

QDL49

Febrero de 2019 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL49

Febrero de 2019 · Cuadernos de Derecho Local



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 Estugraf 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*

QDL49

Estudios

12

Nuevos retos de la transparencia
· EMILIO GUICHOT

32

La intervención administrativa sobre las viviendas
vacacionales. Especial referencia a las entidades
locales · FERNANDO GARCÍA RUBIO

82

Municipios en la encrucijada: la garantía de los ser-
vicios públicos «potestativos» · GABRIELE VESTRI

107

Inicio y fin de la caducidad en el procedimiento
administrativo sancionador
· L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

136

La responsabilidad de la Junta de Compensación y
de los juntacompensantes
· JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Sumario

Ponencias, crónicas y notas

Reflexiones en el ámbito local con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
· FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO **176**

Municipalismo y Policía Comunitaria. Un estudio administrativo y psicosociológico para un nuevo modelo policial
· PABLO-DARÍO IBÁÑEZ CANO **194**

Doctrina constitucional en relación con el control mediante cámaras de videovigilancia
· ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ **234**

Incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 27 de junio de 2017, en relación con los beneficios fiscales de los tributos locales · PILAR GALINDO MORELL **281**

La consolidación como cauce diferencial con el acceso al empleo público. El supuesto de la Administración local · MARCOS PEÑA MOLINA **308**

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 1 de octubre de 2018 a 28 de febrero de 2019)
· ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ **328**

QDL49

Estudios

Nuevos retos de la transparencia

EMILIO GUICHOT

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Sevilla

A la memoria de Esther Arizmendi, en homenaje a su labor realizada al frente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

1. Introducción

2. Calidad normativa

2.1. Sujetos obligados

2.2. Límites

2.3. Publicidad activa

2.4. Publicidad pasiva o derecho de acceso

2.5. Sanciones

2.6. La relación con normas sectoriales que regulan el acceso a la información

3. Implicación social

4. Administración dispuesta a cumplir y facilitar el cumplimiento

5. Control eficaz e independiente

Resumen

En este trabajo se hace un balance empírico y crítico de cómo están jugando los factores que convergen en la efectividad del derecho de acceso a la información: se analiza la calidad normativa de la Ley estatal de Transparencia, en cada uno de sus aspectos; la implicación social real en su puesta en práctica; la actitud administrativa ante el reto de la transparencia y su grado de cumplimiento de la Ley; y la relevancia del control por órganos independientes administrativos y cuál ha sido hasta ahora su operativa, así como la de los tribunales de justicia.

Palabras clave: *transparencia; acceso a la información; balance; retos.*

New challenges for transparency

Abstract

This article carries out an empirical and critical assessment about the factors that weight in the right to access of information. Therefore, the

Artículo recibido el 18/06/2018; aceptado el 02/04/2019.

article addresses the normative quality of the State Law on Transparency and its real social impact; the administrative attitude before the challenge of transparency and the level of compliance of the legislation; and, finally, the role of both the administrative independent bodies in charge of controlling the public administration on transparency legislation and the courts of justice.

Keywords: transparency; right to access to information; balance; challenges.

1

Introducción

Lo primero que puede señalarse es que estos años hemos asistido a un logro capital: el de la aprobación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública estatal (LTBG)¹, de toda una batería de leyes autonómicas que desarrollan las bases estatales —casi todas ellas autoproclamadas en su presentación como «la más avanzada»—², la mayoría de la cuales son también de aplicación a las respectivas entidades locales³, y de reglamentos de entidades locales que adaptan la normativa estatal y en su caso autonómica a ese ámbito. La propia FEMP aprobó el 27 de mayo de 2014 una Ordenanza tipo de transparencia, acceso a la información y reutilización⁴, basada en

1. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

2. Extremadura (Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto); Andalucía (Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública); La Rioja (Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno); Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la actividad pública y Participación ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen gobierno y Participación Ciudadana de Comunidad Valenciana; Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia; Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; Ley foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

3. Todas las anteriores salvo las leyes de La Rioja, Murcia, Castilla y León y Galicia.

4. <http://femp.femp.es/files/11-5133-fichero/Ordenanza%20Transparencia,%20Acceso%20y%20Reutilizaci%C3%B3n%20de%20la%20informaci%C3%B3n.pdf>

buena medida en experiencias pioneras de algunos municipios, que ofrece un modelo que puede inspirar a las ordenanzas locales que pueda aprobar cada entidad, si bien en parte cubierto por algunas leyes autonómicas que han establecido un trenzado de obligaciones de transparencia muy extenso en publicidad activa y recortado plazos de publicidad pasiva, respecto del cual la Ordenanza no supone una gran aportación.

Prácticamente se ha puesto fin, así, a lo que podríamos calificar como el momento «fundacional» o «normativo». Desde luego, el camino no ha sido fácil, y ha hecho falta la conjunción de la presión de organizaciones no gubernamentales, periodistas, académicos, archiveros y, sobre todo, de la ciudadanía «indignada» ante una apabullante crisis económica e institucional, jalonada de un reguero de casos de corrupción, para colocar la aprobación de la normativa de transparencia en la agenda pública⁵. Y, por lo demás, no es más que el momento fundacional, dado que en estos momentos, y por referirme solo al nivel estatal, hay dos importantes proyectos en tramitación:

- En primer lugar, la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, presentada por Ciudadanos y admitida a trámite hace un año, que plantea modificaciones a la Ley.

- En segundo lugar, el proyecto de Reglamento de la LTBG, que viene ya de largo, de finales de 2014, pero que se encuentra en una nueva etapa de consulta pública previa de un nuevo reglamento. Se planteaba si esperar a la modificación eventual de la ley que pudiera llevarse a cabo con ocasión del proyecto de ley al que me he referido, si no hacer nada y confiar la interpretación de la ley a los órganos de control o si aprobar un reglamento. Creo que las tres opciones tienen argumentos, veremos en qué queda y qué carácter tiene el reglamento y si aporta algo que no se derive ya de los criterios interpretativos que en el ámbito estatal viene sentando el CTBG y que son un elemento crucial para los aplicadores⁶.

5. He trazado el relato en «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-34.

6. En palabras de Esther Arizmendi en su entrevista en el diario EL PAÍS de 28 de septiembre de 2016: «P. ¿Por qué todavía no tiene reglamento la ley? Evitaría la disparidad a la hora de interpretar. R. Nosotros estamos definiendo los criterios, qué es información auxiliar y de apoyo y qué no, qué es reelaborar, estamos diciendo que una causa de inadmisión tiene que ser motivada y ajustada al caso concreto. Vamos ajustando hasta que haya reglamento. Se hizo un borrador, lo informamos y pