedimentales de necesaria concurrencia.
- Improcedencia de vulnerar el principio de coherencia con el planeamiento territorial.
- Improcedencia de tratar de vulnerar el régimen jurídico establecido en materia de aprobación y contratación administrativa de obras.
- Improcedencia, en especial, de tratar de vulnerar principios tan sentidos como los de licitación pública, pública concurrencia, audiencia pública, etc.
- Improcedencia de todos aquellos supuestos en materia tributaria que tengan su mirada puesta en conseguir exenciones, condonaciones o bonificaciones improcedentes.

**2.- Límites derivados del planeamiento urbanístico**, en cuanto de lo que se trata es de evitar que por la vía de un convenio urbanístico se pueda

alterar, precarizar, obstaculizar o negar la coherencia y razonabilidad que en todo caso debe existir entre el planeamiento y ordenación urbanísticos y, en su caso, un convenio urbanístico.

Ya de entrada en este punto procede destacar, como es sabido, que es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que insiste incesantemente en mantener que la potestad discrecional de planeamiento urbanístico no puede quedar en forma alguna condicionada por lo pactado en un convenio urbanístico. Tampoco que la interpretación del planeamiento urbanístico deba hacerse ceñida a la del convenio urbanístico que corresponda.

Es más, si de lo que se trata es de abordar en un convenio urbanístico alguna previsión en materia de planeamiento urbanístico, debe resaltarse que en forma alguna puede el mismo alterar improcedentemente los hechos determinantes, ni puede sujetar la elección calificadora más allá de lo que determinen los principios generales del derecho.

Desde esa perspectiva, bien se puede comprender que un convenio urbanístico que tenga su mirada puesta ante una modificación o revisión de un planeamiento general en forma alguna puede poner en cuestión la coherencia y razonabilidad del total instrumento de planeamiento urbanístico general. Y si la mirada se dirige a una figura de planeamiento urbanístico no general, tampoco pueden las previsiones del convenio urbanístico poner en cuestión, por esa vía, el principio de jerarquía normativa predicable respecto al planeamiento urbanístico de superior jerarquía.

**3.- Límites teleológicos** efectivamente dirigidos a mantener la ineludible dirección de la actuación urbanística que se persigue a los intereses públicos con interdicción de la arbitrariedad de las Administraciones Públicas.

Evidentemente, cualquier veleidad en orden a que se trate de renunciar a derechos y potestades administrativas de la Administración Pública competente en materia de urbanismo encuentra adecuada respuesta en ese límite.

Pero es que, especialmente en materia urbanística, ese límite igualmente despliega efectos en materia del régimen general de la desviación de poder –artículo 70.2, párrafo 2, LJCA–, como igualmente en el régimen de nulidad de pleno derecho de las reservas de dispensación –artículo 11 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña–.

**4.- Límites estructurales** en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa. En este punto no se deben ocultar las grandes cautelas que presiden buen número de convenios urbanísticos, cuyo riesgo está en tratar de desvirtuar el contenido de pronunciamientos jurisdiccionales contencioso-administrativos, bien sea firmes, bien sea ante la expectativa de que finalmente puedan llegar a ser firmes.

En esa tesitura bien se puede comprender el tan acentuado riesgo en el que se incurre, ya que ese supuesto está especialmente previsto con la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho, con lo que supone desde el punto de vista material, y además desde el punto de vista procesal en la vía, si es que procede, del incidente de ejecución de sentencia previsto en el artículo 103. 4 y 5 LJCA para los casos en que se trate de eludir el cumplimiento de las sentencias.

## 15

### **Efectos jurídicos de los convenios urbanísticos: efectos internos y efectos externos**

Para examinar la trascendencia de los convenios urbanísticos interesa distinguir sus efectos internos de sus efectos externos.

**De por sí y en sí resulta evidente que los convenios urbanísticos tan solo pueden producir efectos entre las partes que los suscriben y, en principio, en forma alguna los pueden producir con terceros.**

**Y como se ha expuesto**, no obstante lo anterior, **en caso de transmisión de fincas por cualquier causa o título**, la nueva persona titular se subroga en los derechos y deberes urbanísticos de los propietarios o propietarias anteriores, y también en los compromisos que estos hubiesen acordado con la Administración urbanística si han sido objeto de inscripción en el Registro de la propiedad o bien de publicidad por razón de la aprobación de un convenio o por formar parte de un instrumento de planeamiento o gestión urbanística, siguiendo los términos de la reglamentación autonómica de Cataluña (sic) –artículo 27 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo–; subrogación que alcanza a las obligaciones asumidas por el anterior propietario frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real, en los términos de la legislación estatal ya citada (sic) –artículo 27 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana–.

Se dice en principio ya que, como se ha expuesto con anterioridad, buen número de convenios urbanísticos se conciertan con determinadas **prescripciones o compromisos en favor o a cargo de terceros**, y en esos casos, si se cuenta con la aceptación del tercero, nada habría que objetar a la producción de efectos en ese tercero en aplicación del régimen general común.

En todo caso, esos efectos internos se van a producir no necesariamente en razón a los efectos queridos por las partes, sino tan solo en la medida en que los permita el ordenamiento jurídico urbanístico. Dicho en otras palabras, deberá estarse a los límites anteriormente expuestos y, en definitiva, a la preceptiva observancia del régimen jurídico urbanístico de rigor. Todo ello a patentizar en las vías de desarrollo del convenio urbanístico y en atención a los ámbitos elegidos en el mismo.

Por lo que se refiere **a los efectos externos del convenio urbanístico, vuelve a ser necesario destacar que una cosa es el convenio urbanístico y otra cosa son los instrumentos de desarrollo para tratar de llevarlo a buen fin.**

Es en esa perspectiva donde se hace necesario notar que habrá que estar al régimen jurídico resultante de cada uno de los instrumentos de desarrollo, de tal suerte que a efectos impugnatorios interesa no olvidar tanto la impugnación del convenio urbanístico en sí como la impugnación de los instrumentos de desarrollo del mismo.

**Y así, procede reiterar que cabe perfectamente impugnar el convenio urbanístico en sí** y en las determinaciones que se ha tenido a bien suscribir.

Igualmente **cabe la impugnación de los instrumentos de desarrollo del mismo** en aplicación de las reglas generales correspondientes, y especialmente cuando nos hallemos ante figuras de planeamiento urbanístico habrá que estar a su naturaleza de disposiciones generales.

Ahora bien, en este punto debe reconocerse que **no cabe la impugnación indirecta del convenio urbanístico**, ya que, como es conocido, el convenio urbanístico no alcanza la naturaleza de disposición general reglamentaria susceptible de ello.

## 16

### **La modificación de los convenios urbanísticos. En especial, la novación modificativa y la novación extintiva de los mismos**

El discurso temporal que va desde la suscripción de un convenio urbanístico hasta el agotamiento de los instrumentos jurídicos que deben operarse en su desarrollo viene siendo acentuado, sobre todo si tienen en cuenta el factor temporal y el/los procedimiento/s a que sujetar esos instrumentos de desarrollo.

Como la tozuda realidad va dispensando modificaciones legales y reglamentarias del más variado orden y de relevancia sustancial, inclusive en más de una ocasión en cada año de ese discurso, no cabe sorprenderse de una

nutrida actividad de modificación de lo convenido por parte de aquellos que ya en su momento tenían y mantenían viva la atmósfera convencional.

Nada que objetar a ese interés modificador si de lo que se trata es de alcanzar el debido interés público y de certeza en las relaciones jurídicas, apartando de toda consideración discusiones, las más de las veces estériles, cuando el ordenamiento ha mutado hacia un nuevo régimen que resulta inexorable tener en cuenta y aplicar.

Pero, en este punto, vuelve a ser necesario destacar la veleidad en que se incurre cuando la realidad solo muestra una secuencia de nuevos convenios urbanísticos sin la debida motivación al respecto, en los que, técnicamente, en forma alguna se precisa ni se concreta si nos hallamos ante una figura de extinción del convenio anterior, que se sustituye por uno nuevo –novación extintiva–, o de simple modificación de determinados particulares, con mantenimiento de lo convenido anteriormente –mera novación modificativa–.

Se trae a colación esa veleidad ya que, como tantas veces se reconoce, “el pleito está servido” habida cuenta de que, para los discursos temporales en liza –que discurren a veces en varios años–, no va a ser lo mismo el examen del cumplimiento o del incumplimiento en la medida en que las obligaciones pendan o dependan del primer convenio o del último, en razón a su contenido respectivo, a tal punto que, si se trata de descubrir la verdadera intención de las partes, la temática aparezca notablemente complicada, al poder concurrir que por alguna parte se sostenga, ni más ni menos, el cumplimiento de todos los convenios que se entienden existentes y vigentes desde el primero, o el incumplimiento de todos ellos con sus consecuencias jurídicas, y, por el contrario, la/s otra/s parte/s interesen solo el cumplimiento o el incumplimiento del último, igualmente con sus consecuencias jurídicas.

## 17

### **Cumplimiento voluntario e incumplimiento de los convenios urbanísticos**

Desde la óptica de la conflictividad que accede a la jurisdicción contencioso-administrativa, debe sentarse que, si los convenios urbanísticos se cumplen, especialmente dando lugar a los instrumentos jurídicos correspondientes, y todo ello es pacífico, ya que nada se impugna, ningún elemento trascendente procede destacar.

Ahora bien, ante la posibilidad y efectiva realidad de un cumplimiento no ajustado a lo convenido, o ante un incumplimiento de las determinaciones y convenciones de un convenio urbanístico, una primera constatación pro-

cede destacar. Resulta notable, como ya se ha dicho, la falta de previsión de garantías previstas en el convenio urbanístico para asegurar su cumplimiento, y además es igualmente destacable la falta de previsión de las consecuencias jurídicas que las partes pacten respecto al incumplimiento del convenio urbanístico.

Y se destaca esa doble perspectiva en un doble orden de consideraciones. En primer lugar, ya se ha dicho que no resulta ocioso destacar que puede llegar a sorprender que ante materias cuantitativa y cualitativamente mucho más ambiciosas que un negocio jurídico de derecho privado, de importe económico francamente menor, no se prevean las más mínimas y elementales garantías personales o reales de cumplimiento; inclusive, si así se prefiere, lo mismo cabe afirmar en materia de consecuencias jurídicas caso de incumplimiento del convenio urbanístico. Pero es que ello es singularmente relevante en la medida en que, como se irá viendo, va a precarizar y complicar innecesariamente la conflictividad en materia de cumplimiento *in natura* o por sustitución de lo pactado en convenio urbanístico.

## 18

### Problemática general en el ejercicio de acciones en materia de convenios urbanísticos: la acción pública urbanística y el plazo de ejercicio de las acciones

Si centramos el caso del enjuiciamiento de los concretos convenios urbanísticos atípicos debe resaltarse su acentuada gravedad, tanto desde la perspectiva de los sujetos legitimados para impugnar los mismos como desde la de los plazos de que gozan esos legitimados para atender a su impugnación.

Puestos a **destacar los supuestos de legitimación para la impugnación de los convenios urbanísticos**, en los supuestos que van accediendo al enjuiciamiento en la jurisdicción contencioso-administrativa, procede ir señalando los siguientes:

1.– Incuestionablemente a **las partes de un convenio urbanístico** les cabe atender a su impugnación ya desde su suscripción, o bien les cabe impugnar los actos de desarrollo –así, para atender a la interpretación de los mismos en la forma que corresponda–, e igualmente les cabe impugnar los actos de modificación de los convenios urbanísticos inclusive por actos unilaterales (sic) producidos con posterioridad, como supuestos más frecuentes.

2.– También le cabe a **la propia Administración** ejercitar acciones contra los convenios urbanísticos suscritos, siendo el caso más paradigmático el que se va produciendo cuando tiene lugar un cambio de consistorio municipal

o bien un cambio en la Administración que los ha suscrito. Las manifestaciones a ese respecto van desde la resolución expresa de recursos administrativos formulados contra el convenio urbanístico y hasta ese momento no resueltos, hasta iniciativas bien conocidas de revisión de oficio, dirigidas tanto al convenio urbanístico como también a todos los actos o figuras de planeamiento urbanístico de desarrollo del mismo.

3.– No tan esporádico ni mucho menos residual en el mundo local es el ejercicio de acciones por **miembros de la entidad local que hayan votado en contra de la suscripción del convenio urbanístico**.

4.– Sí, en cambio, puede afirmarse que es muy episódica la vía de ejercicio de acciones por la **acción vecinal** en el mundo local.

5.– No debe pasarse por alto igualmente la posibilidad de impugnación por parte de **otras Administraciones**. Así, de la Administración autonómica respecto a convenios urbanísticos suscritos por la Administración local, o de la Administración General del Estado respecto a los convenios urbanísticos de la Administración autonómica o/y local.

6.– Pero es que lo verdaderamente relevante en sede de ejercicio de acciones en materia de convenios urbanísticos es la tan reiterada necesidad de irse pronunciando sobre la perfecta aceptación del ejercicio de la **acción pública urbanística** precisamente ante materia urbanística cual es la constitutiva y esencial en los convenios urbanísticos. El juego de la acción pública en materia de convenios urbanísticos y precisamente para su impugnación es de necesaria cita, y procede dejar la oportuna constancia al respecto.

Finalmente, este apartado no puede terminar sino destacando la no menos importante trascendencia de la **perspectiva temporal en la impugnación de los convenios urbanísticos**.

Como la hipótesis que se contempla es la relativa a convenios urbanísticos atípicos no sujetos a procedimiento administrativo regular, y que por tanto mucho menos se acomodan a parámetros de información pública ni de publicidad, la cuestión fundamental radica en que ante esos convenios urbanísticos que adolecen de esas características no cabe detectar ningún *dies a quo* a que anudar un plazo para ejercitar las correspondientes acciones.

En esa tesitura no puede sino reconocerse que ante convenios urbanísticos opacos, ocultos o no sujetos a ninguna evidencia real de conocimiento por terceros, y especialmente por titulares de la acción pública, solo y en la medida en que estos se den por notificados, o manifiesten su concreto conocimiento sobre el convenio urbanístico, se puede dar lugar a un posible plazo de ejercicio de acción, lo que conlleva seguramente como reacción a la naturaleza de los mismos una práctica dificultad –rayando en imposibilidad– de poder apreciar un ejercicio de acciones que no sea extemporáneo.

Por lo demás no se va descubrir la obviedad que representa que, por lo general, la impugnación de los convenios por causas originarias se presenta bien por la vía de los recursos administrativos bien por la vía de la revisión de oficio –en este último caso bien por nulidad o bien por anulación–.

Y para la impugnación de los convenios por causas sobrevenidas, igualmente debe destacarse que la mayor relevancia de los casos que se presentan obedece a toda una línea de asuntos presididos por la consideración de que se han incumplido y se pretende su cumplimiento (sic), con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

O bien puede haber supuestos en que, incumplidos sustancialmente los convenios (sic), se pretende su resolución, ya que lo convenido no interesa ni siquiera económicamente con el mercado existente, eso sí, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, como si el mercado inmobiliario estuviese saludable en su valoración, y con el manifiesto problema de que si de lo que se trata es de dejar sin efecto las prestaciones en liza, caso de haberse operado una reclasificación o recalificación urbanística por la vía del planeamiento urbanístico, no se alcanza a manifestar ni pretender cómo se puede alcanzar ese efecto con plenitud de efectos.

## 19

### La problemática del cumplimiento forzoso de los convenios urbanísticos

En aplicación de las reglas generales, nada procede matizar ni añadir a la perfecta posibilidad de que los convenios urbanísticos se incumplan total o parcialmente, debiendo estarse, en su caso, al ejercicio de las acciones de cumplimiento de los mismos –con indemnización de daños y perjuicios–, y, en los supuestos más graves, al régimen de resolución contractual que proceda –también con la indemnización de daños y perjuicios procedente–. Si acaso añadir, como ya se ha hecho patente, que **el incumplimiento de los convenios urbanísticos va resultando ser defendido como total y sustancial, sin que sea la regla la del incumplimiento parcial**, en razón a que todas y cada una de sus previsiones suelen ser efectiva y radicalmente estructurales, de tal suerte que sin alguna de ellas se afecta concluyentemente al buen y querido fin del todo.

Para los casos de incumplimiento resulta ser de tan reiterada cita que solo cabe dar por reproducido el posicionamiento categórico, elevado a la consideración de no tener excepciones, que consiste en que ante un incumplimiento de los convenios urbanísticos solo cabe la ejecución *in natura* cuando

del incumplimiento de los sujetos privados se trata, y, en cambio, en forma alguna cabe la ejecución *in natura* cuando del incumplimiento de la Administración Pública se trata.

Como anteriormente se ha expuesto, **la problemática de la ejecución *in natura* o por sustitución** quedaría francamente aligerada en la medida en que precisamente el supuesto de hecho del incumplimiento hubiera quedado previsto en el convenio urbanístico, y anudado a unas consecuencias jurídicas específicamente previstas.

Pues bien, tratando de destacar los supuestos francamente conflictivos en esta sede, interesa señalar los siguientes:

**1.– Cuando se producen incumplimientos por parte de la Administración Pública que ha suscrito los convenios urbanísticos, efectivamente es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que establece que no cabe la ejecución *in natura* de lo convenido, y, con absoluta independencia de otros regímenes jurídicos, todo lo más que cabe reconocer si así se insta debidamente es la indemnización de daños y perjuicios producidos por la ejecución.** Por tanto, habrá de estarse a esa concreta pretensión debidamente ejercitada en forma.

**2.– No obstante, en materia de planeamiento urbanístico y en otras materias en las que juegan no solo las competencias de las Administraciones Públicas locales, sino también las de otras Administraciones Públicas, singularmente las autonómicas, cuando el convenio urbanístico se ha suscrito tan solo por alguna de ellas** resulta de interés destacar la complejidad en que se incurre, ya que, a la mayor seguridad, va a resultar oponible que el daño resarcible no se ha causado por la concreta Administración Pública que ha suscrito el convenio y sobre la que tratan las actuaciones jurisdiccionales correspondientes, sino por otra Administración Pública. La complejidad deriva normalmente en la promoción de las correspondientes acciones fuera del proceso contencioso-administrativo existente, primero en vía administrativa y después en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, con las demoras temporales que fácilmente resulta dable intuir.

**3.– Pero es que tampoco está exento de complejidad y de relativa insatisfacción el supuesto de incumplimiento por parte de los sujetos privados, ya que, a pesar de la afirmación de que precisamente en esos supuestos cabría la ejecución *in natura*, no resulta ocioso destacar que ello no se produce en todos los casos.**

Con carácter previo, y en atención todavía a la concurrencia de supuestos de esa materia, interesa resaltar que el incumplimiento de un mero convenio urbanístico no puede ser tratado como infracción urbanística merecedora de la aplicación del derecho sancionador urbanístico.

Pero es que, puestos a observar los casos que se presentan desde la vertiente de la vía administrativa o de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, no resulta ocioso citar casos como los de incumplimiento de la obligación asumida por un sujeto privado relativa a conceder préstamos, otorgar ayudas, contratar personal del municipio, arrendar terrenos, pisos o edificios, constituir en régimen de propiedad horizontal un edificio, constituir una sociedad, etc., cuya ejecución forzosa en vía administrativa o, si así se prefiere, en vía jurisdiccional contencioso-administrativa no se llega a alcanzar cuando menos fácilmente, y ante su imposibilidad no resulta descartable igualmente, en supuestos imputables a la Administración, una ejecución por sustitución.

## 20

### La problemática de cumplimiento en atención a la cláusula *rebus sic stantibus*

Debe destacarse esa perspectiva habida cuenta de que, por un lado, se está haciendo valer que, con las modificaciones legales y reglamentarias posteriores a la suscripción del correspondiente convenio urbanístico, el régimen jurídico se va alterando y modificando, resultando ser mucho más exigente que el tenido en cuenta en la convención urbanística, al punto que por la iniciativa privada se manifiesta que se desequilibra lo convenido. Y si a ello se une el hundimiento de los precios del mercado del producto inmobiliario, vuelve a acentuarse por la carencia de beneficios en la actuación el desequilibrio para la iniciativa privada.

Razones de normativa aplicable y de mercado que tratan de sustentar una moderación en las prestaciones con fundamento en la figura de la cláusula *rebus sic stantibus*.

A las presentes alturas solo procede dejar debidamente anotado el supuesto que se presenta y que, a no dudarlo, va a exigir una nutrida y cumplida actividad probatoria para su posible aceptación.

## 21

### Los daños y perjuicios indemnizables

Finalmente interesa señalar para los casos de responsabilidad, tanto por la vía del cumplimiento como por la del incumplimiento, que parece ser la regla de los que la pretenden de la Administración –bien autonómica o bien local, y sin perjuicio de otras–, que se defiende que los aprovechamientos urbanísticos se

deben ubicar temporalmente a la fecha del convenio urbanístico y en la forma pactada.

Esa tesis se halla profundamente discutida en el momento presente por los pronunciamientos jurisdiccionales, ya que, por la naturaleza de los convenios, el aprovechamiento no se adquiere por los mismos sino a resultas de lo que finalmente acontezca por el/los instrumento/s urbanístico/s adecuado/s y procedente/s –no resultando baladí constatar que quizá en el supuesto concreto debiera operarse una modificación de planeamiento que los estableciese debidamente–.

A la mayor seguridad debería tenerse presente que, establecida la exigencia de aprovechamientos materializados para las correspondientes vías indemnizatorias por modificación de planeamiento urbanístico, quizá resulta ocioso tratar de burlar ese régimen en sede o por la vía de los meros convenios urbanísticos.

En todo caso, y por más relevancia que se quiera buscar en el establecimiento de obligaciones en el convenio urbanístico, igualmente también resulta oportuno indicar que la situación jurídica de los terrenos en el momento de la convención urbanística es la que es, y si se trataba de lograr una reclasificación o recalificación urbanística futura por la vía del planeamiento urbanístico ello solo cabe entenderlo al final del discurso temporal preciso para lograrlo, de tal suerte que, si se pretende un efecto retroactivo en las correspondientes valoraciones a la fecha de la convención urbanística –en su caso en fecha anterior al derrumbe del mercado inmobiliario–, bien parece que se opera en el vacío económico y jurídico.

En todo caso, sigue planteada la dificultad de proceder a la fijación de un atendible y proporcionado importe indemnizatorio en todos aquellos supuestos que se lo merezcan, al resultar procedentes en la debida acreditación de sus exigencias legales y jurisprudenciales.

## 22

### **Sentencias de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

Sentencia n.º 134, de 17 de febrero de 2005. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 135, de 17 de febrero de 2005. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 251, de 1 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 261, de 1 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 263, de 1 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 343, de 22 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 441, de 27 de mayo de 2005. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 457, de 1 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 482, de 9 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 511, de 23 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 513, de 23 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 524, de 29 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 529, de 30 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 560, de 4 de julio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 562, de 4 de julio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 577, de 13 de julio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 581, de 14 de julio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 689, de 16 de septiembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 739, de 6 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 750, de 10 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 753, de 13 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 763, de 13 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 766, de 13 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 791, de 20 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 800, de 24 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 811, de 26 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 849, de 7 de octubre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 856, de 9 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 861, de 11 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 866, de 11 de noviembre de 2005. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 951, de 7 de diciembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 979, de 15 de diciembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 1032, de 28 de diciembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 16, de 16 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 20, de 16 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 34, de 18 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 80, de 26 de enero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 94, de 1 de febrero de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 153, de 16 de febrero de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 197, de 1 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 220, de 9 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 227, de 10 de marzo de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 244, de 15 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 247, de 15 de marzo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 332, de 6 de abril de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 340, de 7 de abril de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 358, de 19 de abril de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 403, de 3 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 412, de 4 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 465, de 24 de mayo de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 517, de 8 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 580, de 23 de junio de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 632, de 7 de julio de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 1003, de 29 de noviembre de 2006. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 1057, de 14 de diciembre de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 240, de 12 de marzo de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 480, de 11 de junio de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 767, de 7 de septiembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 814, de 25 de septiembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 816, de 25 de septiembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 867, de 10 de octubre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 899, de 12 de noviembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 992, de 22 de noviembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 1043, de 30 de diciembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 42, de 21 de enero de 2008 Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 62, de 27 de enero de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 787, de 9 de septiembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 9, de 8 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 33, de 16 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 62, de 27 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 94, de 6 de febrero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 194, de 3 de marzo de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 253, de 20 de marzo de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 297, de 31 de marzo de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 366, de 24 de abril de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 477, de 15 de mayo de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 501, de 26 de mayo de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 520, de 29 de mayo de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 633, de 26 de junio de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 704, de 14 de julio de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 709, de 14 de julio de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 735, de 21 de julio de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 741, de 22 de julio de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 787, de 9 de septiembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 833, de 22 de septiembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 840, de 25 de septiembre de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 939, de 20 de octubre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Quiroga Vázquez.

Sentencia n.º 948, de 22 de octubre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 1065, de 17 de noviembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 1125, de 1 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 1131, de 3 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 40, de 19 de enero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 56, de 27 de enero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 123, de 12 de febrero de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 140, de 18 de febrero de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 254, de 23 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 260, de 25 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 338, de 22 de abril de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 473, de 1 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 507, de 11 de junio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 511, de 15 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 551, de 23 de junio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 552, de 23 de junio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 556, de 29 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 557, de 29 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 593, de 8 de julio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 654, de 23 de julio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 668, de 29 de julio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Martín Coscolla.

Sentencia n.º 703, de 16 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 717, de 23 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 723, de 23 de septiembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 748, de 1 de octubre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 790, de 19 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 809, de 26 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 845, de 5 de noviembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 855, de 9 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 891, de 24 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 905, de 26 de noviembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 952, de 16 de diciembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 54, de 1 de febrero de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 76, de 8 de febrero de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 79, de 9 de febrero de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 119, de 22 de febrero de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 253, de 29 de marzo de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 274, de 8 de abril de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 286, de 8 de abril de 2011. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 292, de 8 de abril de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 459, de 3 de junio de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 463, de 3 de junio de 2011. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 592, de 12 de julio de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 593, de 12 de julio de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 704, de 22 de septiembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 775, de 14 de octubre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 822, de 2 de noviembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 826, de 2 de noviembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 868, de 15 de noviembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 872, de 17 de noviembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 941, de 13 de diciembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 996, de 23 de diciembre de 2011. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 13, de 13 de enero de 2012. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 15, de 17 de enero de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 16, de 17 de enero de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 26, de 17 de enero de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 70, de 2 de febrero de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 72, de 3 de febrero de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 73, de 3 de febrero de 2012. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 105, de 10 de febrero de 2012. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 128, de 17 de febrero de 2012. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 253, de 3 de abril de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 267, de 17 de abril de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 292, de 24 de abril de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 308, de 27 de abril de 2012. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 416, de 4 de junio de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 452, de 12 de junio de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 453, de 12 de junio de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 533, de 5 de julio de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 587, de 24 de julio de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 636, de 18 de septiembre de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 793, de 2 de noviembre de 2012. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 805, de 6 de noviembre de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 819, de 12 de noviembre de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 97, de 7 de febrero de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 165, de 1 de marzo de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 197, de 12 de marzo de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 242, de 2 de abril de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 345, de 2 de mayo de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 375, de 10 de mayo de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 376, de 10 de mayo de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 394, de 13 de mayo de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 417, de 24 de mayo de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 473, de 14 de junio de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 504, de 25 de junio de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 687, de 1 de octubre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 707, de 8 de octubre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 730, de 11 de octubre de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 746, de 18 de octubre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 876, de 29 de noviembre de 2013. Ponente: Ilma. Sra. Ana Rubira Moreno.

Sentencia n.º 893, de 10 de diciembre de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 42, de 22 de enero de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 50, de 28 de enero de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 121, de 18 de febrero de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. José Juanola Soler.

Sentencia n.º 200, de 3 de abril de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 261, de 13 de mayo de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 337, de 3 de junio de 2014. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 374, de 23 de junio de 2014. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 379, de 26 de junio de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 483, de 1 de septiembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 484, de 1 de septiembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 496, de 18 de septiembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 519, de 22 de septiembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 557, de 8 de octubre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 570, de 13 de octubre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 621, de 5 de noviembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 627, de 6 de noviembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 642, de 13 de noviembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 723, de 12 de diciembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 740, de 18 de diciembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 796, de 23 de diciembre de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 19, de 15 de enero de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 24, de 15 de enero de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 25, de 19 de enero de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 36, de 26 de enero de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 129, de 4 de marzo de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 147, de 12 de marzo de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 173, de 23 de marzo de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 255, de 7 de abril de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 267, de 20 de abril de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 337, de 11 de mayo de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 378, de 2 de junio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 386, de 2 de junio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 443, de 19 de junio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 503, de 30 de junio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 504, de 30 de junio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 529, de 30 de junio de 2015. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 531, de 30 de junio de 2015. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 545, de 7 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 548, de 7 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 554, de 8 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 563, de 8 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 583, de 20 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 584, de 20 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 605, de 27 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 606, de 27 de julio de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 651, de 21 de septiembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 666, de 25 de septiembre de 2015. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 675, de 28 de septiembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 711, de 2 de octubre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 719, de 5 de octubre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 722, de 7 de octubre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 732, de 14 de octubre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 750, de 23 de octubre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 751, de 26 de octubre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 785, de 6 de noviembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 805, de 16 de noviembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 842, de 2 de diciembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 922, de 21 de diciembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 940, de 21 de diciembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 971, de 29 de diciembre de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 1007, de 30 de diciembre de 2015. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 81, de 11 de febrero de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 141, de 8 de marzo de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 360, de 26 de mayo de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Héctor García Morago.

Sentencia n.º 371, de 31 de mayo de 2016. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Sentencia n.º 392, de 9 de junio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 402, de 13 de junio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 415, de 2 de junio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 417, de 20 de junio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 438, de 27 de junio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 511, de 6 de julio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 554, de 18 de julio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 575, de 18 de julio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 581, de 18 de julio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 587, de 18 de julio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 588, de 18 de julio de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Rodríguez Laplaza.

Sentencia n.º 674, de 27 de septiembre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 697, de 5 de octubre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 718, de 13 de octubre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 722, de 17 de octubre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 741, de 26 de octubre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 746, de 26 de octubre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 797, de 16 de noviembre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 820, de 30 de noviembre de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez.

Sentencia n.º 82, de 20 de febrero de 2017. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 118, de 6 de marzo de 2017. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

Sentencia n.º 119, de 6 de marzo de 2017. Ponente: Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs.

# La expropiación forzosa y la función social de la propiedad

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

*Licenciado en Derecho.*

*Graduado en Ciencias Políticas.*

*Funcionario de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.*

*Doctorando en Derecho*

1. **Introducción**
2. **La función social de la propiedad**
3. **La expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad. Regulación normativa**
4. **Supuestos de expropiación por incumplimiento de la función social**
  - 4.1. La función social y el derecho a la vivienda. Regulación autonómica
  - 4.2. La propiedad agraria y la función social. La STC 37/1987, de 26 de marzo
  - 4.3. La función social y el urbanismo. Carácter estatutario de la propiedad del suelo
5. **Conclusión**

## Resumen

Nuestra Constitución reconoce en el artículo 33 el derecho a la propiedad privada, el cual no es un derecho ilimitado, por cuanto su función social delimitará su contenido en el marco de la legalidad. Su limitación constitucional y legal es causa del ejercicio de la potestad administrativa de la expropiación, la cual encuentra en la ley general especialidades en función de los objetos expropiados o de las causas de la misma, así como su reconocimiento en leyes sectoriales en el sector del urbanismo, viviendas protegidas o la propiedad agraria. En el presente trabajo se procede a realizar un análisis de aspectos de la función social de la

---

*Artículo recibido el 23/03/2017; aceptado el 18/06/2017.*

propiedad, analizando los efectos de la función social y la expropiación por su incumplimiento.

Palabras clave: *propiedad privada; función social; expropiación.*

## **Expropriation and the social function of the right to private property**

### **Abstract**

*Article 33 of the Spanish Constitution recognizes the right to private property: a right which is not absolute because the social function circumscribes and limits its content. This constitutional constriction is articulated through the institution of expropriation which is regulated as a general matter—general administrative law—and in sectorial legislation—town planning, social housing and rural property. This article analyzes the social function of the right to private property focusing on its effects and the expropriation in case of non-compliance.*

*Keywords:* private property; social function; expropriation.

## **1**

### **Introducción**

La actividad económica encuentra acomodo en el derecho de propiedad cuando es conjugado con los intereses sociales generales, y cuyo contenido, en opinión del profesor TORRES DEL MORAL<sup>1</sup>, viene definido inescindiblemente por la utilidad individual y por la función social del bien considerado, si bien su expropiación no significa negación del derecho de propiedad privada, sino solo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores. No es, pues, límite negativo de la propiedad, sino instrumento positivo de los poderes públicos para el cumplimiento de los fines del Estado social (STC 166/1986, de 19 de diciembre). Como señalara el profesor SORIANO GARCÍA<sup>2</sup>, “tanto la idea del justo precio como la de la justa causa

1. TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3.ª edición, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 557 a 560.

2. SORIANO GARCÍA, J. E., “Expropiación y Competencia. Coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 159, septiembre-diciembre 2002, pp. 52-53.

de expropiar aparecen indisolublemente unidas y controladas judicialmente, puesto que todo el *iter* expropiatorio queda sometido al poder del juez, supuesto que no se cumpliera ni con la justa causa de expropiar ni que el equivalente patrimonial sea verdaderamente tal. Nótese, desde el principio, que la operación expropiatoria responde no solamente a un fin lícito, sino que también actúa sobre una propiedad anterior lícitamente constituida. La causa justa de expropiar aparece posteriormente y así está pacíficamente aceptado por la doctrina”.

De las previsiones constitucionales sobre la propiedad, y en particular de la regulación del derecho a la propiedad privada del art. 33 de la Constitución (en adelante, CE), se reconoce su carácter limitado por cuanto su función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, junto a la previsión del mecanismo expropiatorio, en virtud del cual nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. A su vez en el art. 53.1 CE se especifica que solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

Desde la dimensión de la regulación básica de la Administración local, hay que tener siempre presente la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril (LRBRL)<sup>3</sup>, considerando su modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, para clarificar las competencias municipales por ley, eliminando duplicidades y competencias impropias, bajo el principio “una Administración, una competencia”, y ajustando la Administración local a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Se garantiza el derecho a unos servicios mínimos municipales; se implanta el principio de prudencia financiera y control del coste de los servicios municipales; se determina el sueldo de los miembros de las corporaciones locales, y se garantiza, en todo caso, el mantenimiento y la prestación de los servicios a los ciudadanos, entre los que se encuentran los servicios sociales.

Manifestación, pues, de que la propiedad no es ya un derecho ilimitado, es el reconocimiento constitucional y legal de la institución de la expropiación forzosa. Esta, desde el punto de vista de los órganos administrativos y

---

3. SALVADOR CRESPO, M., “Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 34, febrero de 2014, p. 127, y MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “Competencias municipales: competencias delegadas e impropias”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 34, febrero de 2014, pp. 71-79.

sus competencias expropiatorias<sup>4</sup>, encuentra reconocimiento en el art. 4.1.d) LRBRL<sup>5</sup>, correspondiendo en todo caso, dentro del ámbito de sus competencias, y en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, a los municipios, las provincias y las islas. Precepto que debe conectarse con el art. 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF) y su desarrollo operado por el Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante, REF), reconociendo el art. 2.1 LEF que “la expropiación forzosa solo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia y el Municipio”, no debiendo obviar, a pesar de su literalidad, la competencia expropiatoria de las comunidades autónomas.

## 2

### La función social de la propiedad

Dispone el artículo 33 CE: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes<sup>6</sup>. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. En principio hay que manifestar que la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada ha implicado “una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa”, que experimenta “un proceso de extensión a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales” (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13.º, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4.º).

Además, la evolución del concepto de propiedad privada –señala el profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO<sup>7</sup> “ha arrastrado una transformación del concepto de expropiación [...]; y la notable ampliación de las situaciones jurídico-patrimoniales que hoy cabe situar bajo el ámbito de protección de

4. ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional. Vol. II*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 410 a 443.

5. DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Ed. Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 195 a 200, y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *Manual de Administración Local*, 5.ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 39 y 40.

6. Díez-PICAZO, L. M.ª, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2003, p. 448.

7. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 177, septiembre-diciembre 2008, pp. 160 y 173.

este derecho fundamental ha corrido en paralelo con el abandono de una idea de expropiación que fundamentalmente se centraba en el procedimiento de traslado a la propiedad del Estado de los inmuebles necesarios para la realización de obras públicas”. Además, “cuando el fundamento de una actividad económica es un bien y la actividad empresarial consiste en un determinado aprovechamiento de aquel, la protección de la libertad de empresa no puede ir más lejos que la de la propiedad; o, dicho de otro modo, los límites o las cargas u obligaciones que –en virtud de la función social de la propiedad– pesen sobre el bien, constituyen también cargas constitucionalmente admisibles del derecho a la libertad de empresa. ‘La función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de limitar a su vez el derecho del empresario (agrícola) para producir o no producir, para invertir o no invertir [...]. La libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa’ [STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 5; doctrina reiterada más tarde por la STC 89/1994, de 17 de abril (arrendamientos urbanos), FJ 6]”.

Por su parte el Código Civil establece en su art. 348 una definición de la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, mientras que el art. 349 dispone que “nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado”. De manera que este derecho constitucional a la propiedad privada, mediante una interpretación conjunta del art. 33 1 y 3 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5.<sup>o</sup>), nos lleva a la conclusión, con el profesor PARADA VÁZQUEZ<sup>8</sup>, de que la evolución de la configuración constitucional de la propiedad se cierra en el artículo 33 CE, al menos semánticamente, con un compromiso de que, al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada y del carácter garantista de la expropiación, se afirma la función social de la propiedad y se rebaja, como se dijo, el carácter del derecho de la propiedad, que pasa a ser un derecho constitucionalmente menor, incluido entre

8. PARADA VÁZQUEZ, J. R., “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, 1991 (De los derechos y deberes fundamentales), pp. 1271 y 1276.

los derechos económicos y sociales, y, por ello, regulable por ley ordinaria y carente de la protección del amparo constitucional. Por ello, la doctrina del Tribunal Constitucional es la estrecha conexión de los tres apartados del art. 33 CE (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5.º), por cuanto no pueden ser artificiosamente separados (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.º).

Por lo que se refiere a la ubicación del precepto en el texto constitucional, es significativo a la hora de conocer sus garantías, pues, siguiendo al profesor GARCÍA COSTA<sup>9</sup>, “el derecho a la propiedad privada es uno de los derechos fundamentales al comparecer, sin ningún género de duda, como uno de los derechos de mayor importancia a la hora de fundamentar el orden político y social de convivencia”. Siendo ello así, concluye el profesor GARCÍA COSTA que se excluyen como garantías propias del derecho de propiedad privada la tutela preferente y sumaria por parte de los jueces y tribunales; el recurso de amparo; su protección mediante el mecanismo agravado de reforma constitucional, y la reserva de ley orgánica en su regulación. Recordar que, si la garantía de los principios rectores de la política social y económica es prácticamente idéntica a la de los derechos fundamentales, en cuanto a su eficacia –concretó el profesor PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED–, “la de los artículos 39 a 52 es muy semejante a la del resto de los artículos del Título I de la Constitución, lo que no debe extrañar, porque todos responden a las exigencias técnico-jurídicas de las normas constitucionales”<sup>10</sup>.

La función social opera como un requisito estructural del derecho, delimitador de su ámbito y contenido, que, desde el reconocimiento a la expropiación forzosa, impone el riguroso respeto a las formalidades esenciales y de rigurosa observancia por las que debe discurrir el procedimiento expropiatorio; lo que constituye no solo el medio legalmente arbitrado para no incurrir en una actuación sancionada con los efectos marcados por el art. 125 LEF para los supuestos que constituyan una vía de hecho, sino también la garantía y cautela establecida de que, en esta materia restrictiva de derechos, la intervención administrativa se hará del modo como, objetivamente, entiende la Ley se respetan los derechos de los afectados por tal actuación administrativa (SSTS de 28 de noviembre de 1984 y 15 de febrero de 1985), de manera que los vicios sustanciales de forma, y la violación y/o omisión del cumplimiento de lo ordenado por los preceptos de la LEF, constituyen fundamento para que quien ostente la condición de interesado, conforme a las determinaciones de

9. GARCÍA COSTA, F. M., “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, *Criterio jurídico*, n.º 7, 2007, p. 288.

10. PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L., “Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 122, octubre-diciembre 2003, p. 294.

los arts. 3 y 4 LEF, interese las garantías jurisdiccionales reguladas en el Título V de la misma norma (Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias n.º 15/1994, de 12 de mayo).

Función social que en urbanismo impide se pretenda la preservación indefinida de la situación de una parcela en el estado y calificación que tenía antes de la tramitación de una modificación del PGOU (Dictamen 197/2005, de 9 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía). En este sentido, la propia Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, recoge el principio general: “los derechos de la propiedad del suelo, reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, han de ser ejercidos en perfecta concordancia con la función social que la Constitución Española asigna a la propiedad”.

La consecución de los objetivos y fines de interés general no puede significar la expropiación económica del derecho de propiedad, haciendo soportar a los particulares “una carga especial y desorbitada” (STEDH de 23 de septiembre de 1982, asunto Sporong y Lónnroth), de manera que, siguiendo al profesor BASTIDA FREIJEDO<sup>11</sup>, el legislador de los derechos fundamentales no es un mero ejecutor de la Constitución, sino que interviene en la concreción delimitadora del objeto y contenido de tales derechos y la Constitución le reserva un papel primordial. Así, en nuestro derecho –señala el profesor CASTÁN<sup>12</sup>, es imposible exponer todas las limitaciones administrativas, llamadas servidumbres legales de interés público, resultando ser la expropiación forzosa un acto de derecho público derivado de la autoridad del Estado como representante de los intereses colectivos y sociales.

Así pues, una vez que la concepción de la propiedad como absoluto quiebra y se limita su ejercicio, demostrándose en el urbanismo por cuanto es el plan el que, según señala el profesor MUÑOZ MACHADO<sup>13</sup>, determina en cada caso cuáles son las facultades del propietario, nadie puede pretender ser indemnizado por el plan que ha provocado una reducción o limitación de su derecho, salvo en los casos expresamente establecidos en la legislación (art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana). Siendo esto así, es forzoso reconocer la postura mantenida por el Consejo

11. BASTIDA FREIJEDO, F. J., “El fundamento de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Derecho. Universidad de la Rioja (REDUR)*, n.º 3, 2005.

12. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, Vol. 1, Ed. Reus, Barcelona, 1992, p. 125.

13. MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 2145.

Consultivo de Andalucía<sup>14</sup> subrayando que el uso legítimo del *ius variandi* en materia de planeamiento, llevado a cabo ante la apreciación de consideraciones de interés general, y bajo la dirección y control público de la actividad urbanística encaminada al desarrollo planificado de la ciudad, no da lugar a indemnización más que en los supuestos específicamente previstos por el legislador. Asimismo, como indicara reiteradamente la STS de 8 de noviembre de 2011, la naturaleza normativa del planeamiento, y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración, y por ello la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento no puede, en principio, encontrar límite en la ordenación establecida en otro anterior de igual o inferior rango jerárquico. Este *ius variandi* reconocido a la Administración por la legislación urbanística –señala dicha sentencia– se justifica en las exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente –no arbitrariamente– y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 CE.

En definitiva el Tribunal Constitucional, en la mejor ocasión que ha tenido hasta ahora para abordar el significado de la propiedad en la Norma Fundamental de 1978 (la STC 37/87, de 26 de marzo, sobre la Ley del Parlamento de Andalucía 8/84, de Reforma Agraria), ha destacado el sentido de la “función social” como “elemento estructural de la definición misma del derecho de propiedad privada” (FJ 2.º), lo que viene a relativizar el alcance de la discusión doctrinal (en opinión del profesor MENÉNDEZ REXACH<sup>15</sup>, estéril) sobre si los límites impuestos al derecho de propiedad por su función social son “externos” o “internos” a aquel. Al configurarse la función social como elemento estructural del derecho, es claro que define su contenido, con el mismo título que el haz de facultades que constituyen el ámbito de libertad patrimonial del propietario, para el goce y la disposición del bien sobre el que el derecho recae. La determinación del contenido de las facultades dominicales por la función social que la propiedad está llamada a cumplir y que se concreta en las determinaciones de los instrumentos de ordenación urbanística (las cuales, a su vez, no son indemnizables, por definir el contenido normal de ese derecho) constituye la médula de la regulación que instaura la Ley del Suelo de 1956 y que en estos aspectos básicos ha permanecido vigente hasta nuestros días, “aunque las reformas legales posteriores han contribuido a radicalizarla”.

14. *Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía n.º 789/2012, de 2 de octubre.*

15. MENÉNDEZ REXACH, Á., “La propiedad en la nueva Ley del Suelo”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 3, mayo-agosto 1994, pp. 66, 67 y 73.

## 3

### La expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad. Regulación normativa

El artículo 149.1.18.º CE delimita como exclusiva la competencia del Estado sobre “legislación sobre expropiación forzosa”, a la que debemos sumar la prevista en el art. 149.1.1.º y 8.º (igualdad de derechos constitucionales y propiedad). No obstante precepto tan inequívoco, en algunos estatutos aparecen competencias equívocas en materia expropiatoria: caso del Vasco, art. 1.1.1.b); del Gallego, art. 28.1.2; del Andaluz, art. 15.1.2; del Valenciano, art. 35.2; o de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, art. 57, lo que llevó al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>16</sup> a afirmar que estos preceptos no pueden invalidar el artículo 149.1.18.ª CE, que remite a una ley estatal plenaria y completa para regular toda la materia expropiatoria y no a una que haya de limitarse a formular bases normativas necesitadas, a su vez, de un desarrollo normativo ulterior; no queda, pues, el menor espacio para una regulación autonómica en esta materia, fuera de las declaraciones de utilidad pública o de interés social, que sí podrá hacer el legislador autonómico en las materias de su competencia para asignarles el beneficio expropiatorio, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional.

Por su parte, en materia competencial, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 23 de noviembre de 1994, manifestó que la falta de abono del total justiprecio tiene su relevancia en relación con la Ley de Expropiación Forzosa, en base al artículo 58, al disponer que “si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de la expropiación”. La aplicación de este precepto, establecido en garantía de los derechos del expropiado, provocará la reapertura del expediente expropiatorio finalizado o bien la apertura de un nuevo expediente, por no haberse abonado el total de lo pactado como justiprecio y haber transcurrido con exceso el plazo indicado, lo que –según LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI<sup>17</sup>– parece establecer, junto al art. 74 REF, una especie de caducidad del justiprecio fijado administrativamente, aunque con la puntualización de que no se podrá declarar esta caducidad si no se ha seguido el expediente para determinarla (STS de 11 de octubre de 1983).

16. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 medio siglo después”, *Revista de Administración Pública*, n.º 156, septiembre-diciembre 2001, pp. 261-262.

17. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Expropiación Forzosa. El Justiprecio: Guía práctica y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 604.

El ejercicio de la potestad expropiatoria conlleva la transmisión imperativa de un derecho en aquellos casos en los que existe una colisión entre el interés público y el interés privado, y encuentra los límites de su ejercicio en la norma legal que autoriza únicamente la expropiación de aquellos bienes que sean indispensables para la finalidad perseguida, según el artículo 15 LEF (STS de 23 de junio de 2014, FD 5.º).

Para ello, las SSTC 141/2014, de 11 de septiembre (FD 9.º), y 218/2015, de 22 de octubre (FD 5.º), señalaron, en primer lugar, que el art. 33.3 CE garantiza una indemnización que guarde un proporcional equilibrio con el valor económico del bien expropiado, aun cuando este no es necesariamente el valor que el mercado está dispuesto a pagar por él: “La Constitución no exige, pues, que la indemnización correspondiente por la privación de bienes y derechos sea equivalente al valor de mercado de estos, consintiendo así pues al legislador estatal un margen de apreciación para instituir distintas modalidades de valoración”. Pero, a la vez, establece un límite a este margen de apreciación, pues la determinación de criterios objetivos no justificados, en concreto el establecimiento de un máximo o tope a la corrección a aplicar al valor obtenido por capitalización de rentas en función de factores objetivos, puede impedir, en determinados casos, que la compensación guarde proporción con el valor real del bien, y, en consecuencia, puede dificultar una determinación de la indemnización acorde con la idea del proporcional equilibrio. Añadiendo la STC 251/2006, de 25 de julio [FJ 5.º a)], que, “en tanto que institución de garantía de los intereses económicos privados, la expropiación forzosa implica la obligación de los poderes públicos de indemnizar a quien resulta privado de sus bienes y derechos por legítimas razones de interés general con un equivalente económico, que ha de establecerse conforme a criterios objetivos de valoración prefijados por la ley, a través de un procedimiento [...]. Sin duda la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado, y por ende el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por la ley para las diferentes modalidades de expropiación”.

Así pues, existe ya una exigencia a nivel constitucional de la necesidad del pago del justiprecio como garantía de la expropiación, que la legitima y que es obligado no se someta a condicionamiento alguno, porque es un derecho que el constituyente confiere a los ciudadanos, que ven sacrificado su patrimonio en aras del interés general. Y es manifiesto que esa condición que se impone a la potestad expropiatoria recae sobre la titularidad de la misma, es decir, sobre la Administración, que es a la que se confiere su ejercicio y se

erige en garante ante el ciudadano de que sin la indemnización no podrá verse desposeído de sus bienes o derechos (STS de 19 de febrero de 2016, FD 3.º).

La LEF presenta, junto al procedimiento general de expropiación del Título II, una serie de procedimientos especiales divididos por su objeto, función o sujeto, en su Título III, a saber: expropiación por zonas o grupos de bienes; por entidades locales o por razón de urbanismo; que dé lugar a traslado de poblaciones; por causa de colonización o de obras públicas; en materia de propiedad industrial; por razones de defensa nacional y seguridad del Estado; de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico; y por incumplimiento de la función social de la propiedad, objeto de nuestro análisis, que se regula en los arts. 71 a 75 LEF, y en los arts. 87 a 91 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (REF).

Debe partirse de la regulación general del artículo 9 LEF, que precisa lo siguiente: “Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado”, y del art. 10, que dispone: “La utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio. En los demás casos en que por ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones las leyes que las regulan hubieren dispuesto otra cosa”. Decayendo la pretendida vulneración del derecho de propiedad por dejar vacío de contenido dicho derecho, por no haber contemplado una indemnización económica, toda vez que no se acredita perjuicio alguno concreto susceptible de ser indemnizado (STSJ de Asturias de 9 de mayo de 2016, FD 4.º).

Y particularmente la LEF regula en el Título III, Capítulo II, la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, a la que dedica sus arts. 71 a 75, y de donde se desprenden notas características como que encontramos causa de interés social para la expropiación forzosa cuando así se declare de manera específica, a través de ley, “la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva”. Resultando que son requisitos necesarios para su aplicación: “1.º La declaración positiva de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica. 2.º Que dicha declaración sea formulada por ley o por decreto acordado en Consejo de Ministros. 3.º Que la ley contenga inequívocamente la intimación de expropiación forzosa frente al incumplimiento. 4.º Que para la realización de la específica función

señalada se haya fijado un plazo y a su vencimiento aquella función resultare total o sustancialmente incumplida por el propietario”. Acompañado de la regulación reglamentaria, contenida en el Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, arts. 87 a 91, reconociendo este último precepto lo siguiente: “Cuando las leyes especiales de calificación de una determinada función social de la propiedad con intimación de expropiación forzosa, establezcan normas especiales de procedimiento para la misma, las normas de la Ley general de Expropiación Forzosa y las de este Reglamento serán de aplicación subsidiaria”.

En cuanto a la figura del beneficiario, se refiere a ella, con carácter general, el art. 2 LEF, al estipular: “1. La expropiación forzosa solo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia o el Municipio. 2. Además podrán ser beneficiarios de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición. 3. Por causa de interés social podrá ser beneficiario, aparte de las indicadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurran los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos”. Por su parte, en el art. 73 LEF se impone al beneficiario, para esta expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad, la carga de cumplir la función desatendida, causa de la expropiación, una vez despojado el propietario de su propiedad. Y si este beneficiario incumpliese la causa expropiandi, nace la opción para la Administración –reconocida en el art. 74 LEF– de adquirir la cosa, asumiendo la carga correspondiente, o de dejarla en estado público de venta, y además el Gobierno podrá sancionar a aquel con multa hasta el límite de 3005,06 €. Resultando un supuesto expreso donde aparece una sanción al beneficiario de la expropiación, cuando este incumple con la finalidad de la misma, en los artículos 22 y 23 del Decreto 2853/1964, que desarrolló la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, sobre industrias de interés preferente, actualmente derogada por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; o la Ley de 17 de julio de 1945, que atribuía la condición de beneficiario a las instituciones privadas de carácter benéfico.

Por lo que se refiere a las particularidades de este procedimiento para la expropiación, reguladas en el art. 75 LEF: “La declaración de necesidad de ocupación se sustituirá por la declaración de que en el caso que se contempla, concurran los requisitos del artículo 72”, declaración que, según el art. 88 REF, “debe ser hecha mediante ley, bien específicamente, bien por clases o categorías de bienes, supuesto este último en el cual será preciso un decreto acordado en Consejo de Ministros para formular la declaración particular que proceda en cada caso concreto”, debiendo observar, por lo demás, las mismas garantías de información pública, notificación, audiencia de interesados

y recursos que se regulan para el procedimiento expropiatorio general en el Título II LEF.

Cuando los particulares puedan ser beneficiarios de la expropiación, se concede a la Administración la opción de expropiar la cosa directamente, por su justo precio, para posteriormente adjudicarla a tales particulares o tomar la opción de sacarla a subasta pública. Para este supuesto, la determinación del justo precio será tan solo para quedar fijado el tipo de licitación. A esta subasta se admitirá a los que hagan efectivas las garantías para ser cumplida la función desatendida. Además se beneficia al propietario expropiado, pues, de obtenerse un precio de venta superior al fijado, la diferencia quedará a su favor. Al respecto, traer a colación que, según el art. 89 REF, esta subasta será anunciada mediante edictos, que “se publicarán en el ‘Boletín Oficial del Estado’ y en un periódico, al menos, de gran circulación en la provincia donde los bienes están situados con la tarifa a que se refiere el artículo 24. Los gastos de estas inserciones se descontarán del precio de licitación, antes de ser entregado al expropiado”.

Habrà una segunda licitación, caso de que la subasta fuera declarada desierta, en la que el tipo se rebajará en un 25 %, habilitándose la admisión de licitadores. Y, de quedar desierta la segunda subasta, la Administración podrá optar por adquirir la cosa en el tipo que en la misma hubiera servido de base de licitación, asumiendo la carga correspondiente, o dejarla en estado público de venta.

## 4

### Supuestos de expropiación por incumplimiento de la función social

La función social de la propiedad encuentra manifestaciones en las viviendas de protección oficial, en la propiedad agraria y en el suelo urbano.

### 4.1

#### La función social y el derecho a la vivienda. Regulación autonómica

La regulación que sobre estos procedimientos especiales de expropiación forzosa encontramos en la LEF y en el REF, se acompaña con la regulación sectorial sobre cada sector señalado.

En el sector de las viviendas de protección oficial, no debe perderse de vista que nuestra Constitución regula, en su art. 47, lo siguiente: “Todos los

españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”, siendo un mandato a los poderes públicos, por estar estos obligados a definir y ejecutar las políticas necesarias para hacer efectivo aquel derecho, configurado como un principio rector o directriz constitucional que tiene que informar la actuación de aquellos poderes (STC 152/1988, de 20 de julio, FD 2.º). La edificación es un sector económico capital de nuestro Estado social, caracterizado por la diversidad de aspectos objeto de regulación; así, la Ley 41/1980, de 5 de julio, de medidas urgentes de apoyo a la vivienda, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La política de vivienda contempla un sistema de acceso a la vivienda y garantía de su naturaleza jurídica, regulándose por la legislación sobre viviendas de protección estatal, texto refundido aprobado por los decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre; posteriormente, el Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, aprueba el texto refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial; y por último, deben considerarse el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda, desarrollado por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, o el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda.

Para centrar la intervención administrativa en el sector de la vivienda protegida y analizar su expropiación por incumplimiento de la función social, tenemos que considerar la Ley 24/1977, de 1 de abril, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial construidas por el Ministerio de la Vivienda y los Organismos dependientes del mismo, formada por cuatro preceptos, estipulándose en su art. 1 lo siguiente: “Existirá causa de interés social a efectos de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad respecto de las viviendas de protección oficial construidas directamente por el Ministerio de la Vivienda, los organismos dependientes del mismo y entidades oficiales que sin ánimo de lucro hubiesen financiado en su totalidad con fondos públicos su construcción, y se hayan cedido en régimen de venta, en los siguientes casos: Primero.—Cuando se mantenga habitualmente deshabitada la vivienda, a no ser que la desocupación obedezca a justa causa. Segundo.—Cuando la vivienda se utilice para fines distintos del de domicilio

del propietario, su cónyuge, ascendientes o descendientes. Tercero.—Cuando sus adquirentes utilicen otra vivienda construida con la protección del Estado, excepto las ocupadas por titulares de familias numerosas, en los casos y condiciones legalmente establecidos”.

Si con carácter general —apuntó el profesor Marín García<sup>18</sup> para proceder a la expropiación forzosa es “indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado” (art. 9 LEF), según prevé el art. 71 LEF, “existirá causa de interés social para la expropiación forzosa [...] cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva”. En terminología del art. 87 RLEF, “el incumplimiento de la función social de la propiedad es una de las causas de interés social”. Una segunda particularidad consiste en que la resolución administrativa en la que se declara la necesidad concreta de ocupación del bien o de adquirir el derecho se sustituye, en estos casos, por la declaración legal en la que concurren los requisitos del art. 72 LEF. La Administración expropiante debe observar, por lo demás, las mismas garantías de información pública, notificación, audiencia de interesados y recurso que se regulan en el Título II de la Ley (art. 75 LEF).

Mencionar el Real Decreto 943/1978, de 14 de abril, que regularizó las situaciones de las viviendas construidas por el Instituto Nacional de la Vivienda y la extinguida Obra Sindical del Hogar que habían sido ocupadas sin título suficiente para ello, resolviendo la STS de 21 de septiembre de 1987 que no era aplicable este Real Decreto, por cuanto faltaba el supuesto de hecho habilitante de la expropiación forzosa previa por incumplimiento de la función social de la propiedad, dado que estas viviendas venían siendo utilizadas como domicilio habitual y permanente de nueve funcionarios que las ocupaban por razón del cargo ostentado en el municipio, cumpliéndose así la función social de la propiedad a la que respondió su construcción (FD 5.º).

Por su parte, visto el Real Decreto 3148/1978, de 10 noviembre, que desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda, solo cuando exista causa para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad procede incoar un procedimiento sancionador, que, si termina con sanción, impone a la Administración el deber de expropiar, pero, si ello no se produce, no es obstáculo para llevar a cabo la expropiación en caso de concurrir cualquiera de las causas legalmente pre-

18. MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R., “El alquiler forzoso de la vivienda desocupada”, *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, n.º 2, mayo de 2007, Barcelona, p. 13.

vistas en el artículo primero de la citada Ley. No resultando que se produjo desproporción si se acordare dicha expropiación ni tampoco indefensión por desconocer si se iniciará o no dicho expediente de expropiación, puesto que, según se puso de relieve en la STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2009 (FD 1.º), siendo la finalidad seguir ocupando la vivienda de autos, a pesar de señalarse en la resolución sancionadora la posibilidad de iniciar un expediente de expropiación forzosa por concurrir causa de interés social, ni hay aquella indefensión ni la desproporción alegada se produce, pues, dándose los supuestos legales de la expropiación forzosa, esta es consecuencia prevista en la ley, manteniendo en todo caso plenas posibilidades de defensa en el supuesto de que se acordara la expropiación junto con la existencia, en este caso, de adecuarse la actuación a un plazo perentorio.

En estos términos se justifica la desocupación ocasional de la vivienda para atender intereses prioritarios, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 2010 (FD 2.º): “si durante periodos de tres días a la semana y volviendo siempre a pernoctar en ella, lo fue para hacerse cargo, en una época determinada, de la atención a su nieta menor de edad, con problemas psicológicos y de inestabilidad emocional (dos intentos de suicidio), y con implicación en pequeños actos delictivos, a la que su madre no podía prestar la atención debida por la necesidad de trabajar en jornada completa”.

Por su parte, el art. 1 de la Ley 24/1977, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial construidas por el Ministerio de la Vivienda y los Organismos dependientes del mismo, determina que existirá causa de interés social a efectos de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad respecto de las viviendas de protección oficial cuando se mantenga habitualmente deshabitada la vivienda, a no ser que la desocupación obedezca a justa causa. Las infracciones al régimen legal de viviendas de protección oficial se clasifican en leves, graves y muy graves, según el art. 56 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda. Una de las infracciones muy graves consiste en “desvirtuar el destino de domicilio habitual y permanente configurado en el art. 3” (del indicado Real Decreto), artículo en el que se determina que las viviendas de protección oficial habrán de dedicarse a domicilio habitual y permanente sin que, bajo ningún concepto, puedan destinarse a segunda residencia o a cualquier otro uso (STS de 13 de noviembre de 1999).

Analizando la Ley 24/1977, la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2001 (FD 3.º) reconoció la imposición de la correspondiente sanción y la declaración de interés social para expropiar cuando la vivienda se utilice para

finés distintos del de domicilio del propietario, su cónyuge, ascendientes o descendientes, siguiendo los arts. 1.2 y 2. El debate sobre si la cesión del uso de la vivienda a la prima del adjudicatario y su familia fue de tipo altruista y gratuito u oneroso e interesado no afecta al tipo aplicado, que concurre en cualquiera de los dos supuestos. Aquí lo que se reprocha no es sino que la vivienda se destine a fin distinto del de vivienda del adjudicatario, y tal conducta se ha producido, como deriva de los hechos que se acaban de declarar probados. Y no pudiendo aplicarse la excepción de la “justa causa” a que alude el párrafo anterior del mismo precepto (STS de 21 de diciembre de 1999), pues este caso se refería a uno en el cual la adjudicataria, que inicialmente compartió (no cedió) su vivienda con una sobrina, se vio obligada a abandonar el domicilio por la actitud agresiva de la misma, intentando su recuperación, incluso judicial, antes de la incoación del expediente sancionador (FD 4.º).

No dándose el supuesto determinante de la expropiación de una vivienda de protección oficial al utilizar la vivienda de protección oficial adjudicada para fines distintos del domicilio del propietario, sino ante la imposibilidad de usar como domicilio habitual dicha vivienda debido a la “conducta contumaz de una pariente, a quien se había permitido entrar en la misma por mera liberalidad de la dueña para compartir la morada y que hubo de ser lanzada de ella por decisión judicial al haberse posesionado indebidamente de un domicilio que no le pertenecía después de hacer insostenible la convivencia” (STS de 21 de diciembre de 1999, FD 6.º).

Entre las regulaciones autonómicas de la función social y el derecho a la vivienda, podemos citar la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, que prevé en su art. 5 que el ejercicio del derecho de propiedad debe cumplir su función social. Así, el art. 5.2 regula los supuestos en que existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas, reconociendo el art. 32.1 lo siguiente: “Si las obras, instalaciones o implantación de usos que deben realizarse en inmuebles en régimen de propiedad horizontal para cumplir el deber de conservación y rehabilitación hacen necesaria la expropiación o la ocupación temporal de elementos privativos o comunes de uso privativo, los interesados pueden instar a la Administración competente a incoar un expediente a tal fin”.

En la Comunidad Valenciana, señalar el artículo 57.3 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda, relativo a la adjudicación y gestión de las viviendas de promoción pública, donde se establece lo siguiente:

*La gestión del patrimonio de viviendas de promoción pública correrá a cargo de la Administración promotora, que podrá llevarla a cabo directamente o mediante convenio o contratos administrativos conforme*

*a la legislación vigente con entidades públicas o privadas o a través de sociedades instrumentales de capital público.*

*Para la adecuada gestión se podrán establecer programas para la normalización y regularización de las ocupaciones irregulares, situaciones de falta de pago o de falta de residencia habitual y permanente, y las Administraciones Públicas podrán recuperar la titularidad o disponibilidad de las viviendas mediante procedimientos de carácter administrativo, singularmente de desahucio, resolución administrativa de contratos de compraventa, recaudación ejecutiva por vía de apremio y desalojo de ocupaciones sin título o expropiación forzosa por incumplimiento de función social.*

*Estos programas podrán establecer sistemas de aplazamiento de pago y cambios del régimen de uso de las viviendas, y cuantas medidas se consideren oportunas para el mejor aprovechamiento del parque de viviendas de promoción pública.*

En Navarra destaca la Ley Foral 10/2010, del Derecho a la Vivienda en Navarra, modificada por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, regulando de los arts. 52 a 55 la expropiación forzosa, y en concreto el art. 52 las causas de expropiación:

*1. Podrán ser causas justificativas de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad cualquiera de los siguientes hechos:*

- a) Desatender un requerimiento para destinar efectivamente la vivienda protegida a domicilio habitual y permanente.*
- b) No destinar la vivienda protegida a domicilio habitual y permanente durante un plazo superior a un año sin haber obtenido la preceptiva autorización administrativa de desocupación.*
- c) Falsear los datos exigidos para acceder a la vivienda protegida.*

*2. Asimismo, se podrá considerar causa justificativa de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad:*

- a) Mantener una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable en virtud de la presente Ley Foral y no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a tal situación.*
- b) El incumplimiento de los plazos previstos para urbanizar o edificar terrenos destinados a vivienda protegida. Estos plazos serán los previstos en el Plan General Municipal del municipio donde radiquen los terrenos y, en su defecto, los establecidos en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.*

No obstante esta norma, señalar que el Tribunal Constitucional, por Providencia de 5 de noviembre de 2013, ha acordado admitir a trámite un recurso de inconstitucionalidad, entre otros, contra el artículo 2 (por cuanto modifica el artículo 52.2.a de la Ley Foral 10/2010) de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio. Recordar con esto el Dictamen 1031/2013 del Consejo de Estado, que al examinar la posible inconstitucionalidad de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, señaló que el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE establece un ámbito de competencia exclusiva del Estado, encerrando el mandato constitucional de mantener unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos entre los que se encuentra el de propiedad (artículo 33 CE). Lo que la STC 247/2007 denominó “sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de estos derechos”. Resultando que el efecto de la Ley Foral rompía este principio de igualdad, por la sencilla razón de que el contenido del derecho de propiedad de la vivienda, en un aspecto sustantivo de tal contenido y con relación a las personas jurídicas, pasaba a ser diferente en Navarra que en el resto del Estado.

En Extremadura, citar la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda, la Ley 6/2002, de 27 de junio, de medidas de apoyo en materia de autopromoción de viviendas, accesibilidad y suelo, y la Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal; y en Castilla y León, citar la Ley del derecho a la vivienda 9/2010, de 30 de agosto.

Por lo que se refiere a Andalucía, a results de la interpretación del “contenido esencial” del derecho, a los efectos de lo previsto en el artículo 53.1 CE (SSTC 11/1981, 161/1987, 292/2000, 154/2002, 22/1981 y 46/1983) y de la regulación contemplada en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, esta Ley fue analizada por el Consejo de Estado en su Dictamen 706/2013, de 4 de julio, para resolver que no era “conforme con la Constitución la imposición por la Comunidad Autónoma de Andalucía de un deber a los propietarios de viviendas definido como parte del contenido esencial de su derecho de propiedad, por más que tal deber se configure como manifestación de la función social que delimita el contenido del derecho de propiedad. En efecto, no parece constitucionalmente admisible que una comunidad autónoma pueda, en ejercicio de una competencia sectorial, determinar el concreto alcance del derecho de propiedad de viviendas, alterando con ello el contenido esencial que hasta ahora ha tenido, al imponer a los titulares de tales viviendas un deber de destinarlas a un uso determinado. Ello supone la eliminación de una de las facultades inherentes a la propiedad dominical, como es la relativa a la posibilidad de que el propietario decida cuál es el

uso que quiere dar a su vivienda, lo que sin duda constituye una ablación que la legislación autonómica no puede por sí sola imponer. Tal previsión no solo vulnera la competencia estatal en materia de legislación civil, en los términos antes expuestos, sino que también resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 de la Constitución. Y ello porque, en última instancia, la introducción de una medida como la que recoge el precepto autonómico examinado puede producir una quiebra de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales garantizada por la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.1 de la Constitución –y, en el ámbito civil, también por la que reconoce el apartado 8 del mencionado precepto, pues es claro que tal competencia tiende a asegurar la existencia de un contenido uniforme del Derecho civil en el conjunto del Estado, a salvo de las particularidades forales–. Y ello porque la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, definía el contenido esencial de tal derecho, “innovándolo mediante la creación *ex novo* de un deber de dar a tales viviendas un determinado uso, excluyendo cualquier otro”. Constituye una vulneración del art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, pues, tal y como resolvió el Consejo de Estado en su Dictamen 1188/2013, de 21 de noviembre, “se trata, en definitiva, de un deber que altera el contenido del derecho de propiedad, que transforma su régimen jurídico, al imponer a los titulares de las viviendas radicadas en una parte del territorio español el deber de destinarlas a un uso determinado, eliminando con ello una de las facultades inherentes a la propiedad dominical, como es la relativa a la posibilidad de que el propietario decida cuál es el uso que quiere dar a su vivienda”. Actualmente en Andalucía regula esta materia la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, que modificó diversas leyes autonómicas: Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda, y Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo.

En Aragón, fue analizada por el Consejo de Estado (Dictamen 641/2016, de 8 de septiembre) la constitucionalidad de determinados preceptos del Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, al destacar que este Decreto-ley autonómico impone a determinados propietarios de viviendas desocupadas un deber jurídico concreto, consistente en cederlas a la Comunidad Autónoma, a fin de que esta pueda ponerlas a disposición de personas con necesidad de alojamiento y que se encuentren en situación de vulnerabilidad; el Consejo de Estado resolvió que “tal deber jurídico se traduce, sin duda, en una privación singular de naturaleza patrimonial acordada imperativamente, pudiendo por ello considerarse como una modalidad de expropiación forzosa que presenta

similitudes con otras formas de expropiación reguladas por diversas comunidades autónomas, cuya adecuación al orden constitucional de competencias fue examinada por el Consejo de Estado en los dictámenes solicitados con carácter previo a la impugnación de las correspondientes normas”.

En este sentido podemos recordar otros pronunciamientos del supremo órgano consultivo del Estado, a saber: el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda (Dictamen 706/2013, de 3 de julio); la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (Dictamen 1031/2013, de 10 de octubre); la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía (Dictamen 1188/2013, de 21 de noviembre); la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda (Dictamen 164/2015, de 18 de marzo); la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio (Dictamen 108/2016, de 17 de marzo); y la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (Dictamen 149/2016, de 21 de abril). Finalmente, el Dictamen 641/2016, de 8 de septiembre, con fundamento en la STC 93/2015, de 14 de mayo, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, llegó a la conclusión de que, dictada por el Estado una normativa con incidencia en el sistema de ejecución hipotecaria, si una comunidad autónoma interfiere con su decisión normativa en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE, afectaría a la distribución constitucional de competencias, lo que ocurrió en la norma aragonesa, en particular en la imposición a determinadas personas jurídicas de la cesión a la comunidad autónoma de las viviendas procedentes de procedimientos de ejecución hipotecaria, lo que para el Consejo de Estado “dificulta o perturba la efectividad de los mecanismos arbitrados por el Estado para la regulación del sistema de ejecución hipotecaria”.

## 4.2

### **La propiedad agraria y la función social. La STC 37/1987, de 26 de marzo**

Este tipo de expropiación forzosa es conocida como expropiación-sanción; no es, en sentido estricto, una sanción –reconoció la STS de 26 de noviembre de 1991–, sino un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de

la función social de la propiedad. Recordar en este sentido al profesor HUERGA LORA<sup>19</sup>, para quien esta expropiación-sanción “no tiene una finalidad punitiva, sino que es el mecanismo previsto por la ley para conseguir que se cumpla la norma que establece un determinado fin o destino para el bien, no es en sentido estricto una sanción”, por lo que no se le aplicaron los principios del procedimiento sancionador (arts. 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –STC 47/1989, de 16 de febrero-). Recordar además que la STS de 26 de noviembre de 1991 resolvió no haber lugar a infracción del artículo 9.3 CE, al quedar “plenamente garantizados los principios de legalidad y de jerarquía normativa sin que se pueda apreciar infracción del principio de irretroactividad de actos o disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, pues como pone de relieve la STC 37/87 de 26 de marzo, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a ahora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad reconocido en la Constitución –art. 33 –, y en este orden de cosas hay que recordar que el art. 128.1 del texto fundamental subordina toda riqueza del país, en sus distintas formas y cual fuere su titularidad, al interés general; que el artículo 40 impone todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución la renta regional y personal mas equitativa; que el artículo 45 ordena los poderes públicos para que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva; o que finalmente el artículo 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y en particular, de la agricultura y ganadería”. Pronunciamientos que guardan estrecha relación, por lo que se refiere a la función social en la propiedad agraria, con la advertencia del profesor FONT I LLOVET<sup>20</sup> sobre el conjunto de factores que acreditan el elevado “grado de protagonismo público que hoy se produce en el conjunto del sector económico de la agricultura. Pensemos, por ejemplo, en el régimen de propiedad y aprovechamiento del agua, que tanto influye en la ordenación de la estructura de la empresa agraria, o en todo el tema de la realización pública de las grandes obras de infraestructura agraria como las hidráulicas y de regadíos”. Por lo mismo, el profesor POMED

19. HUERGA LORA, A., *Las Sanciones Administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 313.

20. FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, enero-diciembre 1983, p. 2824.

SÁNCHEZ<sup>21</sup> consideró que “la agricultura, entendida en términos amplios, es un ámbito de la realidad social incisivamente intervenido por los Poderes Públicos y sobre el que se proyectan, con intensidad variable, la totalidad de las ramas del ordenamiento. En el bien entendido que se trata de una realidad en absoluto exclusiva de lo agrario; antes bien, común a la totalidad de sectores económicos (industria, comercio, banca, etc.), sin que ello pueda servir como argumento decisivo para cimentar una completa disciplina dotada de sustantividad propia”.

Ahora bien, analizando la reversión a la luz de la Ley 7/1983, de 29 de junio, de expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras Sociedades que componen el Grupo “Rumasa, S.A.”, la STS de 18 de marzo de 1997, FD 5.ª), refirió que “cuando es la Administración misma, en su condición de beneficiaria inmediata, quien incumple el fin social que justificó la expropiación, es ejercitable por los expropiados el derecho reversional con base en el artículo 2.2.º REF”. Recordar así la jurisprudencia emanada de las SSTS de 20 de diciembre de 1994 y de 16 de octubre de 1995, (FD 2.º), que recogen la doctrina seguida en este sentido, pues, si bien la expropiación legislativa singular operada por la Ley 7/1983, de 29 de junio, no se identifica con la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, al no tener un signo sancionatorio, es innegable que, dada la *causa expropiandi* que se enuncia en el artículo 1.º de dicha Ley, y el propósito perseguido de atribuir a la Administración del Estado, como beneficiaria inmediata, la adquisición del pleno dominio de los derechos expropiados, nos encontramos –recordó el tribunal Supremo– “ante una expropiación asimilable a las de dicha naturaleza, por lo que el régimen jurídico trazado por la ley singular expropiatoria es lógico que se acomode a los principios que rigen aquella, y, en consecuencia, no se está en presencia de una eliminación radical del derecho de reversión, sino, como sucede en la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, ante una eliminación relativa o parcial de tal derecho”; para a continuación aclarar que, trasladando la regulación de los artículos 73 a 75 LEF al ámbito de la expropiación legislativa operada por la Ley 7/1983, “no existe derecho de reversión si el beneficiario mediato o tercer adquirente de las acciones transmitidas incumpliera el fin o fines de interés social, ni tampoco es invocable el derecho de reversión cuando la Administración del Estado, como beneficiaria inmediata y directa de la operación expropiatoria, ena-

21. POMED SÁNCHEZ, L., “La distribución de competencias sobre agricultura en el marco de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, n.º 148, enero-abril 1999, p. 137.

jena la totalidad o parte de las acciones o participaciones expropiadas, con base en el solo dato de la pura y simple enajenación, pues no nos hallamos ante una expropiación de destino único o exclusivo en manos del sector público, sino ante una medida expropiatoria en la que el cumplimiento del interés social legitimador puede deferirse a un tercero, tal como previenen los dos primeros apartados, antes examinados, del artículo 5.º de la citada Ley 7/1983”.

En este mismo sentido, recordar que la reversión es un derecho de configuración legal (STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 6.º, y STS de 8 de abril de 1997, FD 2.º), lo que supuso para la STS de 12 de diciembre de 1994 (FD 5.ºb) que “el derecho de reversión no está reconocido, cuando de expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad se trata, en dos supuestos: a saber, cuando existe beneficiario particular y este incumple a su vez la función social desatendida por el expropiado, no se apodera a este con el derecho de retrocesión de los bienes expropiados, pues en tal caso el art. 74 LEF previene que, no obstante la desafectación por el no cumplimiento de la *causa expropriandi*, la Administración expropiante dispone de la opción contenida en el ap. d) art. 75, pudiendo optar entre adquirir (readquirir) la cosa o derecho, o bien dejarlos en estado público de venta”. Añadiendo que “el mero hecho de la enajenación o adjudicación a un tercero, que tiene el carácter de beneficiario, no habilita tampoco para revertir los bienes expropiados, pues se acomoda a los principios que inspiran esta modalidad expropiatoria el que la carga de afectar los bienes al fin de interés social que legitimó la expropiación no se atribuya a la Administración expropiante, sino que se desplace a un tercero o particular, sea persona física o jurídica, que actúa como beneficiario de la expropiación y al que incumbe la carga de afectar el objeto expropiado a dicho fin, como se desprende de los arts. 73 y 75 de la Ley General de Expropiación”.

La fijación del contenido del derecho de propiedad privada, pues, se debe hacer no apoyándose solo en la vertiente subjetiva del derecho o los intereses individuales, sino incluyendo la referencia a la función social como parte integrante del derecho mismo. Además, en materia de la reforma agraria, en cuanto a la expropiación de uso por incumplimiento de la función social de la propiedad, la expropiación-sanción, la STC 42/1989, de 16 febrero (FD 4.º), manifestó que “de esta denominación doctrinal no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva [...], sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad”. En cualquier caso no debemos confundir la utilidad pública o el interés social, presupuesto

de toda expropiación (artículo 33.3 CE), con la función social que delimita el contenido del derecho de propiedad (artículo 33.2 CE), que de ser incumplido puede legitimar la expropiación.

En este sector constituyeron hito legal el Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que refundió toda la legislación básica de estructuras agrarias desde 1939, y la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que modificó el artículo 28.3 y los artículos 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Pues bien, el Tribunal Constitucional tomó postura en este sector y regulación en su conocida STC 37/1987, de 26 de marzo, para apuntar la función social del derecho a la propiedad privada, y que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Reforma Agraria de Andalucía (Ley 8/1984, de 3 de julio)<sup>22</sup>, norma que el Estado consideraba contraria al artículo 149.1.8 CE, en el que se le reconoce con carácter exclusivo competencia en materia de legislación civil, en la medida en que regulaba la función social de la propiedad y, en consecuencia, el derecho mismo de propiedad, núcleo de la legislación civil. Así, el Tribunal Constitucional consideró, empero, que tal planteamiento no era acertado, afirmando que “en el fondo del mismo” subyacía “una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que solo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de leyes especiales”. Frente a ello, la Sentencia recordó que “el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone [...] la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido. Como es lógico, esta delimitación no se opera ya solo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Así ocurre [...] en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas, que se superpone a la legislación civil propiamente dicha. Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de ‘reforma y desarrollo del sector agrario’, como efectivamente así es según dispone el

<sup>22</sup>. PÉREZ ROYO, J., “Crónica jurídica de la reforma agraria andaluza”, *Revista jurídica de Navarra*, n.º 5, 1988, pp. 11-36.

artículo 18.1.4 de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar, asimismo, sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley de Reforma Agraria impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el art. 149.1.8 de la Constitución” (Dictamen del Consejo de Estado 706/2013, de 4 de julio).

Partiendo del reconocimiento del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación sobre expropiación forzosa, situemos el contenido del pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional reflejado en su STC 37/1987, de 26 marzo, que resolvió que “[...] la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado [...], [lo cual] no excluye que por ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquella deba servir” (FJ 6.º). De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquella debe servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las comunidades autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social, “tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquellas, o a la no menos absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías, hayan sido declarados como tales por las leyes del Estado en materias sobre las que este ha dejado de tener competencia”.

Además, a la luz de la competencia estatal sobre la legislación de expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE), se impone que las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental las fije el Estado, pudiendo las comunidades autónomas regular elementos, y definir, desde sus competencias, *causa expropriandi* que concrete la normativa del Estado (SSTC 37/1987, 186/1993, 319/1993 y 251/2006). Considerando la interpretación del principio de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles (SSTC 37/1981 y 17/1990, de 7 de febrero, FD 16.º) en cualquier parte del territorio nacional, tal principio “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional,

se tienen los mismos derechos y obligaciones” (FD 2.º); de manera que la legislación sobre expropiación forzosa compete en exclusiva al Estado, mientras que las comunidades autónomas pueden establecer por ley, en materias de su competencia, los casos en que procede aplicar el instituto expropiatorio, determinando la *causa expropiandi* y los fines a que aquel ha de servir (SSTC de 7 de junio de 1993 y de 25 de julio de 2006).

A raíz de las SSTS de 4 de abril de 1997 y de 26 de noviembre de 1991, se reconoció que las medidas de reforma agraria son expresión del sentido y contenido del derecho de propiedad contemplado en la Constitución española, desde la perspectiva de su función social (art. 33.2 CE), y que la obligación de aportar los datos reales de aprovechamiento de las explotaciones de los últimos cinco años no supone un carácter retroactivo, ni de ello cabe derivar efectos de carácter sancionador o restrictivo de derechos, como tampoco supone presunción de culpabilidad, sino que “tal obligación lo es de futuro”, con un contenido referido a la simple mención de los datos fácticos que permiten conocer el resultado de las explotaciones agrarias, obtenidos durante los últimos cinco años, y si el mismo se corresponde con la función social de la propiedad, evaluación que se ha de realizar en relación con los criterios y las pautas imperantes en los años a que respectivamente se refieran.

### 4.3

#### La función social y el urbanismo. Carácter estatutario de la propiedad del suelo

La expropiación forzosa por incumplimiento de la función social guarda directa relación con el urbanismo y en concreto con el suelo urbano, al reconocerse el carácter estatutario de la propiedad del suelo. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y cambiante —apunta CASTELAO RODRÍGUEZ—<sup>23</sup>, en cuanto conjunto de derechos y deberes del propietario del suelo que puede variar, sabiendo que las decisiones sobre un terreno se adoptan con la premisa de la función social que cumple el suelo, decisiones que corresponden en buena medida a la Administración. La función social es un elemento que dispone de una enorme trascendencia en el reconocimiento y ejercicio del derecho de la propiedad, pues siendo históricamente ilimitado, quedan recordadas sus facultades y por ello su contenido, y se verán impuestos una serie

23. SANTOS DÍEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, 7.ª ed., Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2008.

de deberes y cargas a los propietarios, que tienen que cumplir, reconocidos en nuestra legislación urbanística desde la Ley del Suelo de 1956. Así, resultando ser el estatuto de la propiedad del suelo una combinación de facultades y deberes, se destaca la ordenación urbanística –Miguel CORCHERO<sup>24</sup> como función pública de organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como de la transformación y edificación, con el objeto de la disposición de los usos concretos en cada tipo de suelo.

La propiedad inmobiliaria, pues, es una propiedad estatutaria, por estar conformada por las facultades señaladas por la ordenación urbanística. Esta delimitación de la función social del régimen básico de la propiedad del suelo mediante delimitación de sus facultades, se reconoció en los derogados Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en la actual regulación del TRLS/2008. En particular, comenzando con la previsión de sus arts. 3.1 y 7, y, en el actual régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo, siguiendo con la del art. 11.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: “El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”, y el art. 4.1: “La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes”. Terminando, así, con la previsión de los arts. 5 y 6, que enumeran los derechos, deberes y cargas, entre los que se encuentran: los derechos a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible; a acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público; a acceder a la información sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental; a participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio, y a ejercer la acción pública. Y los deberes de dedicar las instalaciones, construcciones y edificaciones a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística, y de conservarlas en las condiciones legales para

24. CORCHERO, M., *Derecho Urbanístico de Extremadura. Tomo I*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 68.

servir de soporte a dicho uso, y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles, quedando vinculado dicho contenido a las características objetivas, destino y clasificación que tengan según la ordenación urbanística, y a la función social que deben cumplir en virtud del mandato constitucional del art. 33.2 CE.

Se encuentran también referencias normativas al carácter estatutario de la propiedad del suelo en la legislación autonómica, caso de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (art. 3.1), y de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura [art. 5.1 a), b) y c)]. Por tanto, y según el Tribunal Constitucional (STC 111/1983), el derecho previsto en el art. 33 CE es reconocido desde la vertiente institucional y desde la individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación. La Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, lo reconoce en su art. 2.1, así como lo hacen la Ley 9/2001, de 17 de junio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de vivienda protegida de la Comunidad de Madrid.

Al ser por tanto el urbanismo una función pública y no una expectativa privada, al ejercer la potestad de planeamiento, la Administración delimita el alcance del derecho de cada propietario del suelo que se vea afectado por cada actuación urbanística. El mandato constitucional para servir con objetividad a los intereses públicos que recae en la Administración (art. 103.1 CE) se concreta en lo que denomina el profesor LINDE PANIAGUA<sup>25</sup> cláusula de transformación del art. 9.2 CE, que impone a los poderes públicos promover 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 manera que en el sector urbanístico la potestad administrativa de la expropiación forzosa supuso, según CORRAL GARCÍA<sup>26</sup>, la uniformidad expropiatoria para todas las Administraciones y la prevalencia de la LEF, que llevó a una cruda crítica del profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>27</sup>, al afirmar cómo nuestro sistema de

25. LINDE PANIAGUA, E., *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la administración en la sociedad*, Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 47.

26. CORRAL GARCÍA, E., *Expropiación municipal. Especial referencia a la expropiación en las Leyes Urbanísticas de las Comunidades Autónomas*, 2.ª ed., Ed. LA LEY, Madrid, 2008.

27. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, "Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un sistema de determinación del justiprecio", *Revista de Administración Pública*, n.º 166, enero-abril 2005, p. 7.

expropiación forzosa permite sea enormemente fácil privar a un ciudadano de su propiedad. La declaración de utilidad pública o interés social de la causa legitimadora del ejercicio de la potestad expropiatoria se entiende hoy implícita como regla general en cualquier actuación de las Administraciones Públicas, a resultas de la proliferación de leyes sectoriales que así lo establecen, lo que ha terminado por eliminar pura y simplemente lo que la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 calificó de auténtico presupuesto, de requisito “indispensable” de toda operación expropiatoria, calificación que hoy resulta directamente del artículo 33 de la Constitución.

Actualmente nos encontramos con que se van introduciendo medidas de control ambiental vinculadas, en un principio, al concepto general de crecimiento urbano<sup>28</sup> mediante un principio de ordenación territorial sostenible que aparece en el TRLS/2015, y se consigue reforzar límites tradicionales a la potestad de planeamiento, por cuanto de este principio nacen criterios sustantivos que reducen la discrecionalidad del planificador, alentados hacia el fin común de utilización del suelo conforme al interés general y respeto al principio de desarrollo sostenible; de manera que, en opinión del profesor TEJEDOR BIELSA<sup>29</sup>, se deberá propiciar el uso racional de los recursos naturales, armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente (STSJ del País Vasco, Sentencia de 4 Mayo 2011), resultando que la protección del ambiente es antecedente –declara el profesor NEVADO-BATALLA<sup>30</sup> para el ejercicio y desarrollo de los derechos constitucionales (protección a la familia, protección de la salud, o derecho a una vivienda digna y adecuada), siendo especial la atención a la variable ambiental al analizar las realidades de clara responsabilidad pública e implicación ambiental como son la ordenación del territorio y la regulación de la actividad urbanística.

Considera nuestra jurisprudencia los convenios expropiatorios como aquellos mediante los cuales los propietarios ceden, en un polígono delimitado en el plan general, terrenos de su propiedad a cambio del reconocimiento de una determinada edificabilidad (SSTS de 24 de marzo de 1984; 31 de

28. MORENO MOLINA, Á. M., *Urbanismo y medio ambiente. Las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

29. TEJEDOR BIELSA, J., “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción”, *Revista de Administración Pública*, n.º 181, enero-abril 2010, p. 110.

30. NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “Urbanismo y sostenibilidad. La integración de la dimensión ambiental en la normativa urbanística extremeña”, en CORCHERO, M. (coord.), *Derecho Urbanístico de Extremadura. Tomo I*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 559.

marzo, 18 de junio, 16 y 18 de julio, 23 de octubre, 28 de noviembre y 14 de diciembre de 1990; 24 de diciembre de 1994, y 3 de noviembre de 1999), aceptándose (STS de 24 de abril de 1997) que un convenio sobre enajenación a un ayuntamiento de un terreno propiedad de un particular se incardina causalmente en una operación de expropiación forzosa, y está sometido a la disciplina normativa de esta institución, aun no constando que se haya iniciado formalmente un procedimiento expropiatorio.

En cuanto al reconocimiento de este tipo de expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, para CORRAL GARCÍA<sup>31</sup> la regulación de los requisitos para acordar la expropiación y su sistema de responsabilidad patrimonial los convierte en puntos capitales del ordenamiento vigente, en cuanto configuran con absoluta plenitud una cobertura patrimonial general de los administrados frente a la actuación dañosa de la Administración, garantizando un justo equilibrio entre el interés público y los intereses particulares. A resultas de lo dicho, cuando se ejerza esta potestad expropiatoria debe respetarse el principio de proporcionalidad, de forma que produzca el mínimo sacrificio en la situación patrimonial del afectado. Así, a propósito de la necesidad de ocupación, señala el art. 15 LEF que se concretará “a los bienes o adquisición de derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación”. Por esta razón, en relación con el control judicial, el mismo se extiende no solo a la finalidad de la *causa expropiandi*, sino también a la concreción específica de los bienes expropiados, que han de ser los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación, que ha de lograrse con el mínimo sacrificio posible de la propiedad privada (STS de 30 de diciembre de 1991 y STC 48/2005, de 3 de marzo).

## 5

### Conclusión

Se estipula en el art. 71 LEF lo siguiente: “Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva”. Resultando que nos encontramos ante una

31. CORRAL GARCÍA, E., *Expropiación Municipal*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2000, p. 53.

expropiación que impone al beneficiario, como señala LÓPEZ-NIETO<sup>32</sup>, la carga de cumplir la función desatendida, causa de la expropiación, en un plazo que no podrá exceder del que se señaló al expropiado.

Los requisitos necesarios para la aplicación de este tipo de expropiación los señala el art. 72 LEF (al que remite el art. 88.1 REF) en estos términos:

*Primero. La declaración positiva de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica.*

*Segundo. Que dicha declaración sea formulada por ley o por decreto acordado en Consejo de Ministros.*

*Tercero. Que la Ley contenga inequívocamente la intimación de expropiación forzosa frente al incumplimiento.*

*Cuarto. Que para la realización de la específica función señalada se haya fijado un plazo y a su vencimiento aquella función resultare total o sustancialmente incumplida por el propietario.*<sup>33</sup>

Podemos, pues, clasificar los supuestos en que se puede acordar la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad en estos sectores de intervención de la Administración:

*A1.– La función social de la propiedad agraria*<sup>34</sup> vinculada a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir, reconociéndose con el profesor LÓPEZ RAMÓN<sup>35</sup> que la función social de la propiedad rústica condiciona también el ejercicio de la libertad de empresa en el ámbito agrario.

*A2.– La función social de la propiedad del suelo urbano.* Según la STC n.º 166/1986, de 19 diciembre (FD 13.º): “Los términos en que se expresa el art. 33.3 de la Constitución, al hablar de ‘causa justificada de utilidad pública o interés social’ sin contener referencia alguna al destino final de los bienes y derechos expropiados, permiten afirmar que la concepción constitucional de la *causa expropriandi* incluye tanto las expropiaciones forzosas en que el fin predetermina el destino de los bienes y derechos, como aquellas otras en que el fin admite varios posibles destinos”. Visto el principio de vincular la utilización del suelo, en coherencia con su utilidad pública y con la función

32. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual de Expropiación Forzosa*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1990, p. 96.

33. ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 720.

34. BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 24 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza”, *Revista de Administración Pública*, n.º 119, pp. 209 y ss.

35. LÓPEZ RAMÓN, F., en MARTÍN REBOLLO, L. (dir.), *Derecho Administrativo Económico, Parte II*, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 354.

social de la propiedad, a los destinos públicos o privados congruentes con la calidad del medio urbano o natural, la protección del interés público está presente en las modificaciones del planeamiento que instrumente la Administración, resultando sumamente escueta la justificación del interés general que motiva la modificación de planeamiento del art. 5.1.a) de la Ley del Suelo de Extremadura 15/2001 (Consejo Consultivo de Extremadura, Dictamen n.º 574/2011, de 1 de diciembre).

A3.– Finalmente señalar *la función social de la propiedad de las viviendas de protección oficial*. Para su comprensión debemos acudir en primer lugar a la Ley 24/1977, de 1 de abril, de expropiación forzosa por incumplimiento de la propiedad de viviendas de protección oficial construidas por el Ministerio de la Vivienda y los organismos dependientes del mismo, reflejándose en el primer artículo el interés social a efectos expropiatorios. Analizada por el supremo intérprete de la Constitución (SSTC 46/1982, de 12 de julio, y 172/1990, de 12 de noviembre; y ATC 1243/1988, 14 de noviembre)<sup>36</sup> y por el Tribunal Supremo (SSTS de 27 de noviembre de 1985, 23 de febrero de 1987 y 23 de junio de 1989)<sup>37</sup>, se consideró que las viviendas de protección oficial están afectadas a un fin de servicio público, permitiendo acercar su régimen jurídico al propio del dominio público caracterizado por su variedad, y resultando determinante el cumplimiento de los requisitos por los potenciales beneficiarios [por ejemplo, art. 37.1.c) de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, o art. 5 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía], no solo en cuanto fundamental para la obtención de la vivienda en cuestión a la luz de la ordenación aplicable, sino también como relevante para la obtención de su finalidad (dictámenes 704/2009, de 3 de diciembre, y 532/2010, de 21 de julio).

Finalmente, en cuanto a las cuestiones derivadas de la regulación comentada<sup>38</sup> sobre la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, el profesor ESCUÍN PALOP<sup>39</sup> destaca que de la literalidad del art. 75.b) LEF (“[...] la Administración podrá expropiar la cosa directamente, por su justo precio, para adjudicarla posteriormente”) cabe interpretar la práctica

36. BELTRÁN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa en la vivienda: aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

37. IBARRA SÁNCHEZ, J. L., “Desahucio administrativo en materia de viviendas de protección oficial”, *La Toga*, n.º 151, noviembre-diciembre 2004.

38. NAVARRO PÉREZ, J. L., *Expropiación forzosa (Comentarios, jurisprudencia y textos positivos complementarios)*, Ed. Comares, Granada, 1991, p. 172.

39. ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 727.

desaparición del beneficiario en los trámites esenciales del procedimiento, en particular en la determinación del justo precio.

En todo caso, la salvaguardia del contenido esencial de este derecho de configuración legal constituye una de las cuestiones más complejas que presenta el estudio del derecho de propiedad, respecto de la cual también nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente. Para el supremo intérprete de la Constitución, “la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en esta subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social”, aun cuando ello “no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho” (STC 37/1987, FD 2.º) ni determinar “la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien” (STC 89/1994, FD 5.º).

En definitiva, siguiendo a la profesora GONZÁLEZ BUSTOS<sup>40</sup>, la adquisición de bienes mediante expropiación forzosa no tiene por objeto que los mismos formen parte del patrimonio privado de la Administración, ya que no constituye una modalidad de adquisición de bienes de propios, pero sí en cambio de adquisición de patrimonio público, al afectarse los bienes a una finalidad pública, pues en definitiva, resultando que el derecho de propiedad es un derecho fundamental, como señala el profesor REY MARTÍNEZ<sup>41</sup>, se caracteriza, ante todo, porque tiene un contenido esencial o umbral mínimo que limita al legislador de la propiedad.

40. GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á., *Los Bienes de Propios. Patrimonio Local y Administración*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 136-137.

41. REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 3, mayo-agosto 1994, p. 172.

# La regulación de los consorcios, con especial consideración de los consorcios locales

ANTONIO PANIZO GARCÍA

*Abogado del Estado.*

*Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*

1. **Introducción**
2. **Conformación histórica de los consorcios antes de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local**
  - 2.1. Nacimiento y evolución
  - 2.2. Los consorcios como entidades locales
3. **Las innovaciones de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa**
  - 3.1. Las modificaciones introducidas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
    - 3.1.1. Régimen general
    - 3.1.2. Regímenes especiales
  - 3.2. Los artículos 12 a 15 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa
4. **La regulación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Efectos de la regulación vigente sobre los consorcios en el ámbito local**
5. **Conclusión**

## Resumen

El artículo analiza pormenorizadamente la evolución histórica del régimen jurídico de los consorcios, tanto con anterioridad a la entrada

---

*Artículo recibido el 25/01/2017; aceptado el 21/04/2017.*

en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, como después de esta, examinando tanto las innovaciones incorporadas por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, como el régimen actualmente vigente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El artículo se detiene en el régimen de los consorcios de la Administración local, analizando en particular la inconstitucionalidad sobrevenida a consecuencia del efecto de aquellas nuevas leyes estatales, normas básicas, sobre las leyes de las comunidades autónomas que configuraban los consorcios como entidades locales. Culmina el autor con un análisis crítico del régimen actual, tanto de sus aciertos, en particular la fijación de un régimen unitario, como de sus insuficiencias y dificultades, en particular en lo que al modo de adscripción a un sector público se refiere.

Palabras clave: *consorcios; entidades locales; normativa básica; inconstitucionalidad sobrevenida; régimen del sector público; reforma de las entidades locales.*

## **The regulation of local consortiums**

### **Abstract**

*This article analyzes in detail the historical evolution of the legal framework of consortiums, before and after the entrance into force of Law 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of local administration. The article examines the innovations of Law 15/2014, of 16 September, on the rationalization of the Public Sector and other administrative reforms such as the legal framework of Law 40/2015, of 1 October, on the Public Sector. The article explores the legal framework of local consortiums and, particularly, it analyzes the supervening unconstitutionality of Autonomous Communities legislation on local consortiums because of the entrance into force of the new basic State laws. Finally, the article critically analyzes the current legal framework and highlights the pros –such as the unitary legal framework– and cons, in particular, the adscription system of public services.*

*Keywords:* consortiums; local entities; basic State laws; supervening unconstitutionality; public sector; reform of local entities.

## 1

### Introducción

La figura del consorcio, originariamente local, se ha extendido al conjunto de las Administraciones Públicas territoriales.

Durante muchos años los consorcios vivieron en la práctica anomia, con una escasísima regulación, predominantemente local.

La figura de los consorcios, una persona jurídica cuyas características quedaban al amparo de las partes que convenían su creación, escapaba permanentemente a todo tipo de controles administrativos y, especialmente, económico–financieros.

Los problemas ligados a esa falta de control se agravaron con la aparición, tras la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante CE), de una organización territorial descentralizada del Estado, con expreso reconocimiento de la autonomía local, en tanto que el consorcio como instrumento de cooperación interterritorial, caracterizado por la pluralidad y diversidad de formas y regímenes, sufre una importante expansión.

Así, aparecen consorcios en que ninguna de las Administraciones territoriales participantes en forma directa o indirecta tiene el dominio o la participación mayoritaria, lo que impide su integración en un sector público determinado y, por consiguiente, el efectivo control económico–financiero y administrativo, convirtiéndose con ello en uno de los mecanismos preferidos para la denominada “huida del derecho administrativo”.

Esta situación de anomia ligada a la falta de control efectivo, ha cambiado sustancialmente con las normas que, en el marco histórico de la “gran recesión” iniciada en 2008, han reformado las Administraciones Públicas.

Así, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), inicia un camino hacia la regulación de la figura de los consorcios, no solo en el ámbito local, sino común a todas las Administraciones territoriales, camino que se afianza con la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (en adelante L 15/2014), que vuelve a regular con carácter general determinados aspectos de los consorcios, y desemboca en la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que aspira a dar una regulación completa de la institución.

No obstante el camino andado en la regulación del régimen de los consorcios, la regulación vigente no está, sin embargo, huérfana de dificultades, en particular en lo que a la integración en los sectores públicos territoriales de tales instituciones se refiere, aspecto del que nos ocuparemos en la parte final de nuestro ensayo.

## 2

### Conformación histórica de los consorcios antes de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local

#### 2.1

#### Nacimiento y evolución

Como señaló José Antonio PÉREZ TORRENTE<sup>1</sup>, no era posible reconducir a unidad, ni en la teoría ni en la práctica, la enorme variedad de organizaciones o instituciones que adoptaron la denominación de consorcio. Figuraban entre ellas meras asociaciones sin personalidad jurídica, así como personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público. Los había creados por leyes singulares, y otros previstos con carácter sectorial.

Esto no obstante, dejando a un lado aquellos entes con denominación de consorcios regulados por la legislación sectorial, singularmente los consorcios de zona franca, nos centraremos en el régimen jurídico inmediato precedente a las reformas de la LRSAL, que se encontraba tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LrBRL), como en la escasa referencia contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), caracterizando por tanto a los consorcios que nos ocupan, con PÉREZ TORRENTE, como aquellas personas jurídicas públicas, de naturaleza asociativa y carácter no territorial, constituidas voluntariamente por diversas Administraciones Públicas o por estas con ciertas entidades privadas, caracterización recogida por la jurisprudencia tanto mayor como menor<sup>2</sup>.

1. José Antonio PÉREZ TORRENTE, “Los consorcios”, *Autonomías. Revista catalana de derecho público*, n.º 21, 1996.

2. Así, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1.ª, número 111/2001, de 25 de enero de 2001, señala que “el consorcio tiene una naturaleza asociativa con personalidad jurídica propia, independiente respecto a las entidades que la integran, que no desaparecen

Además, como señalaba la jurisprudencia, los consorcios, teniendo en cuenta la gran variedad de posibles fines y partícipes en los mismos y su consiguiente mayor o menor complejidad, no tenían una organización rígida e indisponible, sino que la legislación la había flexibilizado, encomendando a sus estatutos la adopción de la que se considerara más idónea a las necesidades de su buen funcionamiento<sup>3</sup>.

Como es bien sabido, la institución del consorcio surgió en nuestro ordenamiento en el ámbito de la legislación local, inicialmente en los reglamentos de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952 (en adelante ROF), y de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante RSCL), y de ahí se pasó al Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local (RD 3046/1977), que los configura además de como entes asociativos voluntarios como entidades locales –singularidad que analizaremos con detalle más adelante–, y posteriormente y, en fin, ya en el régimen constitucional, a los artículos 87 de la LrBRL y 110 del texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL).

Los artículos 87 de la LrBRL y 110 del TRRL configuraron el consorcio, en cuanto a su composición subjetiva, como integrado tanto por Administraciones Públicas como, en su caso –por primera vez en nuestra legislación–, por entidades privadas sin ánimo de lucro, siempre que sus fines fuesen concurrentes con los de las Administraciones Públicas, y en cuanto a su objeto permitían la mayor amplitud de fines siempre que fuesen de interés común, pudiendo por tanto acoger cualquier actividad en el ámbito de las Administraciones o los entes consorciados.

Por lo que se refiere a su creación, tanto la LrBRL como el TRRL no se pronuncian en cuanto al instrumento, si bien, por su propia naturaleza, exigía un acuerdo de voluntades de los consorciados, siendo necesario aprobar unos estatutos que funcionasen como norma de organización y funcionamiento, y siendo exigible acuerdo de la mayoría absoluta del pleno de la entidad local para la participación en la constitución del consorcio (artículos 22.2.b, 47.2.g y 87 de la LrBRL).

---

ni pierden en el momento su poder dispositivo para constituir el consorcio, entrar en uno ya creado o separarse del mismo. El consorcio constituye un ente instrumental de carácter institucional o una entidad pública corporativa”.

3. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso–Administrativo, sección 7, ROJ 6500/1997, de 3 de noviembre de 1997.

El artículo 6.5 de la LRJPAC recogió por primera vez la figura del consorcio en un ámbito distinto del local, si bien ciñéndolo a la gestión de los convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas, ligando por ello su creación a la existencia de un previo convenio de colaboración.

Así las cosas, la legislación anterior a la LRSAL determinaba la existencia de dos marcos reguladores distintos, el de los consorcios a los que hacía referencia el artículo 6.5 de la LRJPAC y el de los consorcios regulados en la LrBRL<sup>4</sup>.

## 2.2

### Los consorcios como entidades locales

El distinto marco normativo, local de un lado, general de otro, era particularmente complejo antes de la LRSAL por la configuración de determinados consorcios como entidades locales.

Esta configuración dio lugar a posiciones encontradas reflejadas en la legislación autonómica, la jurisprudencia y la doctrina sobre la condición de entidad local o no de los consorcios.

La cuestión se planteaba por cuanto el artículo 107.2 del RD 3046/1977 atribuía a los consorcios constituidos por entidades locales la condición de entidad local.

Esta normativa preconstitucional, por tanto anterior al reconocimiento de la autonomía local de los municipios y provincias, choca con la regulación que se promulga tras la CE por el legislador básico estatal.

En efecto, la LrBRL, que derogaba el RD 3046/1977, en su primitiva redacción, no incluyó entre las entidades locales enumeradas en su artículo 3 a los consorcios, y establecía en su artículo 87.1 que las entidades locales pueden constituir consorcios no solo con otras Administraciones Públicas para fines de interés común, sino también con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas.

Del mismo modo el artículo 110 del TRRL, que permitía, al igual que la LrBRL, la constitución de consorcios no solo con Administraciones Públicas,

---

4. Este distinto marco regulador que daba distinto carácter a uno y otro tipo de consorcios se pone por lo demás en evidencia en la legislación estatal; así, en la redacción original del artículo 2.1.h) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, anterior a su modificación por la disposición final 8.1 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

sino también con entidades privadas sin ánimo de lucro, no atribuye a aquellos la condición de entidades locales.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió, en una doctrina si no contradictoria al menos imprecisa, que el listado de entidades locales del artículo 3.2 LrBRL tenía carácter abierto, de modo que los consorcios podían ser entidades locales en determinadas circunstancias, siempre que estuvieran participados por entidades locales sin presencia de entidades de derecho privado (SSTS de 30 de abril de 1999, 28 de noviembre de 2007 y 15 de septiembre de 2011)<sup>5</sup>.

5. Así, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7, ROJ 2955/1999, de 30 de abril de 1999, señala: “[...] la circunstancia de que los consorcios no vengan incluidos como entidades locales en el artículo 3 de la Ley 7/1985 no impide la caracterización como ente local del Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias, ya que la enumeración que verifica el apartado segundo de este precepto no tiene carácter exclusivo. Es cierto que el artículo 107.2 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, atribuía a los consorcios la condición de entidades locales, y que esta norma no se reitera en el artículo 110.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), pero ello se debe a que, dada la amplitud de fines que pueden asumir los consorcios, así como tomando en cuenta que pueden constituirse con entidades privadas sin ánimo de lucro, posibilidad que no admitía el artículo 107 del Decreto 3046/1977, el Texto Refundido de 1986 no ha querido caracterizar a todos los consorcios que puedan constituirse al amparo de su artículo 110 como entidades locales, pero sin negarles tampoco tal consideración, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el consorcio constituido es o no una entidad local [...]”, criterio que se ratifica sin especial matización por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3, ROJ 8715/2007, de 28 de noviembre de 2007.

Tal doctrina se matiza en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2, ROJ 6332/2011, de 15 de septiembre de 2011, declarando que “[...] el Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1955 guardaba silencio respecto de esta figura, [...]. Más tarde, el artículo 107.1 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley de Régimen Local, dispuso, que ‘Las entidades locales podrán constituir consorcios con entidades públicas de diferente orden o naturaleza para fines de interés de las respectivas poblaciones’, añadiendo en su apartado 2 una característica que resulta importantísima y es la de que ‘Los consorcios gozarán de personalidad jurídica propia y la consideración de entidades locales’, si bien no puede olvidarse que las dos disposiciones hasta ahora citadas solo preveían la fórmula consorcial entre entidades públicas. La Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, dio un paso hacia delante en cuanto a la constitución y composición de los consorcios, al establecer el artículo 87.1 que ‘Las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas’. Sin embargo, a esa posibilidad de participación de entidades privadas en los consorcios, efectuada por primera vez en la LrBRL, con posibilidad de atribución de la gestión de servicios públicos, no sigue la atribución del carácter de entidades locales, pues no se incluyen en la enumeración de entidades locales contenida en el artículo 3. Y tampoco se les atribuye dicho carácter en el artículo 110 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, en el que también se prevé la posibilidad de que las entidades locales constituyan consorcios con otras Ad-

Junto al reconocimiento por la jurisprudencia de la condición de entidades locales a los consorcios, bien cuando así lo estableciese la ley, bien cuando estuviesen constituidos exclusivamente por entidades locales, algunas normas autonómicas<sup>6</sup> reconocieron a los consorcios, con diverso alcance regulatorio, como entidades locales.

Estas diferentes regulaciones determinaban la diferente naturaleza de los consorcios en función del territorio de la comunidad autónoma en el que el consorcio residía y actuaba, así como distintas configuraciones en las leyes autonómicas, al establecer las condiciones que permitían atribuir a los consorcios la condición de entidades locales, lo que dio lugar a una amplia disparidad de regímenes.

Pues bien, este régimen se ha alterado tras la promulgación tanto de la LRSAL como posteriormente de la L 15/2014, y en definitiva la ahora vigente LRJSP, que han variado sustancialmente la regulación de los consorcios, acabando con cualquier atisbo de configuración de los consorcios como entidades locales, configurándolos siempre y en cualquier caso como entidades instrumentales de base asociativa y no institucional.

---

ministraciones Públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público. Por tanto, tras la Ley de Bases de Régimen Local que, insistimos, excluye a los consorcios de la calificación de entidades locales, sin que se incluyan entre las que deben inscribirse en el Registro de las mismas, da lugar a que deban calificarse como meros entes instrumentales que se regirán por la legislación local o de la comunidad autónoma, según establezcan sus estatutos. Es claro, por tanto, que cuando el legislador admite que los consorcios no quedan constituidos por entidades públicas, dando paso a entidades privadas, aun cuando sea sin ánimo de lucro, también excluye aquellos de la consideración de entidades locales. Y lo que ahora decimos no es contradictorio con lo que se expuso en la Sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1999 (recurso de apelación 7268/1992), la cual afirmó, ciertamente, que la enumeración de entidades locales del artículo 3 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, no es exhaustiva, pero reconoció el carácter de tal al Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias, solo en función de estar constituido por la casi totalidad de los concejos de Asturias y por la Comunidad Autónoma del Principado, en cuanto esta, en su calidad de uniprovincial, ejercía las competencias propias de las diputaciones y siempre marcando la diferencia respecto de aquellos consorcios en los que existe participación privada, a los que en ningún momento se les atribuyó el carácter de entidades locales. Más recientemente, la Sección Tercera de esta Sala dictó Sentencia, de fecha 28 de noviembre de 2007, [...] estimó el recurso de casación, [...] sobre la base de los siguientes argumentos: ‘De lo dicho hasta ahora se deduce claramente que esta Sala no ha reconocido a los consorcios el carácter de entidades locales con carácter general, sino solo cuando así se dispone por ley o cuando están constituidos exclusivamente por entidades locales’ [...].”

6. Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia; Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón.

### 3

## **Las innovaciones de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa**

### 3.1

#### **Las modificaciones introducidas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local**

Las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta, la transitoria sexta y la final segunda de la LRSAL, inciden en la regulación de los consorcios con diverso alcance.

Igualmente incidió en dicho régimen de forma sustancial la regulación contenida en los artículos 12 a 15 de la L 15/2014.

Comenzaremos por examinar la regulación general de los consorcios contenida en la LRSAL y en los artículos 12 a 15 de la L 15/2014, para examinar la regulación actualmente vigente tras la entrada en vigor de la LRJSP.

#### 3.1.1

##### **Régimen general**

No hay que olvidar sin embargo el momento en que la LRSAL se elabora y se promulga. La LRSAL es una respuesta entre otras muchas a la mayor crisis financiera de la historia desde la de 1929, que se inicia con la quiebra de Lehman Brothers el 15 de septiembre 2008, y que da lugar en la Unión Europea a una crisis de deuda pública en 2010.

En efecto, entre las medidas que nuestro país, con otros de la Unión Europea, se ve obligado a adoptar, está la de reformar sus Administraciones Públicas, tarea que se inicia precisamente con la Administración local, por ser esta la que en peor situación financiera se encuentra en aquel momento.

La LRSAL tiene por tanto una motivación más inmediatamente económica, ligada a la financiación pública, que organizativa, sin perjuicio de adoptar importantes medidas en dicho ámbito.

Entre ellas se encuentra la reforma del conjunto de la Administración institucional del sector público local, y así también la de los consorcios.

Así, en el ámbito local la LRSAL restringe la creación de consorcios, como en general de entidades y sociedades públicas, que habían proliferado

innecesariamente en los últimos años, con la posibilidad de eliminarlos en caso de no ser sostenibles financieramente, y de acabar definitivamente con la configuración jurisprudencial y legal de ciertos consorcios como entidades locales.

Pero no se conforma con ello, también mediante la reforma de la LRJPAC la LRSAL, como veremos, modifica con carácter general, y no solo local, la regulación de los consorcios, al disciplinar su funcionamiento cuando ninguna de las Administraciones consorciadas tiene una clara posición mayoritaria en ellos.

El artículo 3 de la LrBRL, tras la LRSAL, establece con carácter taxativo y no meramente enunciativo las personificaciones de entidades locales, excluyendo cualquier referencia genérica o indirecta a los consorcios.

La LRSAL modifica el artículo 57 de la LrBRL precisando que, si bien la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, puede tener lugar mediante los consorcios o los convenios, tanto la suscripción de convenios como la constitución de consorcios deben mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Además, en el caso de los consorcios, su constitución solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse exclusivamente a través de un convenio, y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquella permita una asignación más eficiente de los recursos económicos.

En todo caso, habrá de verificarse que la constitución del consorcio no pondrá en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda de la entidad local de que se trate, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.

Así, la regla general es que la instrumentación de la cooperación entre Administraciones no se lleve a cabo mediante consorcios, sino mediante convenios, y que solo se acuda a los primeros cuando sean la solución más eficiente, por lo que la necesidad de constituir el consorcio ha de ser motivada en los términos de la Ley al romper la regla general.

Sobre el precepto se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional en sus sentencias números 41/2016, de 3 de marzo, y 180/2016, de 20 de octubre, declarando en ambas que si bien el consorcio, como técnica organizativa e instrumento de cooperación, forma parte de la potestad de autoorganización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas, el art. 149.1.18 CE puede dar cobertura a una legislación básica estatal que incida sobre los entes locales

con autonomía constitucionalmente garantizada, que proyecte los principios de eficacia, eficiencia y estabilidad presupuestaria sobre el régimen local, o que articule una ordenación básica de las relaciones interadministrativas de cooperación.

Así, señala que el artículo 57 LrBRL remite el régimen de las fórmulas de cooperación a “los términos previstos en las leyes” (apartado 1), sin incluir una regulación completa del consorcio que pudiera desbordar la competencia estatal para fijar las bases del régimen local, introduciendo solo algunos límites a la constitución y funcionamiento del consorcio, que están destinados a introducir los criterios de racionalidad económica que exige la realización de mandatos constitucionales (artículos 31.2, 103.1, 135, 137 y 140 CE)<sup>7</sup>.

Además, hemos de recordar la prohibición expresa de constituir o participar en la constitución de consorcios a las entidades locales o sus organismos autónomos, cuando estén sujetos a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste durante su vigencia, así como los mecanismos de disolución previstos para aquellos que se encuentren en situación de desequilibrio, que se recogen en la disposición adicional novena de la LRSAL.

El segundo de los aspectos, el de la regulación general de la figura de los consorcios, locales o no, se establece en la disposición final segunda de la LRSAL.

---

7. La STC 41/2016, de 3 de marzo (FJ 8), señala expresamente que “ningún problema de constitucionalidad puede suscitar la previsión genérica de que el consorcio, sin poner ‘en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la entidad local’, debe permitir ‘una asignación más eficiente de los recursos económicos’ y ‘mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera’.”

Por su parte la STC 180/2016, de 20 de octubre (FJ 7), es más completa y precisa, al señalar que “el consorcio, como instrumento que permite la colaboración voluntaria del ente local con otras Administraciones Públicas en relación con los servicios locales y los asuntos de interés común (art. 57.1 LrBRL), se conecta directamente con la potestad de aquellos de elegir una u otra forma organizativa a través de la que ejercitar las competencias que tiene atribuidas para la realización de los intereses locales. En este sentido el art. 57.3 LrBRL, al configurar la fórmula consorcial como subsidiaria de la vía convencional y, en todo caso, condicionada al cumplimiento de criterios de eficiencia y sostenibilidad financiera, limita la indicada capacidad de decisión y, de este modo, incide en el ámbito protegido por la autonomía local, pero no lo hace de un modo inconstitucional por los siguientes motivos: a) En primer lugar, porque los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. b) En segundo lugar porque la legislación estatal, con esa previsión restrictiva, se orienta a la realización de los principios generales de buena gestión financiera (art. 32.1 CE) y sostenibilidad financiera (art. 135 CE). c) Por último, como afirma la STC 111/2016 respecto de otros límites impuestos al margen de decisión de los entes locales [FJ 12 a)], la relativa ausencia de determinación ‘no puede entrañar un problema en el contexto de una regulación afirmada como básica y, por tanto, incompleta o necesitada del complemento autonómico; a la que se añade la legislación sectorial del Estado y las comunidades autónomas, que es la encargada de definir concretamente las competencias locales’ [SSTC 214/1989, FJ 3, letras a) y b) y c) y 41/2016, FJ 9]”.

Dicha disposición final segunda de la LRSAL modifica la LRJPAC, introduciendo una nueva disposición adicional, la vigésima, para regular el régimen jurídico de los consorcios.

La disposición adicional vigésima de la LRJPAC se caracterizaba, a diferencia de la regulación contenida en el artículo 6.5 de la misma LRJPAC, porque no es una regulación concebida para el ámbito de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas, sino común para todos los consorcios, incluidos los locales, que hasta entonces habían tenido una regulación netamente diferenciada, incluyéndose además en una ley, la LRSAL, de carácter esencialmente local.

En efecto, la nueva disposición configura los consorcios como entes asociativos que no están diferenciados *a priori* según que en ellos participen o no entidades locales, en contraste con la regulación anterior.

Como se ha dicho, uno de los problemas suscitados en los tiempos inmediatamente anteriores a la crisis económica, y, como tanto otros problemas, agudizado por ella, devenía de la proliferación de consorcios con participación de varias Administraciones, tanto estatal como autonómicas o locales, en que ninguna de aquellas tenía una clara posición dominante, ya fuera en su financiación, ya en su control efectivo, por lo que el consorcio no se incardinaba en un sector público concreto.

Con ellos se eludía el control financiero, y aun no imputando déficit dichos consorcios para cada una de las Administraciones partícipes, sí para el Reino de España en su conjunto, así como se sustraían a la legislación de las Administraciones concertadas, sustancialmente en materia de personal y de control financiero.

Estos problemas se manifestaron ya en la redacción original de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP), y dieron lugar a una solución parcial y claramente insatisfactoria en su disposición adicional novena<sup>8</sup>.

---

8. La disposición adicional novena de la LGP en su redacción original, hasta la disposición final 10.11 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, disponía:

*El Estado promoverá la celebración de convenios con las comunidades autónomas o las entidades locales, con el objeto de coordinar el régimen presupuestario, financiero, contable y de control de las sociedades mercantiles en las que participen, de forma minoritaria, las entidades que integran el sector público estatal, la Administración de las comunidades autónomas o las entidades locales, o los entes a ellas vinculados o dependientes, cuando la participación de los mismos considerada conjuntamente fuera mayoritaria o conllevara su control político.*

*Lo anterior será de aplicación a los consorcios que, no cumpliendo los requisitos establecidos en el párrafo h) del apartado 1 del artículo 2 de esta Ley respecto de ninguna de las Administraciones que en dichos entes participen, sean financiados mayoritariamente con*

Para evitar dicho problema, los apartados 1, 2 y 3 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC establecían la obligación de englobar en un sector público concreto al consorcio, fijando para ello criterios materiales.

Así, el apartado 1 impone la obligación de que los estatutos de cada consorcio determinen la Administración Pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados, que devienen en un caso de la integración en un sector público específico y en otros de la aplicación de un régimen común, cualquiera que sea el sector público.

Los criterios que determinan el encuadramiento en un sector público específico son los consignados en el apartado 2 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC.

Ahora bien, no basta con el hecho objetivo de cumplir el criterio de prioridad correspondiente para pertenecer a uno u otro sector público, sino que además el apartado 1 impone el requisito formal de que la Administración de adscripción se refleje en los estatutos del consorcio, que deberán ser modificados por la mayoría absoluta del pleno de la entidad local (artículos 22.2.b y 47.2.g de la LrBRL).

El apartado 2 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC fijó para ello una serie de criterios que se denominan por la norma de “prioridad”, lo que supone que el cumplimiento de uno de ellos por una de las Administraciones consorciadas, unido a su no cumplimiento por las demás, implica la adscripción a aquella del consorcio, y hace innecesario acudir al siguiente criterio.

De otro lado se establecen tanto el momento de apreciación del criterio de adscripción, el primer día del ejercicio presupuestario, como la duración mínima de tal adscripción, el ejercicio presupuestario, de modo que la apreciación y por tanto el cambio de adscripción puede verificarse anualmente.

Los requisitos son que la Administración de adscripción: i) disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno; ii) tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos; iii) tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo; iv) disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial; v) tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno; vi) financie

---

*recursos procedentes del Estado, las comunidades autónomas o corporaciones locales, las Administraciones anteriores hayan aportado mayoritariamente a las mismas dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión conjunto de dichas Administraciones.*

en más de un cincuenta por ciento o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año; vii) ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial; viii) tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios, a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

En fin, la norma prima los criterios de adscripción fundados en el control de funcionamiento del ente (criterios enunciados en las letras a, b, c, d y e) frente a los de financiación (criterios f y g), culminando con un criterio residual, el de que la Administración tenga el mayor número de habitantes, si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o su extensión territorial, si los fines definidos en el estatuto están orientados al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

Es de señalar que salvo, precisamente, el criterio residual, la norma no contempla como criterio de adscripción esencial el ámbito territorial del servicio prestado por el consorcio.

Por último, el apartado 3 de la disposición refuerza el carácter público de los consorcios, determinado por los fines de interés general a los que sirven, al señalar que si participan en el consorcio entidades privadas sin ánimo de lucro, el consorcio estará adscrito a la Administración Pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 2, y por tanto prescindiendo del poder de control o la financiación del ente privado.

Los apartados 4 y 5 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC determinan las consecuencias jurídicas de la adscripción prevista en los apartados precedentes, tanto en el ámbito económico-financiero como en el de personal.

Así, los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración Pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEPSF). En todo caso, se llevará a cabo una auditoría de las cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio. Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración Pública de adscripción.

Por su parte, el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción, y sus retribuciones en ningún

caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella.

No obstante, la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la LOEPSF (en adelante LO 6/2015), matizó y flexibilizó la regla anterior, modificando el apartado 5 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC, en su disposición final cuarta, estableciendo que, excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones.

En fin, tales previsiones han de ponerse en conexión con el mandato del apartado 1 de la misma disposición de la LRJPAC, en cuanto dicho régimen jurídico ha de tener su reflejo en los estatutos de cada consorcio, que al tiempo que determinan la Administración Pública a la que estará adscrito, establecen su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los apartados 4 y 5.

En suma, ello supone que, si es necesario modificar la adscripción del consorcio transcurrido el ejercicio presupuestario, esa modificación con el régimen jurídico correspondiente ha de reflejarse en una modificación de los estatutos adoptada conforme a las reglas en ellos establecidas, que, en todo caso, conllevan un acuerdo entre los partícipes. Acuerdo que no puede ser contrario a lo prevenido por la ley y que es por ello mera actuación debida para su cumplimiento.

La complejidad del nuevo régimen y la necesidad de adaptar los consorcios al mismo motivaron la disposición transitoria sexta de la LRSAL, que prevenía, respecto de los consorcios que ya estuvieran creados en el momento de la entrada en vigor de la LRSAL, que la adaptación de sus estatutos a lo en ella previsto se llevase a cabo en el plazo de un año desde aquella entrada en vigor.

La adaptación de los estatutos exige igualmente acuerdo de la mayoría absoluta del pleno de la entidad local (artículos 22.2.b y 47.2.g de la LrBRL).

Si esta adaptación diera lugar a un cambio en el régimen jurídico aplicable al personal a su servicio o en su régimen presupuestario, contable o de control, este nuevo régimen sería de aplicación a partir del 1 de enero del año siguiente, manteniendo por tanto el principio de no alteración del régimen del consorcio durante el ejercicio presupuestario, sino con él ya cerrado.

Conviene destacar que la norma no preveía consecuencia alguna en caso de incumplimiento, por lo que los consorcios no adaptados no perdieron por ello su personalidad, ni quedaron privados de funcionalidad.

### 3.1.2 Regímenes especiales

Las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta de la LRSAL, introducen excepciones respecto del régimen general previsto en la disposición adicional vigésima de la LRJPAC introducida por la misma Ley.

Así, la disposición adicional decimotercera de la LRSAL, referida a los consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos, establece que el personal al servicio de los consorcios constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que presten los servicios mínimos a los que se refiere el artículo 26 de la LrBRL, podrá integrarse por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio.

Se trata de una norma que excepciona la aplicación del apartado 5 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC, por cuanto el personal de los consorcios a los que se refiere la disposición adicional decimotercera de la LRSAL puede estar constituido, además de por personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, por personal de nuevo ingreso.

No obstante, la excepción, que tenía un carácter importante en la primitiva redacción de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC, devino de menor importancia cuando la LO 6/2015 modificó la referida disposición adicional estableciendo que, excepcionalmente, cuando no resultase posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscribiera el consorcio, podría autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones.

Así, por tanto, en el ámbito local juegan como excepción a la regla de la reasignación de efectivos la excepción general de la posibilidad de autorización de contratación directa de personal con carácter excepcional, por la Administración de adscripción, por no ser posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes, y la particular de la LRSAL referida a los consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos,

que no exige que no sea posible contar con personal procedente de reasignación de efectivos.

En cuanto a la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL, que recoge el régimen jurídico especial de determinados consorcios, establece la inaplicación de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC a los consorcios, constituidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, que i) no tengan la consideración de Administración Pública a efectos del SEC 96, ii) estén participados por entidades locales y entidades privadas, iii) no estén incurso en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas, en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de la LRSAL, con independencia de las aportaciones a las que estén obligados los entes consorciados.

Estos consorcios, en tanto se mantengan todas las condiciones mencionadas, se regirán por lo previsto en sus respectivos estatutos.

Como se ve, en este caso la excepción de la aplicación de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC es absoluta.

Por tanto, los consorcios incluidos en su ámbito de aplicación no se ven afectados por las previsiones de la nueva norma, de modo que conservan su adscripción a la Administración que la tuviere antes de la entrada en vigor de la LRSAL, si estuviese determinada en sus estatutos, o su adscripción indefinida, no les son aplicables las normas económico-financieras y de personal que previene la disposición adicional vigésima, y se regirán solo por lo previsto en sus respectivos estatutos en tanto se mantengan las condiciones establecidas en la disposición.

Precisamente su carácter excepcional exige que en el consorcio en cuestión se den todas y cada una de las causas que determinan la excepción, y además la excepción en la aplicación del régimen general solo se mantendrá mientras se mantengan todas y cada una de aquellas condiciones que motivan la excepción.

### 3.2

#### **Los artículos 12 a 15 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa**

Los artículos 12 a 15 de la Ley 15/2014 tienen por objeto regular el derecho de separación de un consorcio y su liquidación.

Dicha regulación deviene, como tantas veces ocurre con las reformas normativas, con los problemas prácticos derivados de que, al carecer los consorcios como persona jurídica de regulación clara y precisa, resultaba muy

difícil o imposible, cuando los convenios de creación y los estatutos de los consorcios no lo preveían, la separación de alguno de sus miembros, su extinción y consiguiente disolución, sin el mutuo acuerdo de los consorciados.

Así las cosas, las normas introducidas por la LRSAL que llevaban consigo ya el cambio de adscripción del consorcio, ya en ocasiones su extinción por falta de sostenibilidad financiera, no se podían cumplir por la voluntad obstruccionista de cualquiera de las Administraciones consorciadas, aun cuando fuera minoritaria.

Así, el artículo 12 previó en su apartado 1 que los miembros de un consorcio, al que le resulte de aplicación lo previsto en la LRJPAC o en la LrBRL, podrán separarse del mismo en cualquier momento siempre que no se haya señalado término para la duración del consorcio.

Si el consorcio tiene una duración determinada, cualquiera de sus miembros podrá separarse antes de la finalización del plazo determinado si alguno de los miembros del consorcio hubiera incumplido alguna de sus obligaciones estatutarias y, en particular, aquellas que impidan cumplir con el fin para el que fue creado el consorcio, como es la obligación de realizar aportaciones al fondo patrimonial.

Cuando un municipio deje de prestar un servicio, de acuerdo con la LRSAL, y ese servicio sea uno de los prestados por el consorcio al que pertenece, el municipio podrá separarse del mismo.

Conforme al apartado 2, el derecho de separación habrá de ejercitarse mediante escrito notificado al máximo órgano de gobierno del consorcio. En el escrito deberá hacerse constar el incumplimiento que motiva la separación, la formulación de requerimiento previo de su cumplimiento y el transcurso del plazo otorgado para cumplir tras el requerimiento.

El artículo 13, se ocupaba de los efectos del ejercicio del derecho de separación de un consorcio.

Así, señala en su apartado 1 que el ejercicio del derecho de separación produce la disolución del consorcio salvo que el resto de sus miembros, de conformidad con lo previsto en sus estatutos, acuerden su continuidad y sigan permaneciendo en el consorcio, al menos, dos Administraciones, o dos entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de más de una Administración.

Señala en su apartado 2 que, cuando el ejercicio del derecho de separación no conlleve la disolución del consorcio, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se calculará la cuota de separación que corresponda a quien ejercite su derecho de separación, de acuerdo con la participación que le hubiera correspondido en el saldo resultante del patrimonio neto, de haber tenido lugar

la liquidación, teniendo en cuenta que el criterio de reparto será el dispuesto en los estatutos.

A falta de previsión estatutaria, se considerará cuota de separación la que le hubiera correspondido en la liquidación. En defecto de determinación de la cuota de liquidación, se tendrán en cuenta tanto el porcentaje de las aportaciones que haya efectuado quien ejerce el derecho de separación al fondo patrimonial del consorcio como la financiación concedida cada año. Si el miembro del consorcio que se separa no hubiere realizado aportaciones por no estar obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido al consorcio.

Se acordará por el consorcio la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de separación, en el supuesto en que esta resulte positiva, así como la forma y condiciones del pago de la deuda que corresponda a quien ejerce el derecho de separación si la cuota es negativa.

La efectiva separación del consorcio se producirá una vez determinada la cuota de separación, en el supuesto en que esta resulte positiva, o una vez se haya pagado la deuda, si la cuota es negativa.

b) Si el consorcio estuviera adscrito, de acuerdo con lo previsto en la Ley, a la Administración que ha ejercido el derecho de separación, tendrá que acordarse por el consorcio a quién, de las restantes Administraciones o entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de una Administración que permanecen en el consorcio, se adscribe en aplicación de los criterios establecidos en la Ley.

El artículo 14 se ocupaba de la liquidación del consorcio, señalando que la disolución del consorcio produce su liquidación y extinción, siendo en todo caso causa de disolución que los fines estatutarios del consorcio hayan sido cumplidos; y que el máximo órgano de gobierno del consorcio, al adoptar el acuerdo de disolución, nombrará un liquidador, siéndolo a falta de acuerdo el administrador del consorcio.

Los apartados 3, 4 y 5 se ocupaban del cálculo de la cuota de liquidación, su pago, o la posibilidad de cesión global a otras entidades.

Así, la cuota de liquidación se calculará en primer lugar por la que corresponda a cada miembro del consorcio de conformidad con lo previsto en los estatutos, o, si no estuviera previsto en los estatutos, de acuerdo con la participación que le corresponda en el saldo resultante del patrimonio neto tras la liquidación, teniendo en cuenta que el criterio de reparto será el dispuesto en los Estatutos.

A falta de previsión estatutaria, se tendrán en cuenta tanto el porcentaje de las aportaciones que haya efectuado cada miembro del consorcio al fondo patrimonial del mismo, como la financiación concedida cada año. Si alguno de los miembros del consorcio no hubiere realizado aportaciones por no estar

obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido en el consorcio.

El consorcio determinará la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de liquidación en el supuesto en que esta resulte positiva.

En fin, las entidades consorciadas podrán acordar, con la mayoría que se establezca en los estatutos, o a falta de previsión estatutaria por unanimidad, la cesión global de activos y pasivos a otra entidad jurídicamente adecuada con la finalidad de mantener la continuidad de la actividad y alcanzar los objetivos del consorcio que se liquida.

Por último, el artículo 15 determinaba el plazo de adaptación de estatutos y derecho supletorio, previendo que los estatutos de los consorcios recogerán lo previsto en la Ley en lo atinente al derecho de separación y disolución y liquidación del consorcio, pudiendo desarrollarlo siempre que no contravenga lo previsto en la Ley.

Los consorcios que ya estuvieran creados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán adaptar sus estatutos a lo en ella previsto en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor.

En lo no previsto en los estatutos ni en esta Ley, se estará a lo previsto en el Código Civil sobre la sociedad civil, salvo el régimen de liquidación, que se someterá a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC).

En fin, la reforma legal, al tener por objeto facilitar la modificación asociativa de los consorcios, su disolución y liquidación, potenció la voluntad del legislador, ya ínsita en las reformas introducidas por la LRSAL, de configurar los consorcios exclusivamente como entes asociativos de creación, modificación y extinción voluntaria, eliminando cualquier configuración de los mismos como corporaciones de derecho público cuasi administrativas, y menos aún como entidades locales.

#### 4

### **La regulación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Efectos de la regulación vigente sobre los consorcios en el ámbito local**

El Capítulo IV del Título segundo de la LRJSP, que tiene carácter básico salvo el artículo 123.2, lleva a cabo por primera vez en nuestro ordenamiento una regulación uniforme de los consorcios como personas jurídicas.

Para ello, a la par que recoge las modificaciones ya introducidas por la LRSAL y la L 15/2014, incluye *ex novo* otros preceptos.

El artículo 118 da por primera vez en nuestro ordenamiento un concepto legal de consorcio.

Así, son consorcios las entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.

Ha de señalarse que, con arreglo a lo señalado por el artículo 2.2 de la LRJSP, integran el sector público institucional los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, las entidades de derecho privado igualmente vinculadas o dependientes de aquellas Administraciones y las Universidades públicas.

El concepto legal excluye por tanto cualquier configuración de los consorcios como entidades locales.

El precepto, igualmente fija el tipo de actividades públicas a las que los consorcios podrán dedicarse, señalando que habrán de ser de fomento, prescacionales o de gestión común de servicios públicos, y cuantas otras estén previstas en las leyes, definición que resulta lo suficientemente amplia para incorporar cualquier actividad que esté en el ámbito competencial de las Administraciones territoriales y de los entes institucionales concurrentes.

Se introduce una referencia particular a la utilización de los consorcios en la gestión de los servicios públicos, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza, de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.

En fin, la norma obliga a que en la denominación de los consorcios deberá figurar necesariamente la indicación “consorcio” o su abreviatura “C”.

El artículo 119 prescribe su régimen jurídico.

Así, los consorcios se regirán por lo establecido en la LRJSP, en la normativa autonómica de desarrollo y sus estatutos. Se remite en el régimen del derecho de separación, disolución, liquidación y extinción, a lo dispuesto en la LRJSP, en la normativa autonómica aplicable, y en sus estatutos, y solo subsidiariamente a lo previsto en el Código Civil sobre la sociedad civil, salvo el régimen de liquidación, que se someterá a lo dispuesto para la liquidación y extinción de organismos públicos estatales en el propio artículo 97 de la LRJSP, y en su defecto, el TRLSC.

Los artículos 120 a 122 de la LRJSP recogen lo establecido en la vigente disposición adicional vigésima de la LRJPAC, sin introducir modificaciones.

Así, la adscripción a una Administración sigue necesitando la concurrencia de dos requisitos, su fijación en los estatutos de consorcio, y el cumplimiento de uno de los criterios materiales que con carácter sucesivo y prioritario establece la norma, concurrencia de criterios que ha de examinarse en el primer día del ejercicio presupuestario.

En cuanto al régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial, la LRJSP establece la sujeción del consorcio al régimen de la Administración Pública a la que esté adscrito, en términos idénticos a los de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC.

En fin, en cuanto al régimen de personal, este, que podrá ser funcionario o laboral, habrá de proceder exclusivamente de la reasignación de efectivos de las Administraciones participantes, si bien excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal. Por lo demás el régimen de personal será el de la Administración de adscripción.

Los artículos 123 y 124 se ocupan de la creación de los consorcios y de sus estatutos.

En cuanto a la creación se establece ya de forma definitiva, superando la discordancia más teórica que práctica entre los consorcios locales y los generales, que se crean mediante convenio suscrito por las Administraciones, organismos públicos o entidades participantes.

En los consorcios en los que participe la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes, se exige que su creación se autorice por ley, que el convenio sea autorizado previamente por el Consejo de Ministros —estableciendo que el convenio se suscriba por el titular del departamento ministerial participante, y en el ámbito de los organismos autónomos, el titular del máximo órgano de dirección del organismo, previo informe del Ministerio del que dependa o al que esté vinculado, en ambos casos sin posibilidad de delegación—, y por último que del convenio formen parte los estatutos, un plan de actuación, de conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la LRJSP, y una proyección presupuestaria trienal, además del informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En fin, el convenio suscrito junto con los estatutos, así como sus modificaciones, serán objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

En cuanto al contenido de los estatutos, estos determinarán la Administración Pública a la que esté adscrito el consorcio, así como su régimen

orgánico, funcional y financiero, de acuerdo con lo previsto en la propia LRJSP; e incluirán preceptivamente los siguientes aspectos: sede, objeto, fines y funciones, identificación de participantes en el consorcio, así como las aportaciones de sus miembros, inclusión de cláusulas que limiten las actividades del consorcio si las entidades consorciadas incumplieran los compromisos de financiación o de cualquier otro tipo, así como fórmulas tendentes al aseguramiento de las cantidades comprometidas por las entidades consorciadas con carácter previo a la realización de las actividades presupuestadas, los órganos de gobierno y administración, así como su composición y funcionamiento, con indicación expresa del régimen de adopción de acuerdos, pudiendo incluirse cláusulas que contemplen la suspensión temporal del derecho de voto o de la participación en la formación de los acuerdos, cuando las Administraciones o entidades consorciadas incumplan manifiestamente sus obligaciones para con el consorcio, especialmente en lo que se refiere a los compromisos de financiación de las actividades del mismo, y las causas de disolución.

En fin, los artículos 125 a 127 reproducen los artículos 12 a 15 de la L 15/2014.

A los consorcios se dedica también la disposición adicional décima, que excusa a las Administraciones u organismos miembros de un consorcio de su obligación de efectuar la aportación al fondo patrimonial o la financiación a la que se hayan comprometido para el ejercicio corriente, si alguno de los demás miembros del consorcio no hubiera realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores a las que estén obligados; y la disposición final octava, que modifica los artículos 2 y 3 de la LGP, incluyendo los consorcios adscritos a la Administración General del Estado en el sector público estatal, perteneciendo ya al sector público administrativo ya al sector público fundacional, dependiendo del cumplimiento de dos características alternativas, si su actividad principal consiste o no en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, y si se financian o no mayoritariamente con ingresos comerciales.

En el ámbito local el principal efecto es la definitiva desaparición de los consorcios como entidad local.

En efecto la promulgación de la LRSAL, que modifica ampliamente la LrBRL, tiene entre otras finalidades dar un régimen homogéneo a los consorcios.

Así, el artículo 3 de la LrBRL, tras la LRSAL, establece con carácter taxativo y no meramente enunciativo las personificaciones de entidades locales, impidiendo cualquier interpretación que pretenda atribuir a los consorcios la condición de entidad local.

Tras la LRSAL, los consorcios quedan configurados como entidades asociativas de carácter voluntario para la cooperación interadministrativa, adscritas a una Administración Pública.

Así, como un instrumento de cooperación interadministrativa de base asociativa los configura el vigente artículo 57 de la LrBRL<sup>9</sup>, y abundó en ello la disposición adicional vigésima de la LRJPAC cuando estableció la obligación de adscribir a una determinada Administración cada consorcio, en función de criterios de prioridad sucesivos, primando los criterios de adscripción fundados en el control de funcionamiento del ente frente a los de financiación, con un criterio residual, el de que la Administración tenga el mayor número de habitantes, si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o su extensión territorial, si los fines definidos en el estatuto están orientados al desarrollo de actuaciones sobre el territorio; adscripción que además no es permanente sino revisable en cada ejercicio presupuestario, y lo hacen hoy los artículos 118.1 y 120 de la LRJSP, tanto al definir los consorcios como al recoger las normas de adscripción a la Administración en similares términos que la disposición adicional vigésima de la LRJPAC.

En fin, profundizando en el carácter asociativo e instrumental de los consorcios, por tanto ajeno a su posible configuración como entes locales, la LRJSP, recogiendo las reformas de la L 15/2014, permite modificar en cualquier momento la composición de los consorcios, en particular al regular el derecho de separación cuando un municipio deje de prestar un servicio, de acuerdo con la LRSAL, así como la disolución y liquidación de los mismos.

En consecuencia, ya a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, los consorcios no tenían en ningún caso la condición de entidades locales.

Ha de señalarse que tanto la LrBRL, modificada por la LRSAL, como la LRJPAC y los artículos 12 a 15 de la L 15/2014, hasta su respectiva derogación, y la hoy vigente LRJSP, tenían y tienen el carácter de normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

Así las cosas, las leyes y demás normas autonómicas que confieren a los consorcios la condición de entidades locales han sido expulsadas del ordenamiento jurídico en virtud de inconstitucionalidad sobrevenida.

En efecto, la doctrina constitucional, en los supuestos en que el Estado modifica normas básicas que entran en contradicción con las normas autonómicas de desarrollo dictadas al amparo de la norma básica anterior reformada,

---

9. Precisamente como “entidades instrumentales”, o “instrumento que permite la colaboración voluntaria”, o “instrumentos de cooperación” entre Administraciones, los caracteriza la STC 41/2016, de 3 de marzo, a propósito del artículo 57 de la LrBRL antes comentada.

entiende que se produce un desplazamiento de la competencia autonómica por el ejercicio de la competencia estatal, de modo que la contradicción entre la norma estatal y la autonómica se resuelve, de acuerdo al régimen constitucional de distribución de competencias, a favor de la norma estatal.

Así, la jurisprudencia constitucional, en relación con la posibilidad de que, ante la inexistencia de legislación básica, la comunidad autónoma ejerciese su competencia legislativa, siempre que se respetasen las bases o normas básicas entendidas como nociones materiales que se dedujesen racionalmente de la legislación vigente (SSTC de 28 de julio de 1981 y de 8 de febrero de 1982), señaló en la STC 64/1982, de 4 noviembre, que ello había de entenderse “sin perjuicio de que el Estado pueda dictar en el futuro tales normas [básicas], que, naturalmente, serán entonces aplicables a las comunidades autónomas” (FJ 5).

En la jurisprudencia posterior se señala, como parámetro de control de constitucionalidad para enjuiciar los posibles excesos de inconstitucionalidad de las normas autonómicas, la legislación básica del Estado vigente en el momento de adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional (SSTC 87/1985, 137/1986, 27/1987 y 154/1988, 28/1997 y 170/1989), con lo que se afirma el carácter de inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica que infringe una nueva norma básica estatal.

En fin, en la STC 1/2003, de 16 de enero, se señalan el carácter y los efectos de la inconstitucionalidad<sup>10</sup>.

#### 10. Fundamento jurídico 9:

*[...] [D]ebe recordarse que es doctrina de este Tribunal que la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos (SSTC 28/1997, de 13 de febrero, F. 2; 170/1989, de 19 de octubre, F. 3, y todas las reseñadas en esta última resolución). Resulta por ello evidente que ha de servir de marco de enjuiciamiento en este proceso el ius superveniens representado por la legislación básica del Estado vigente en este momento, y que para este asunto viene constituida, como ya hemos visto con anterioridad, por el art. 29.3.c de la Ley 30/1984, en la redacción dada al mismo por el art. 104 de la Ley 13/1996, y que resulta incompatible con los arts. 13, 17 y 19 de la Ley extremeña 5/1995, en la nueva redacción que estos preceptos dan a los arts. 35.f, 39.2.B.b, párrafo segundo, y 40.5, último inciso, de la Ley de la función pública de Extremadura de 1990, respectivamente.*

*Aunque, tal y como ya se ha reseñado en los antecedentes de esta Sentencia, la eficacia de los preceptos impugnados está suspendida por el ATC 348/1995, de 19 de diciembre, resulta obligado precisar, por último, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Y es que, dado que la disconformidad constitucional de los preceptos indicados tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley autonómica 5/1995, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley estatal 13/1996, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (art. 39.1 LOTC) deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal, según dijimos en nuestra STC 27/1987, de 27 de febrero, F. 9 in fine.*

En el mismo sentido se pronuncia la STC 31/2010, de 28 de junio<sup>11</sup>. Finalmente, esta doctrina ha sido ratificada por la STC 66/2011, de 16 de mayo.

Por tanto, aplicando la doctrina constitucional al supuesto que nos ocupa, deben estimarse abrogadas las leyes autonómicas que atribuyen a los consorcios el carácter de entidad local, y, lógicamente, corregida la jurisprudencia basada en la legislación anterior derogada que permitía atribuirles tal carácter en determinadas situaciones.

De igual modo es ineficaz, ante la determinación de la LrBRL y la LRJSP, la atribución hecha por un registro administrativo de una comunidad autónoma de la condición de entidad local a un consorcio.

Junto a aquella, entre los efectos, está la subsistencia de las reformas introducidas por la LRSAL tras la entrada en vigor de la LRJSP.

Como vimos, la LRSAL modifica preceptos de la LrBRL, como los artículos 3 y 57, y establece normas singulares en las disposiciones adicionales novena, decimotercera y decimocuarta, y en la transitoria sexta, referidas a los consorcios locales.

Si bien la disposición derogatoria única, apartado f), de la LRJSP deroga expresamente los artículos 12, 13, 14 y 15 y la disposición adicional sexta de la L 15/2014, no hace lo mismo con las disposiciones adicionales novena, decimotercera y decimocuarta, y la transitoria sexta, de la LRSAL, ni con los artículos 3 y 57 de la LrBRL, modificados por aquella.

Pues bien, la LRJSP establece en su artículo 119, dedicado al régimen jurídico de los consorcios, en su apartado 3, lo siguiente: “Las normas establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la Ley 27/2013, de 21 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local sobre los consorcios locales tendrán carácter supletorio respecto a lo dispuesto en esta Ley”. A nuestro juicio, la norma recoge el criterio de especialidad para resolver el posible conflicto entre la norma general en materia de consorcios, contenida en la LRJSP, y las normas especiales referidas a los consorcios locales, incluidas en la LrBRL y la LRSAL, prevaleciendo estas sobre aquella en virtud del aforismo latino *lex specialis derogat generali*.

11. Su fundamento jurídico 64 declara que, “[...] por su parte, la atribución estatutaria de competencias a la Generalitat compartidas con el Estado según el criterio bases/desarrollo (art. 11 EAC) no impedirá que las bases estatales configuren con plena libertad las distintas materias y submaterias de un mismo sector material, de suerte que cuando así sea la exclusividad respecto de tales materias y submaterias eventualmente proclamada por el Estatuto lo será impropriadamente, sin cercenar ni menoscabar la proyección de la competencia exclusiva estatal sobre la base de dichas materias o submaterias [...]”.

No obstante, lo hace con una redacción desafortunada, que confunde la relación entre la norma especial y la general, pues es esta y no aquella la que se encuentra en una relación de supletoriedad.

Esta es la interpretación conforme a la finalidad de la LRJSP, pues otras llevarían al absurdo de entender derogados los preceptos de la LrBRL y la LRSAL relativos a los consorcios locales, con lo que, además de dejar manifiestamente sin contenido alguno el artículo 119.3 de la LRJSP, se contraveniría expresamente la voluntad del legislador, manifestada en la disposición derogatoria de la LRJSP, de no derogar las disposiciones adicionales novena, decimotercera y decimocuarta, y la transitoria sexta de la LRSAL, ni los artículos 3 y 57 de la LrBRL.

Ha de entenderse, pues, plenamente vigente lo establecido tanto en la LrBRL como en la LRSAL aplicable a los consorcios locales.

## 5 Conclusión

El nuevo régimen jurídico de los consorcios introducido por la LRSAL y la L 15/2014, y cristalizado en la LRJSP, tiene como principal virtud la de establecer por primera vez en nuestro Ordenamiento una regulación general de la figura de los consorcios, eliminando la dicotomía de regímenes jurídicos existentes entre los consorcios locales y los demás, y consiguiendo con ello someter, especialmente en materia económico-financiera, a tales entidades a una disciplina común que acaba con su permanente uso como modo de eludir la regulación general del sector público, con el consiguiente peligro para la consecución de los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La regulación actual, que tiene esa gran virtud, tiene también, sin embargo, insuficiencias y, a nuestro juicio, algún desacierto, que deberían corregirse.

En cuanto a las insuficiencias, si bien el legislador ha avanzado sustancialmente en la regulación de los consorcios, ha olvidado, a diferencia de la que hace con otras figuras jurídicas del sector público, algunos elementos de su regulación.

Así, no ha regulado el régimen orgánico y de funcionamiento de los consorcios, ni ha delimitado con claridad el sometimiento al régimen jurídico público o jurídico privado de su actividad, en particular si su actividad se desenvuelve en el ámbito del mercado, bien en la producción de bienes y servicios destinados al consumo o efectuando operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.

Además de esas omisiones, merece un juicio crítico el régimen por el que opta el legislador para atribuir a uno u otro sector público los consorcios.

Ello no tanto por los criterios materiales empleados para definir la adscripción, –que pueden discutirse *de lege ferenda*, pero que son una opción jurídicamente posible–, cuanto por limitar el plazo mínimo de vigencia de la adscripción a un año.

En efecto, el legislador remite a cada ejercicio económico la apreciación de la adscripción a una u otra Administración, de acuerdo con los criterios materiales expuestos, pero al tiempo exige que formalmente se refleje en una modificación de los estatutos, modificación a la que la LRJSP añade el requisito formal previo, tratándose de consorcios estatales, de su autorización por Consejo de Ministros.

Así, la aplicación de la LRJSP exige que en cada ejercicio presupuestario se compruebe la adscripción del consorcio a una u otra Administración, en función de los criterios prioritarios que la norma establece, y se modifiquen en consecuencia los estatutos si hubiese cambio de adscripción, variando el entero régimen presupuestario, financiero y de personal.

Tal exigencia es de difícil articulación, pues modificar los estatutos y el régimen de un ente es una tarea compleja, que puede causar efectos indeseados y de difícil solución –particularmente en materia de personal–, máxime cuando exige un acuerdo de los consorciados, que no es fácil de conseguir en tan solo un año y con una vigencia limitada precisamente a otro año.

Además, la LRJSP no establece consecuencia jurídica alguna en caso de incumplimiento de la obligación de modificar los estatutos para articular el cambio de adscripción.

En fin, parece un plazo demasiado breve un ejercicio presupuestario para la vigencia del entero régimen de un ente, pues ello compromete el cumplimiento de su objeto y finalidad, dificultando la adopción de decisiones y la realización de inversiones.

A nuestro juicio, por tanto, el loable logro de conseguir la adscripción de los consorcios a una Administración ha de ir acompañado de un periodo temporal más amplio de vigencia, que no comprometa los fines del consorcio ni su normal funcionamiento, antes de proceder, en su caso, a un cambio de adscripción, al tiempo que sería oportuno establecer consecuencias jurídicas exigibles en caso de incumplimiento por los partícipes de la obligación de cambiar la adscripción si es pertinente, así como prever reglas de carácter transitorio para evitar efectos no deseados del cambio de adscripción, singularmente en materia de personal.

## El gran Ballbé\*

JAVIER DELGADO BARRIO

*Ex Presidente del Tribunal Supremo*

Nuestro Derecho Público ha vivido una prodigiosa década legislativa que comienza en 1954, con la Ley de Expropiación Forzosa, que regula ya la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y que termina en 1963 con la excelente Ley General Tributaria, cuya claridad y alta técnica jurídica le confirieron –a una ley– un gran valor didáctico.

Muy importantes fueron las leyes que se dictaron a lo largo de esos diez años, logros legislativos estos que fueron posibles, en lo que ahora importa, porque se contaba con los logros doctrinales de una espléndida generación de juristas, la generación de la *RAP* (*Revista de Administración Pública*), de la que formaba parte muy destacada Manuel Ballbé, el gran Ballbé.

Ballbé, desde una vivencia práctica del Derecho, siempre presente en su obra, y con una profunda formación intelectual, participó muy decisivamente en la elaboración de los textos de las que luego fueron la Ley del Suelo, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley Especial del Municipio de Barcelona, y los Reglamentos de Bienes y de Servicios de las Corporaciones Locales.

Se decía, y era verdad, que Ballbé dejó poca obra doctrinal escrita –Ángel Menéndez se ha referido ya a alguna de sus obras–. Sí, poca obra doctrinal escrita, porque se decía, y también era verdad, que Ballbé escribía directamente en el Boletín Oficial del Estado. García de Enterría, valorando el significado de la obra de Ballbé para nuestro Derecho Público, señalaba que la labor de Ballbé tenía un claro paralelo en la del gran Ministro que fue Alonso Martínez. Con ello, destacó el enriquecimiento de la legislación española, el siglo XIX por obra de un burgalés de pro y el siglo XX por obra de un catalán de pro.

De todas estas normas, para la glosa de hoy, elijo la Ley del Suelo y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las dos de 1956. Las elijo no solo por razones de preferencia personal, desde luego son

---

\* Texto de la intervención del Sr. D. Javier Delgado Barrio en la Presentación del libro *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, celebrada en el INAP el día 27 de abril de 2017.

las que prefiero, sino también, y sobre todo, porque son dos Leyes cuyas esencias han llegado vivas a nuestros días en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 fue modificada por la Ley de 2 de mayo de 1975, y de la refundición de ambas resultó el Texto de 9 de abril de 1976 que, afortunadamente, está hoy vigente siquiera sea como derecho supletorio. Pues bien, este Texto Refundido, en la medida en que recoge una parte de la Ley del Suelo de 1956, en esa medida continúa viviendo, continúa haciendo vivir la Ley del Suelo del 56.

Otro tanto puede decirse de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956: derogada por la Ley de 13 de julio de 1998, ésta ha mantenido las líneas fundamentales de aquélla. Hasta tal punto ha mantenido esas líneas fundamentales que se ha sentido obligada a reproducir literalmente un extraordinario párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley del 56. Inciso: la Exposición de Motivos del 56 es, sencillamente, una lección magistral. Pues bien, la Ley vigente ha reproducido literalmente un párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley del 56, un párrafo del que luego he de volver a hablar, pues recoge exactamente la esencia del pensamiento jurídico de Ballbé.

Por lo que se refiere a la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, ya Ángel Menéndez ha relatado, con claros argumentos y autoridad, cuál fue la participación de Ballbé en su elaboración. La tradición oral, y también escrita, atribuye a Ballbé el haber dado forma jurídica al complejo entramado técnico que lleva dentro esa primera Ley del Suelo del 56. Su nota fundamental: para armonizar los intereses públicos y privados que viven en el campo del urbanismo, mantiene la propiedad privada del suelo necesario para la expansión de las ciudades, pero con una determinación pública del contenido del derecho de propiedad. Como ya ha señalado antes Ángel, efectivamente, el Código Civil decía, y sigue diciendo, que el propietario tiene derecho a edificar en los términos que le convengan. Sin embargo, con la Ley del Suelo del 56, ya no es así, el propietario ha de construir en los términos fijados en el plan.

Y ocurre que esta nueva concepción del derecho de propiedad, con exigencia del cumplimiento de deberes, cuajó plenamente en nuestra cultura jurídica hasta el punto de que, como dice Tomás-Ramón Fernández, si hoy, después de la desafortunada Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, se puede encontrar un sustrato común en la normativa emanada de diecisiete legisladores distintos, es el de esa cultura jurídica, porque todas las legislaciones autonómicas se nutren de ella, de esa nueva concepción del derecho de propiedad que alumbró la Ley del Suelo de 1956.

Por lo que se refiere a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, también de 1956 y obra de Ballbé y de González Pérez,

hay que subrayar que es el verdadero origen de nuestro moderno Derecho Administrativo. Desde México, desde su exilio mexicano, Alcalá-Zamora le tributó grandes elogios, hasta el punto de que del arrumbamiento total de la legislación franquista que él propugnaba, salvaba esta Ley porque sus aciertos la hacían merecedora de una clara supervivencia.

Pues bien, de esta Ley, por la que yo tengo una profunda preferencia –los magistrados de lo contencioso-administrativo hemos sentido un gran afecto por ella, la LJ del 56–, voy a destacar dos notas: la primera es el significado que tuvo en el terreno de la cláusula regia del Estado de Derecho, como la llamó Walter Jellinek en alguna ocasión. Esta cláusula exige que toda actuación administrativa sea impugnabile ante los tribunales, toda la actuación administrativa sin excepción. Pues bien, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa del año 56, por un lado, crea, prácticamente de la nada, una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa con especialización de los magistrados, y, por otro, amplía el ámbito de la materia impugnabile, abriendo el cauce procesal que regulaba a la impugnación de los actos discrecionales. Lo cual tiene una extraordinaria importancia. Me voy a detener un momento en este punto.

Un jurista suizo, Hans Huber, decía que el poder discrecional es el auténtico caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho. Años después otro gran jurista, Schwartz, se hace una pregunta sumamente expresiva: pero de verdad, de verdad, ¿de qué trata realmente el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad? Y fue la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa del 56 la que abrió el cauce del recurso a la impugnación de los actos discrecionales.

Unos años después, cinco años después y un poco más, en el año 1962, García de Enterría, precisamente en un curso de Homenaje a Ballbé, dictó la famosa conferencia de “La lucha contra las inmunidades del poder”. García de Enterría señalaba que el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para el administrativista en un conjunto de técnicas para el control del poder. Enumeraba las técnicas: el control de los hechos determinantes, porque por muy discrecional que sea una decisión, tiene que basarse en unos hechos, y los hechos o existen o no existen, el milagro no cabe en Derecho Administrativo; el deslinde entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, pues la discrecionalidad se caracteriza por una pluralidad de soluciones igualmente justas, es decir, indiferentes para el Derecho, en tanto que en los conceptos jurídicos indeterminados hay una única solución justa.

Y por último, es muy importante destacar la última técnica, que era el control por los principios generales del Derecho. Tomás-Ramón Fernández ha puesto de relieve cómo la LJ del 56 más la conferencia de Enterría del 62 habían preparado muy bien el terreno para que llegara la Constitución con

el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La jurisprudencia aplica este principio con absoluta naturalidad, y muy concretamente la jurisprudencia urbanística recogida en el Libro que hoy presentamos viene declarando que la motivación del planeamiento, es decir, la Memoria, es un elemento esencial para evitar la arbitrariedad.

Así, la Sentencia de 29 de marzo de 2016 llega a las siguientes conclusiones: primera, la motivación es “presupuesto de legitimación” del ejercicio de las potestades discrecionales, y segunda, y consecuencia, la carencia de motivación ya es arbitrariedad.

Y esta jurisprudencia que destaca el valor de la Memoria del planeamiento urbanístico, ha tenido un singular reconocimiento social en el barrio madrileño de Orcasitas, donde existe una plaza que se llama “Plaza de la Memoria Vinculante”. Una plaza que ha dado lugar a diversos artículos periodísticos tanto en el diario ABC como en El País.

Este es el camino que abrió la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa del 56, un camino que nos ha llevado desde esa Ley, desde sus principios, hasta la “Plaza de la Memoria Vinculante”.

En segundo lugar, tengo que destacar que esta Ley fue la bienvenida expresa al campo del Derecho Público de los principios generales del Derecho. Es claro que los principios –reconocidos como insoslayable fuente del derecho en el siglo XIX por el Título Preliminar del Código Civil, con la generalidad que es propia de la función que en nuestro ordenamiento cumple ese Título– operan en todos los campos del derecho, pero no es sino hasta 1956 cuando reciben la bienvenida expresa al campo del derecho público. Una bienvenida, además, por la puerta grande, reconociéndoles la máxima virtualidad práctica, justamente en ese momento fundamental, en ese momento cumbre de la realización judicial del derecho que es la sentencia, porque determinan su sentido.

Y así lo explica magistralmente la Exposición de Motivos de la Ley del 56: *La estimación o desestimación de la pretensión básica [...] depende de que el acto impugnado sea o no conforme a derecho.*

[...]

*Y refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al derecho, al ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones.*

Punto. En este párrafo está exactamente la esencia del pensamiento jurídico de Ballbé –esto sí lo dejé escrito–: las instituciones no son trasunto,

consecuencia o hechura de las normas positivas, sino al contrario, las normas positivas, en lo esencial, son manifestación y concreción del orden inmanente en la naturaleza de las instituciones. Y cuando la Ley vigente, la Ley del 98, al derogar la Ley del 56, recoge literalmente un párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley que deroga, cuando recoge un párrafo que es exactamente el pensamiento de Ballbé, que lleva la firma de Ballbé, al reproducir este autógrafo de Ballbé está rindiendo un claro homenaje legislativo al gran jurista que fue Ballbé.

En definitiva, Ballbé fue un jurista de extraordinaria relevancia en el terreno legislativo, pues participó decisivamente en la elaboración de muy importantes leyes que han llegado en su esencia vivas hasta nuestros días. Y añadido como testigo de referencia, porque yo tampoco conocí a Ballbé, pero me han hablado de él, en distintas ocasiones, Eduardo García de Enterría y Jesús González Pérez: Ballbé fue un hombre de una gran bondad, simpatía y jovialidad, y la familia tuvo una extraordinaria importancia en su vida. Por ello, considero un acierto de este Libro de Homenaje que ahora presentamos haber recogido algunas de sus fotos familiares.

Muchas gracias por su atención.

QDL44

**Jurisprudencia**

# El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local

M.<sup>a</sup> PILAR TESO GAMELLA

*Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo*

- 1. Planteamiento general**
- 2. Caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial**
- 3. Los requisitos de la responsabilidad**
- 4. Las novedades de la Ley 40/2015**
  - 4.1. Responsabilidad del Estado legislador
    - 4.1.1. Responsabilidad por leyes inconstitucionales
    - 4.1.2. Responsabilidad por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea
  - 4.2. La extensión de la responsabilidad patrimonial
- 5. Jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva local**
  - 5.1. Planteamiento general
  - 5.2. Los antecedentes
  - 5.3. Los requisitos de este tipo de responsabilidad patrimonial
  - 5.4. Las ordenanzas fiscales
- 6. Nota bibliográfica**

## Resumen

La ponencia es una aproximación a las novedades que, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, por leyes contrarias

---

*Artículo recibido el 29/05/2017; aceptado el 10/06/2017.*

a la Constitución o por normas contrarias al Derecho de la Unión Europea, establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y también la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Igualmente se da noticia de una reciente jurisprudencia respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por leyes contrarias a la Unión Europea, en la que resultan afectadas la Administración General del Estado y la Administración Local.

Palabras clave: *régimen jurídico; responsabilidad patrimonial; Administración; jurisprudencia; perspectiva local.*

***The new legal framework of liability of public administrations. The recent case law from the local law perspective***

**Abstract**

*The article addresses the changes introduced by Law 39/2015, of 1 October, on the Administrative Procedure of Public Administrations and Law 40/2015, of 1 October, on the Public Sector, regarding the liability of the legislator because of passing unconstitutional legislation or in contradiction with European Union Law. In addition, the article studies the recent case law on liability of the legislator because of breaching European Union Law when the central and local administrations are involved.*

*Keywords:* legal framework; liability; public administration; case law; local law perspective.

**1**

**Planteamiento general**

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es uno de los ejes medulares del Derecho administrativo y del propio Estado de Derecho. Como señaló –en la clásica cita– Maurice HAURIUO, “hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocados: que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”. Es decir, principio de legalidad y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Obligada referencia ha de hacerse al interés general que preside la actuación de la Administración, que sirve con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 de la CE), de tal modo que la desviación de esta finalidad ha de ser controlada por jueces y tribunales, *ex* artículo 106.1 *in fine* de la CE, pues los órganos judiciales controlan el sometimiento de la actuación administrativa “a los fines que la justifican”, anulando las actuaciones que se desvíen de esa finalidad fijada por el ordenamiento jurídico. Es la desviación de poder prevista en el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa.

Acorde con esa exigencia teleológica, el estatuto jurídico de la Administración goza de unos instrumentos privilegiados de los que no disponen los ciudadanos, que fortalecen y refuerzan su posición. De manera que puede llevar a cabo actuaciones que modifiquen la situación jurídica de los ciudadanos, sin la necesaria intervención judicial. Es ahí, como contrapeso y como cierre al sistema, cuando entra en juego la garantía de la responsabilidad patrimonial.

La caracterización de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, desde la órbita de las Administraciones locales, tiene que arrancar de una constatación inicial. Y es que no hay un régimen jurídico específico sobre la responsabilidad patrimonial en el ámbito local. Ni siquiera hay un régimen general que prevea luego algunas peculiaridades propias de la Administración local. Hay un régimen general común, consecuencia de la aplicación del artículo 149.1.18 de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva respecto del sistema de responsabilidad patrimonial de “todas” las Administraciones Públicas, lo que ha comportado un régimen unitario.

Este régimen jurídico común se reafirma en la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), cuando, en el artículo 54, dispone que las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los *particulares* en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, “en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

La legislación general a que se refiere el citado precepto es la misma a la que se remite el artículo 106.2 de la CE, cuando establece la cláusula general de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, que consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, “en los términos establecidos por la ley”.

Remisiones a la ley que se concretan ahora en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en la Ley 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como antes se hizo en la Ley 30/1992, y antaño en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

De modo que, aunque en hipótesis puedan suscitarse, respecto de la responsabilidad patrimonial de las entidades locales, problemas o cuestiones propias y específicas de este tipo de Administración y de las competencias que ejercita, la respuesta jurídica debe basarse, en todo caso, en la aplicación del mismo régimen jurídico. Teniendo en cuenta, no obstante, que en muchas ocasiones los problemas que se plantean son similares a los que tienen lugar en la órbita de las otras Administraciones Públicas territoriales, la estatal o la autonómica.

Las novedades en la materia derivadas de la Ley 40/2015, y en menor medida de la Ley 39/2015, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, y la reciente jurisprudencia desde una óptica local, serán las líneas generales de esta somera incursión en la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas. La responsabilidad contractual, derivada de un contrato cualquiera que sea su naturaleza, queda, por tanto, extramuros de lo que ahora abordamos, como lo está del régimen jurídico que establece la citada Ley 40/2015.

El objeto de la presente ponencia, en definitiva, se limita a dar cuenta de las principales innovaciones en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, la extensión de la responsabilidad patrimonial, y alguna reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre dicha materia. Si bien antes conviene hacer una reseña general a nuestro sistema de responsabilidad.

## 2

### **Caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial**

El sistema de garantía que comporta la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se fundamenta en un criterio de solidaridad social, en virtud del cual los daños ocasionados por la actuación de los poderes públicos no deben recaer exclusivamente sobre la esfera patrimonial o personal de los particulares a los que se causa la lesión. Se trata, por tanto, de resarcir o compensar un daño antijurídico —en eso consiste la “lesión”—, ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. Con la salvedad, a modo de causas de justificación, de que no tengan el deber jurídico de soportar ese daño con arreglo a la ley, o por la concurrencia de fuerza mayor.

Este sistema de derecho público, que es unitario para todas las Administraciones Públicas, como antes señalamos, a tenor del artículo 149.1.18 de la CE, participa de un casuismo judicial propio en la materia, en atención a los diferentes ámbitos sectoriales en los que se desenvuelve, pues la regulación legal tampoco establece peculiaridades al respecto. De modo que no se contemplan criterios específicos, ni por razón del tipo de Administración, ni por el ámbito sectorial en que se produce, ni, en fin, por un combinado de ambas circunstancias. Con la salvedad del cómputo del plazo previsto en el artículo 67 de la Ley 39/2015.

Este régimen de la responsabilidad patrimonial comprende cualquier actividad administrativa, ya sea por acción o por omisión. Comprende los actos administrativos y las disposiciones generales. Y responde directamente la Administración, sin perjuicio, naturalmente, de ejercitar luego la acción de regreso cuando las autoridades o funcionarios actuantes hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves (artículo 36.2 de la Ley 40/2015).

Es de carácter objetivo y se produce al margen de la concurrencia del elemento subjetivo que conlleva la culpa o la simple negligencia. El sistema se estructura en torno al concepto de lesión, como daño antijurídico, pues, a tenor del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones de toda *lesión* que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la misma sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La reparación del daño, en esta apretada síntesis de su configuración, debe ser efectiva, evaluable económicamente e individualizada, ha de ser integral, proporcionando una compensación o un resarcimiento completo del daño, personal o patrimonial, causado por la actuación administrativa. Es el principio de total indemnidad.

El empleo del término “particulares” a que se refiere el citado artículo 32.1 de la Ley 40/2015 no ha impedido que se venga considerando desde antiguo, por la jurisprudencia, que la Administración también debe responder de los daños que haya ocasionado a otras Administraciones, siempre, naturalmente, que concurren los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial.

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es, en definitiva, amplio y generoso en su configuración general. Cuestión distinta es la interpretación y aplicación que vienen haciendo los jueces y tribunales, al establecer unos contornos propios de la responsabilidad patrimonial, en atención al específico ámbito material en el que se origine la lesión.

Conviene, en fin, dejar constancia de la polémica sobre la configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial, en lo relativo a su carácter

objetivo, al dejar amplísimos márgenes interpretativos al juez, porque además de no diferenciar, como antes se señaló, según los diferentes ámbitos de la responsabilidad, la regulación es general y escueta, propicia el casuismo y arbitrio judicial. Se cuestiona que la Administración deba indemnizar cuando haya actuado correctamente, es decir, en los casos de funcionamiento normal de los servicios como título de imputación. Es precisamente esa caracterización objetiva de la responsabilidad lo que haría insostenible económicamente el modelo, si no fuera porque los tribunales simplemente no lo aplican en su integridad, pues gradúan el rigor según el ámbito material de la actividad administrativa de que se trate, y establecen criterios jurisprudenciales apegados al caso concreto.

De manera que, con el marco jurídico constitucional que proporciona el artículo 106.2 la CE, otros modelos son posibles, pero el legislador se muestra continuista.

### 3

#### Los requisitos de la responsabilidad

El nacimiento de la responsabilidad patrimonial se anuda a la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- Debe haberse realizado una *actuación administrativa* de cualquier naturaleza, por acción u omisión, a la que se imputa la lesión o el daño antijurídico. La Administración puede actuar ya sea en relaciones de derecho privado o de derecho público, como establecía el artículo 144 de la Ley 30/1992. Ahora, además, también será aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial cuando la Administración concorra con sujetos de derecho privado, o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración, o a la entidad que cubra su responsabilidad, *ex* artículo 35 de dicha Ley 40/2015.

2.- La *lesión* causada a los particulares en sus bienes y derechos, que no tengan el deber jurídico de soportar con arreglo a la ley, y que no se deba a fuerza mayor. La *antijuridicidad* del daño, que integra el concepto jurídico de lesión, es quizá la cuestión más relevante del sistema de responsabilidad.

La antijuridicidad significa que no se tiene el deber de soportarlo, y la no concurrencia de esta causa de justificación que legitima el daño, es decir, que no concorra un título que se imponga como inexcusable y, por tanto, se tenga el deber de soportar. Pagar un impuesto, soportar una ejecución administrativa o judicial, cumplir una orden para adecentar las fachadas de los edificios, cumplir una sanción, abstenerse de realizar lo prohibido y soportar

las consecuencias de tal incumplimiento, son los casos, entre otros, que tradicionalmente se suelen relacionar como inexcusables.

3.- Debe mediar la *relación de causalidad* entre esa actuación y la lesión padecida, es decir, que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Ha de probarse que existe un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido. La propia actuación del particular puede dar lugar a la denominada “conurrencia de causas” para la producción del resultado lesivo.

#### 4

### Las novedades de la Ley 40/2015

El régimen general de la responsabilidad patrimonial no se ha visto alterado, por tanto, en su caracterización general, ni en sus requisitos esenciales, por la Ley 40/2015. Se mantiene su carácter objetivo y se conservan los presupuestos generales para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Las novedades se producen, además de la extensión de la responsabilidad pública a las entidades privadas por las que actúe la Administración antes citada, prevista en el artículo 35, en la denominada responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que originariamente fue una creación jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación de leyes inconstitucionales, y de la jurisprudencia del TJUE y de la misma Sala del Tribunal Supremo, respecto de la aplicación de normas contrarias al derecho de la Unión Europea.

Antes de continuar con las peculiaridades de cada uno de los tipos de responsabilidad del Estado legislador, conviene dejar constancia de dos limitaciones temporales, comunes a ambos supuestos de responsabilidad por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea.

De un lado, únicamente serán indemnizables, *ex* artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, los daños producidos en los *cinco años anteriores* a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley, o el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea, salvo que la propia sentencia disponga otra cosa.

Y, de otro, se mantiene, en el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo de prescripción de un año, pues los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar, que *prescribirá al año* de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de que se manifieste su efecto

lesivo. En lo atinente a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el inicio del plazo tendrá lugar desde la publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, o en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley o el carácter contrario al derecho de la Unión Europea de una norma.

#### 4.1

### Responsabilidad del Estado legislador

Las novedades en la regulación de la responsabilidad patrimonial aparecen, según reconoce la exposición de motivos de la Ley, en el ámbito de la responsabilidad del Estado legislador, *por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda.*

Recordemos que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador ha tenido reciente reconocimiento y rápido desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con sustento en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE.

El origen tuvo lugar en relación con las leyes de modificación, por adelante, de la edad de jubilación en los años ochenta del siglo pasado, y de ahí arranca el camino hasta la responsabilidad por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. Por ello, en 1999 se modificó la Ley 30/1992, introduciendo un apartado 3 al artículo 139, que, no obstante, regulaba un supuesto ajeno (relativo a los casos en que se estableciera la responsabilidad en el propio acto legislativo) a los contornos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que iba construyendo caso a caso la Sala Tercera, sobre todo tras las sentencias del conocido caso del gravamen complementario de una tasa sobre el juego.

Ahora el legislador, en la Ley 40/2015, ha tomado nota de ese desarrollo jurisprudencial y ha regulado la materia, restringiendo los contornos que había establecido, de modo tan generoso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para ambos supuestos, la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales o de normas contrarias al derecho de la Unión Europea.

Se mantiene la responsabilidad patrimonial que ya regulaba la Ley 30/1992 tras la reforma de 1999, pues el artículo 32.3 de la Ley 40/2015 es reiteración del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, y que no hace al caso, pues no suponía reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado le-

gislador tal como la conocemos. Este artículo 32.3, párrafo primero, dispone que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”.

Lo relevante es que ahora sí se regula la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas con rango de ley declaradas inconstitucionales o por normas, legales o reglamentarias, contrarias al derecho de la Unión Europea; que ya deja de ser una creación jurisprudencial y tiene una específica regulación legal.

#### 4.1.1

#### Responsabilidad por leyes inconstitucionales

La jurisprudencia ya venía reconociendo que para el completo resarcimiento del daño patrimonial ocasionado por una ley inválida, por inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional, resultaba irrelevante que el acto administrativo de aplicación fuera o no firme, o que el perjudicado hubiera, o no, impugnado dicho acto del que era destinatario, agotando, por tanto, las correspondientes instancias judiciales.

Se consideraba que el acto de aplicación sería igualmente firme, si se había recurrido y se habían agotado las instancias, si se había aquietado el destinatario, o si no cabía recurso alguno porque era una sentencia dictada en única instancia. Teniendo en cuenta que no podía aplicarse el instituto de la cosa juzgada, porque no había identidad en el objeto, entre la acción que se ejercita cuando se impugna cualquier acto administrativo de aplicación y la que se ejercita respecto de la responsabilidad patrimonial. No hay identidad en el bien jurídico, y podía no haber identidad respecto de las partes.

En este sentido la Sentencia del Pleno de 2 de junio de 2010 (recurso contencioso administrativo n.º 588/2008) de la Sala Tercera declaró que “Es aquí, precisamente, donde encontramos la razón jurídica que conduce a interpretar que lo ordenado en aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución. El bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión está, nadie lo duda, claramente conectado con aquel que se solicitó

en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, que les haría así, aunque solo desde esta perspectiva, intercambiables. Pero no es el mismo bien jurídico; no hay identidad entre uno y otro. En el proceso fenecido lo era el derecho o derechos que a juicio del pretendiente derivaban de una concreta situación o relación jurídica. En el nuevo lo es el derecho a ser indemnizado cuando un tercero causa en su patrimonio un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. Como tampoco la hay necesariamente entre las partes de uno y otro proceso, entendidas con la extensión con que lo hace el párrafo primero del art. 222.3 LEC, pues en el fenecido solo lo eran y solo podían serlo quienes definían la situación o integraban la relación jurídica cuyo contenido o cuyos derechos se ponían en litigio, mientras que en el nuevo lo es el tercero tal vez ajeno a ellas a quien se imputa el daño antijurídico. [...] En suma, si lo que excluye la cosa juzgada es, tal y como dice el art. 222.1 LEC, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, no es ese efecto de exclusión el que producen aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC para el posterior proceso de reclamación de responsabilidad, pues no es esa situación de identidad de objeto la existente entre este y el anterior”.

Al destinatario del acto en el que se aplicó la Ley luego declarada inconstitucional, no podía imponérsele, según la citada doctrina jurisprudencial, la carga de recurrir en todo caso.

En esa misma Sentencia de 2 de junio de 2010, se sostenía que cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contiene un pronunciamiento específico al respecto, son los tribunales los que deben decidir sobre la eficacia *ex nunc* o *ex tunc* de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. En concreto se declara en dicha sentencia que “esa jurisprudencia que cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales ante los que se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad, aplicando las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser ellos quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. En este sentido pueden verse, entre otras muchas, las SSTS de 15 de julio de 2000 (recurso núm. 763/1997), 17 de febrero de 2001 (349/1998), 24 de enero de 2002 (221/1998), 3 de julio de 2003 (678/2000), 29 de octubre de 2004 (166/2003), 11 de septiembre de 2007 (99/2006)”.

Pues bien, la Ley 40/2015 corrige esa jurisprudencia, y limita ostensiblemente su aplicación al exigir, en el artículo 32.4, que si la lesión tiene lugar por la aplicación de una ley, que luego ha sido declarada inconstitucional, hay que cumplir dos requisitos:

- a) que se haya obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto de aplicación que ocasiona el daño, y
- b) que en dicho recurso se hubiera alegado la inconstitucionalidad de la ley que posteriormente se declaró.

El primer requisito, la exigencia de sentencia firme, admite dos posibles interpretaciones: o bien que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales hasta el alcance de la firmeza; o que baste simplemente con haber acudido a los órganos jurisdiccionales y haber obtenido sentencia.

No parece requerirse el agotamiento de las sucesivas instancias judiciales, si hubiera apelación o casación, según los casos. Recordemos que el artículo 32.4 dispone que es necesario que “el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño”. Y que estamos ante la interpretación de una exigencia de la que depende el acceso a la jurisdicción.

Únicamente se exige, por tanto, que la sentencia, tras la sustanciación del recurso contencioso-administrativo, invocando la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley que aplica el acto impugnado, sea firme. Esta firmeza puede haberse producido, naturalmente, no solo por haberse agotado las instancias correspondientes si las hubiera, sino por el aquietamiento del recurrente ante la primera sentencia, o porque contra la misma no cabía recurso alguno. También puede haberse obtenido sentencia desestimatoria firme en apelación, ante el recurso de la Administración, cuando en primera instancia se había obtenido una sentencia estimatoria de su pretensión.

La exigencia de que la sentencia firme sea “desestimatoria” debe entenderse en sentido material y no formal. Dicho de otro modo, puede haber sentencias que resuelven recursos interpuestos contra varios actos impugnados, *v. gr.*: de naturaleza tributaria, cuyo fallo sea “estimatorio en parte”, y que esa parte no estimada se refiera precisamente a la duda de inconstitucionalidad de la norma legal y la nulidad por dicha causa de alguno de los actos tributarios recurridos. Estaríamos, por tanto, ante sentencias materialmente desestimatorias, aunque formalmente fueran estimatorias en parte.

La concurrencia de dichas exigencias legales, en definitiva, limita de forma significativa la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, tal como venía configurada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero debe reconocerse que el diseño de este nuevo régimen jurídico

imprime certeza en la delimitación del tipo más reciente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Y no es difícil predecir que disminuirán de modo relevante, al menos inicialmente, los recursos por responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Lo anterior no obsta, como es natural, para que el propio Tribunal Constitucional pueda limitar el alcance de sus propias sentencias, como es el caso, entre otros, de la STC 194/2000, de 19 de julio, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, al añadirse que las situaciones que pueden ser revisadas con fundamento en esa sentencia, son aquellas que a la fecha de publicación no hubieran adquirido firmeza.

#### 4.1.2

#### Responsabilidad por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea

El Estado legislador no solo responde por las leyes inconstitucionales, sino también por aquellas normas que son contrarias al derecho de la Unión Europea. Aunque en la exposición de motivos de la Ley 40/2015 se alude a “leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea”, sin embargo en el artículo 32.5, de modo más preciso, se alude a la lesión por la “aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea”.

La responsabilidad de los Estados miembros, por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, va ligada a la jurisprudencia del TJUE como una garantía adicional de cumplimiento del derecho comunitario por los Estados.

En dicha jurisprudencia comunitaria, se declaró que los Estados miembros deben reparar los daños causados a los ciudadanos por normas que hayan vulnerado el derecho de la Unión Europea. Es el caso de las sentencias del TJUE, entre otras, de 19 de noviembre de 1991 (*Francovich y Bonifaci*) y de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pecheur*).

La responsabilidad surge, según las citadas sentencias, por la concurrencia de tres requisitos, que ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a saber: que la norma nacional infractora del derecho de la Unión Europea tenga por objeto conferir derechos a particulares (1); que la vulneración sea suficientemente caracterizada (2); y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas (3).

El origen y los fundamentos de la responsabilidad por normas contrarias al derecho de la Unión Europea fueron, por tanto, distintos, en la jurisprudencia

dencia del Tribunal Supremo, a los de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, pues, para las primeras, además de exigirse el agotamiento de los recursos procedentes, que no era requisito para el ejercicio de la acción en el caso de leyes inconstitucionales, la infracción del derecho de la Unión Europea ha de ser también suficientemente caracterizada.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala Tercera equipara los dos tipos de responsabilidad del Estado legislador, por leyes inconstitucionales o por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, tras la STJUE de 26 de enero de 2010, “Transportes Urbanos”, que declara, por efecto del principio de equivalencia, que las “normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se apliquen indistintamente a los recursos basados en la violación del derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del derecho interno”. Concluyendo, en virtud del citado principio de equivalencia, que “lo que no se exige para la realización procedimental de derechos derivados de la ley nacional tampoco puede exigirse para la de derechos establecidos por el derecho europeo”.

La Ley 40/2015 ha sujetado a determinados requisitos, en el artículo 32, apartado 5, el ejercicio de la acción por responsabilidad del Estado legislador, respecto de normas contrarias al derecho de la Unión Europea. Estos requisitos son los mismos que se exigían para la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es decir, que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que en dicho recurso se haya alegado la infracción del derecho de la Unión Europea que posteriormente ha sido declarada.

Pero además se exigen aquellos requisitos, antes señalados, que había establecido la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en las antes citadas sentencias de 19 de noviembre de 1991 y de 5 de marzo de 1996.

Se ha producido, por tanto, una equiparación del régimen jurídico aplicable a ambos tipos de responsabilidad del Estado legislador, ya sea por leyes inconstitucionales o por normas contrarias al derecho de la Unión, pues en ambos se exige que se haya reaccionado ante el acto de aplicación de la ley mediante su impugnación ante los jueces o tribunales, que haya sentencia firme, y que en el correspondiente recurso contencioso-administrativo se haya invocado la vulneración de la CE o del derecho europeo.

Ahora bien, la equiparación, a los efectos del principio de equivalencia, podría tener alguna fisura, pues en los casos de responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales no se exige que la infracción sea suficientemente caracterizada, que es un requisito únicamente exigido en los casos de lesión derivada de normas contrarias al derecho de la Unión Europea. Ahora bien,

en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando que no se vulnera en estos casos el principio de equivalencia, pues la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o una norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de las características de esta norma. De modo que el juicio sobre la antijuridicidad del daño comprende y se equipara al que se hace para determinar si la lesión del derecho de la Unión Europea es suficientemente caracterizada.

Recordemos que una infracción es suficientemente caracterizada cuando es manifiesta y grave, y tiene tal entidad que resulte clara, intencional, o de carácter inexcusable. También cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de la que resulte ese carácter trasgresor.

## 4.2

### La extensión de la responsabilidad patrimonial

La otra novedad sobre el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial que establece la Ley 40/2015, es la regulación de la extensión del ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que denomina el artículo 35 la “Responsabilidad de Derecho Privado”.

Cuando las entidades de derecho privado, a través de las que actúa la Administración, no ejerciten potestades administrativas porque actúen bajo normas de derecho privado, en su responsabilidad también será de aplicación el régimen que alumbran los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 sobre responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas. Es decir, comprende no sólo los supuestos en los que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, sino también cuando se sirve de entidades de derecho privado, en relaciones de tal naturaleza.

De este modo se intenta poner fin a las limitaciones, derivadas de la aplicación del artículo 144 de la Ley 30/1992, por razón de la personificación privada de la entidad, o siendo pública por su actuación bajo normas de derecho privado. Recordemos que el citado artículo 144 comprendía únicamente a las Administraciones Públicas cuando “actúen en relaciones de derecho privado”. Ahora se expande la aplicación del régimen jurídico de la responsabilidad prevista en la Ley 40/2015, de manera que quedan incluidas las sociedades privadas y las fundaciones, a través de las que actúe la Administración.

El camino que amplía el ámbito de la responsabilidad patrimonial, está en relación directa con la jurisdicción competente, en esta materia, que viene determinada, tras un proceloso camino en la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha unificado la competencia al respecto, por el artículo 2.e) de la LJCA (tras la reforma de la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999), cuando dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. De modo que esa ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de comportar la correspondiente adaptación de la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la entidad de derecho privado sea el instrumento de la Administración, pues se sirve de dicha entidad para actuar.

Hasta ahora, cuando, *v. gr.*, se demandaba únicamente a la compañía de seguros que cubría la responsabilidad, en estos casos, aunque ello no estaba exento de polémica, venía considerándose competente la jurisdicción civil, según la Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Tribunal Supremo. Así, en el Auto de dicha Sala de 19 de febrero de 2014, conflicto n.º 42/2013, siguiendo reiterados precedentes, se señalaba que “[...] En este caso, como en los resueltos por las sentencias citadas, se ejercitaba la acción prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en todos ellos acordamos que la jurisdicción competente para conocer de tales procedimientos era la jurisdicción civil. [...] Las razones que avalan la atribución de competencia a la jurisdicción civil para conocer del caso examinado son las siguientes. [...] El artículo 9.4 de la LOPJ, según redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, cuando relaciona las materias atribuidas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo establece, en el párrafo segundo, que conocerá de las pretensiones que se deduzcan ‘en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. **Igualmente conocerá de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva**’. Acorde con tal previsión legal se modificó también, mediante la Ley Orgánica 19/2003 citada, el artículo 2.e) de la LJCA. [...] Culmina en

los citados preceptos el prolongado camino seguido para atribuir, con carácter general, a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las acciones ejercitadas, al amparo del artículo 106.2 de la CE, por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Esta norma general, como se advierte del propio contenido del artículo 9.4, párrafo segundo, de la LOPJ, tiene una excepción referida al ejercicio de la acción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, cuando se demande directa y únicamente a la compañía de seguro sanitario. [...] Pues bien, en dichos supuestos en los que se demanda exclusivamente a la compañía que presta el servicio, sin hacerlo ‘junto a la Administración’ (artículo 9.4 citado), los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo se encuentran sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar, y sin poder determinar, por tanto, si la misma ha sido conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pues se trataría de una mera relación entre privados. [...] Recordemos, en fin, que el orden civil conocerá, además de las materias que les son propias, de ‘todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional’ (artículo 9.2 de la LOPJ)”.

Sin embargo, ahora el artículo 35 citado se refiere a la exigencia de responsabilidad no sólo a la Administración en relaciones de derecho privado, como señalaba el artículo 144 de la Ley 30/1922, o cuando la Administración concorra con sujetos de derecho privado, sino también extendiéndose “directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

Por otro lado, los daños de contratistas o concesionarios tienen una expresa referencia en el artículo 32.9 de la Ley 40/2015, cuando dispone que se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

## 5

### **Jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva local**

Seguidamente citaremos dos recientes sentencias sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por la infracción del derecho de la Unión

Europea, en las que se encuentran concernidas las entidades locales y la Administración General del Estado.

Recientemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en las sentencias de 17 de noviembre de 2016 y de 21 de febrero de 2017, dictadas en los recursos contencioso-administrativos 196/2015 y 184/2015, respectivamente, se ha pronunciado sobre la impugnación de la denegación de la reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, formulada por las operadoras de telefonía móvil, fija y ADSL, al Consejo de Ministros por los perjuicios ocasionados por la infracción del derecho de la Unión Europea, por el importe abonado por dichas operadoras como consecuencia de las liquidaciones giradas por la tasa municipal (principal, intereses y recargos), que fueron practicadas por varios ayuntamientos a esas operadoras de telefonía móvil en concepto de tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. Estas liquidaciones se giraron en aplicación de las correspondientes ordenanzas fiscales, dictadas al amparo del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

## 5.1

### Planteamiento general

Estos dos recursos contencioso-administrativos, interpuestos ante la Sala Tercera, impugnaban la denegación expresa de la reclamación deducida ante el Consejo de Ministros, porque –se sostenía– el origen y la causa de la lesión se encontraba en una norma legal que era contraria al derecho de la Unión Europea, el TRLRHL.

Ahora bien, dichas operadoras de telefonía también expresaban que habían interpuesto reclamaciones por responsabilidad patrimonial, ante los ayuntamientos que giraron las correspondientes liquidaciones tributarias por la tasa, en las que, al parecer, se consideraba que las normas contrarias al derecho de la Unión Europea eran las ordenanzas fiscales respectivas, que prestaron cobertura normativa a dichas liquidaciones tributarias.

Sostenían dichas operadoras, como fundamento de la única responsabilidad de la Administración General del Estado, que si las ordenanzas municipales eran disconformes al derecho de la Unión Europea, era porque el legislador estatal había hecho un uso inadecuado de la facultad del artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de co-

municaciones electrónicas (Directiva autorización), que regula los cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos, al disponer que “Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)”. Si bien las operadoras también hacían una alusión final a la eventual responsabilidad solidaria entre ambas Administraciones Públicas, estatal y local, al amparo del artículo 140 de la Ley 30/1992.

La cuestión suscitada, en definitiva, se limitaba a determinar si estamos ante un supuesto, o no, de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, y, además, a qué Administración ha de imputarse la lesión padecida por haber abonado el importe de las liquidaciones giradas por una tasa, que ha sido declarada contraria al derecho de la Unión Europea.

Para determinar el título de imputación resulta esencial acotar la distinta intervención de la Administración General del Estado y de los ayuntamientos concernidos. Pues bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 133 y 142 de la CE se establecen los principios de suficiencia y autonomía local, que se hacen efectivos en el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en cuyo artículo 20.1.A se faculta a las entidades locales para establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

Teniendo en cuenta que este tipo de ordenanzas normalmente establecían que eran sujetos pasivos de dicha tasa las empresas o entidades explotadoras de servicios de suministro que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, tales como los de abastecimiento de agua, suministro de gas, electricidad, telefonía (fija o móvil) y otros análogos, así como también las empresas que explotan la red de comunicación mediante sistemas de fibra óptica, televisión por cable o cualquier otra técnica, independientemente de su carácter público o privado.

Añadiendo, y esto es lo relevante, que también tienen la consideración de sujetos pasivos las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el párrafo anterior, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúen los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.

## 5.2 Los antecedentes

Conviene tener en cuenta que la vulneración del derecho de la Unión Europea por la citada tasa se declara por STJUE de 12 de julio de 2012, al resolver tres cuestiones prejudiciales planteadas, mediante Auto de 28 de octubre de 2010, por la propia Sala Tercera (Sección Segunda), en los recursos de casación en los que estaban en cuestión las ordenanzas municipales que regulaban la expresada tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, respecto de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Pues bien, el TJUE, mediante la citada Sentencia de 12 de julio de 2012, declaró lo siguiente:

*1.º El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.*

*2.º El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo. [...].*

De modo que la Sala Tercera declaró, a pesar de lo discutible de la cuestión, la nulidad de los preceptos de las ordenanzas fiscales que regulaban dicha tasa, pues la extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resultaba contraria al artículo 13 de la Directiva de autorización. Sólo los titulares de las redes pueden ser considerados sujetos pasivos de dicho tributo.

Pues bien, ni en estas sentencias de la Sala Tercera sobre la nulidad de las ordenanzas municipales fiscales, ni en la STJUE de 2012 antes citada, ningún reproche se hace sobre la inadecuada regulación, o su eventual inaplicación, de las normas reguladoras de la tasa sobre aprovechamiento especial del dominio público local, que se establece en el TRLRHL.

En la expresada sentencia se desestima el argumento principal de la recurrente sobre el título de imputación, que la recurrente identifica en el TRLRHL, porque sostiene que si las ordenanzas son contrarias al derecho de la

Unión Europea es porque el TR citado lo era también, pues el legislador español ha realizado una interpretación equivocada del artículo 13 de la Directiva Autorización, por lo que la única responsabilidad es del legislador estatal, que debió establecer un límite expreso, o una delimitación negativa del hecho imponible, para excluir de la tasa a las operadoras que no eran titulares de las redes. Teniendo en cuenta que los artículos 20.1.a) y 23.1.a) del TR citado habilitaban a los entes locales a exigir una tasa, con independencia de la titularidad de los bienes que realizan la ocupación del dominio público.

### 5.3

#### Los requisitos de este tipo de responsabilidad patrimonial

Resulta obligado en este tipo de recursos examinar, y así lo hace la sentencia, si concurren o no los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión, a saber: que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a particulares (1); que medie relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido (2); y que la violación sea suficientemente caracterizada (3).

Estas exigencias vienen establecidas por la doctrina del TJUE, concretamente desde la conocida STJUE “Brasserie du Pêcheur, S.A.” (1996). En concreto, respecto de la infracción suficientemente caracterizada, que es el requisito de contornos más difusos, ha venido señalando dicho Tribunal que las autoridades nacionales tienen un amplio margen de apreciación en que debe moverse la función legislativa, o normativa, de los diferentes Estados miembros, pues sus extralimitaciones al respecto han de ser graves y manifiestas, teniendo en cuenta –y valorando específicamente– el grado de complejidad de las relaciones que se regulan, las dificultades de interpretación, el carácter intencional del error, o su naturaleza inexcusable. Y desde luego siempre será suficientemente caracterizada la vulneración, cuando se mantiene tras la sentencia que declara la infracción del derecho de la Unión Europea.

En relación con la equivalencia entre los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, que exige la doctrina del TJUE, debe señalarse que la Sala Tercera viene declarando que efectivamente no hay diferencia sustantiva relevante entre ambos tipos de responsabilidades. Es cierto que los presupuestos de procedibilidad, desde la STJUE de 29 de enero de 2010, aplicables a los recursos por responsabilidad patrimonial basados en la violación del derecho de la Unión y/o en la del derecho interno, deben ser similares, de modo que efectivamente no puede sujetarse el nacimiento de la

responsabilidad a la concurrencia de requisitos más estrictos en el caso de la infracción del derecho de la Unión Europea.

Pero sucede que la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende –añade la Sentencia de la Sala Tercera de 17 de noviembre de 2016–, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de la naturaleza y las características de esta. De ahí que, en buena lógica, desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, en los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el derecho de la Unión común a todos ellos.

Pues bien, la sentencia que comentamos considera, respecto de la interpretación de los artículos 20.1.a) y 23.1.a) del TRLRHL, que no puede sostenerse que en ellos se contenga la infracción del derecho de la Unión, pues ello “carece del menor fundamento lógico ni jurídico. Los verbos utilizar, aprovechar o disfrutar, referidos al objeto –el dominio público local–, no permiten inferir, por su propio significado, que el hecho imponible se pueda realizar por sujeto pasivo distinto de quien, por ser propietario de las redes que se sitúen en el dominio público local, o por debajo o por encima del mismo, es quien aprovecha, utiliza o usa el dominio público local de forma más intensa que la propia de un uso común y general, siendo así que es ese aprovechamiento especial lo que constituye el hecho imponible de la tasa, según los arts. 20.1.a) y 23.1.a) del TRLRHL. Los terceros no propietarios que usen esa red ajena, tendida en dominio público local, o por debajo o por encima del mismo, en virtud de derechos de uso, acceso o interconexión pactados o establecidos con el propietario, tan solo usan la red, no el dominio público”.

Ninguno de los preceptos citados –concluye la sentencia– permiten declarar que el TRLRHL ha vulnerado el artículo 13 de la Directiva Aplicación. No se ha producido infracción alguna, ni mucho menos suficientemente caracterizada, de manera que no existe infracción del derecho de la Unión Europea por la legislación del Estado.

Añade en este sentido la citada sentencia de la Sala Tercera que “Nada hay en los preceptos del TRLRHL antes transcritos, que permita afirmar, como hace la demandante, que se vulnere el art. 13, ni tampoco el 12 de la Directiva 2002/20. Apuntala su tesis la recurrente con el razonamiento de que, de no ser así, es decir, de no existir una infracción en lo que se expresa en la norma, la infracción vendría dada por no contener el TRLRHL una mención específica a las empresas que prestan servicios de telefonía móvil, para excluirlas explícitamente del gravamen por tasas por utilización del

dominio público, en los casos que accedan a redes de terceros situadas en el dominio público local por derechos de acceso, uso o interconexión. Así, entiende que de la interpretación conjunta de los artículos 20 y 24 del TRLRHL, se desprende que si el legislador hubiera querido excluir el gravamen de los operadores de telefonía móvil que, sin ser titulares de los recursos instalados en el dominio público local, los utilizaran para prestar sus servicios de telefonía, lo que debería haber hecho es introducir la excepción contenida en el artículo 24.1.c) en el artículo 20 del TRLRHL (relativo al hecho imponible) lo que determina que el legislador estatal incurre en responsabilidad como consecuencia de no haber realizado una transposición correcta de la Directiva autorización”.

#### 5.4

#### Las ordenanzas fiscales

Finalmente la sentencia hace una referencia al objeto del recurso contencioso-administrativo que debe resolver, quedando extramuros del mismo la infracción del derecho de la Unión Europea por las ordenanzas fiscales, porque no ha sido ese el planteamiento de la demanda (aunque se hiciera una referencia a que el Estado respondiera por la posible infracción del derecho de la Unión de las ordenanzas). Recordemos que el acto impugnado es el Acuerdo del Consejo de Ministros denegatorio de la indemnización por responsabilidad patrimonial por la infracción del derecho de la Unión Europea que contiene el TRLRHL, y, en todo caso, debió haberse reclamado ante los ayuntamientos respectivos.

Respecto de si el Estado ha de responder, en todo caso, por la infracción del derecho de la Unión Europea en que incurran las ordenanzas municipales, la sentencia no acoge dicha pretensión, y se extiende, citando al respecto la jurisprudencia comunitaria, STJUE de 1 de junio de 1999 (caso Konle), estableciendo lo siguiente:

[...]

*27. Tal como han indicado en lo fundamental todos los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia y la Comisión, y según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del derecho comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio*

*hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62).*

*28. Por tanto, los Estados miembros no pueden liberarse de la mencionada responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del derecho comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios. [...]”.*

*Ahora bien, sentados estos principios generales, así como el marco jurisprudencial, el TJCE, expone en los siguientes apartados unas precisiones, en la línea que se contienen en la sentencia anteriormente citada, caso Konle, declarando que “[...] 29. Sin embargo, de la jurisprudencia citada en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia no se desprende que la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al derecho comunitario deba ser necesariamente asumida por el propio Estado miembro para que se cumplan sus obligaciones comunitarias.*

*30. En efecto, en lo que atañe a los Estados miembros de estructura federal, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, si los cauces procesales que ofrece el ordenamiento interno permiten una protección efectiva de los derechos que otorga a los particulares el ordenamiento comunitario, sin que resulte más difícil ejercer dichos derechos que aquellos que les otorga el ordenamiento jurídico interno, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata (sentencia Konle, antes citada, apartados 63 y 64)”.*

Añade la sentencia una referencia a la potestad tributaria de las entidades locales y su relación con la responsabilidad patrimonial, al señalar lo siguiente: *Esta doctrina del TJUE resulta muy relevante en el caso del Reino de España, para el caso de daños por infracción del derecho de la Unión Europea causados por actos realizados por las entidades locales. Las entidades locales actúan, en el ámbito de potestad tributaria, en el ejercicio de su autonomía local garantizada constitucionalmente en el art. 140 de la CE, garantía que en el ámbito tributario se refuerza por la mención a los tributos propios de las Haciendas locales que establece el art. 142 de la CE, si bien bajo los límites que impone el principio de reserva de ley en materia tributaria (art. 31.3 de la CE), de manera que las corporaciones locales solo pueden establecer y exigir tributos de acuerdo con*

*la Constitución y las leyes, por lo que careciendo las corporaciones de potestad legislativa, es el Estado quien debe habilitar legalmente a las entidades locales para exigir, en lo que ahora interesa, las tasas, en tanto modalidad singular de los tributos locales (art. 133.1 y 2 de la CE y art. 20 del TRLRHL), determinando los elementos esenciales del tributo. Por otra parte, las entidades locales se encuentran sujetas al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, garantizado constitucionalmente (art. 106.2.º de la CE), sistema de responsabilidad patrimonial que se rige por los mismos criterios, requisitos y procedimiento que la del Estado. Concretamente, en la fecha a que se refiere la presentación de la reclamación de responsabilidad estaba regulada por los arts. 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (título X de la LRJAPyPAC), que establecen un régimen normativo sustantivo y procedimental común (art. 149.1.18.º de la CE), sin que resulte más difícil ni gravoso exigir la reparación a aquellas entidades locales cuando los perjuicios por infracción del derecho de la Unión Europea se deban a su actuación, que hacerlo al propio Estado.*

De modo que la sentencia concluye que en nuestro ordenamiento jurídico todas las Administraciones están sujetas a responsabilidad patrimonial, pues “no existe obstáculo en el ordenamiento jurídico interno para que pueda exigirse ante los ayuntamientos el resarcimiento de los daños y perjuicios que, en el ejercicio de sus potestades y competencias, hubieren causado a los administrados, sin que pueda detectarse ningún elemento normativo sustantivo o procedimental –la recurrente tampoco señala ningún obstáculo– que haga más difícil obtener ante los mismos la reparación del perjuicio causado por una infracción del derecho de la Unión Europea que tenga su origen en las ordenanzas que los ayuntamientos hubieren aprobado para la exacción de las tasas, o en las propias actuaciones de liquidación tributaria. Y prueba de que este régimen de responsabilidad es viable e igualmente efectivo, es que la actora ha simultaneado esta demanda, con la reclamación ante los distintos ayuntamientos”.

En fin, tampoco obsta a la desestimación del recurso que declara la sentencia el alegato sobre el cumplimiento de los presupuestos del artículo 140 de la Ley 30/1992, que se rechaza, pues la concurrencia normativa del TRLRHL y de las respectivas ordenanzas fiscales no constituyen ninguna “fórmula conjunta de actuación” entre varias Administraciones Públicas, de la que se derive la responsabilidad patrimonial de las Administraciones intervinientes para responder de forma solidaria. Las sentencias de las que damos cuenta

no consideran, en definitiva, que se trate de un supuesto de concurrencia de varias Administraciones para la producción del daño.

En las sentencias indicadas, una vez más, como sucede en la mayoría de estos casos, nos sitúan a vueltas con la exigencia, caracterización y concurrencia del controvertido requisito de la infracción suficientemente caracterizada.

## 6

### Nota bibliográfica

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, tercera edición, Civitas, Navarra, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, decimotercera edición, Civitas, Navarra, 2013.

HAURIOU, M., “*Précis élémentaire de Droit administratif*”, quinta edición, Revis. act. por A. Hauriou, París, 1943.

MARTÍN REBOLLO, L., “Responsabilidad patrimonial de la Administración local”, *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Iustel, Madrid, 2011.

## 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: diciembre 2016



**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 micuenta 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)



15 ANIVERSARIO

Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local

ÚLTIMO TWEET

[Síguenos en Twitter](#)

RT @mccamposacunha: En el último número de Carta Local @fempcomunica ¿Cómo evitar un cibersecuestro en mi Ayuntamiento? Hay que trabaja... <https://t.co/73nqwy4a7Y8>

[Inicio](#) [La Fundación](#) [Actividades](#) [Publicaciones](#) [Boletín](#) [Biblioteca Digital](#) [Actualidad](#)

**diputación de Málaga**

La Diputación de Málaga aprueba 35 obras del Plan de Fomento al Empleo Agrario por un valor de 2.937.809 euros

La Junta de Gobierno de la institución ha dado luz verde a actuaciones que permitirá la contratación de más de 1.300 desempleados

[VER TODAS](#)

### PRÓXIMAS ACTIVIDADES

07 Julio

Ciclo de seminarios d'actualització jurídica local (Barcelona, 7 de juliol)

06 Septiembre

Cursos Verano UAM – 19. Redes Sociales para una Gobernanza Inteligente. Buscando una nueva Participación Ciudadana desde el Gobierno Abierto Local (Madrid, del 6 al 8 de septiembre)

[VER TODAS](#)

### Últimas publicaciones:

12 Junio 2017  
**Reforma de la Administración local y problemática jurídico-constitucional**

31 Marzo 2017  
**Revista Democracia y Gobierno Local nº 36**

10 Marzo 2017  
**Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión**

# QDL44SUMARIO

## Estudios

- 12 Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información · EMILIO GUICHOT REINA
- 48 Las relaciones interadministrativas en la nueva Ley de régimen jurídico del sector público · MARC VILALTA REIXACH
- 83 La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común · FERNANDO GARCÍA RUBIO
- 132 El interés adicional en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas · L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

## Ponencias, crónicas y notas

- 164 La increíble y errática historia del carácter básico/no básico de la regulación del rescate como causa de resolución de la gestión contractual de los servicios públicos · PETRA MAHILLO GARCÍA y JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS
- 178 Revisión de los actos tributarios; especial referencia al recurso de reposición obligatorio regulado en el TRLRHL, después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015 · PILAR GALINDO MORELL
- 202 Potestades urbanísticas y convenios urbanísticos desde el derecho urbanístico de Cataluña · MANUEL TÁBOAS BENTANACHS
- 256 La expropiación forzosa y la función social de la propiedad · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
- 290 La regulación de los consorcios, con especial consideración de los consorcios locales · ANTONIO PANIZO GARCÍA
- 318 El gran Ballbé · JAVIER DELGADO BARRIO
- ## Jurisprudencia
- 324 El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local · M.ª PILAR TESO GAMELLA

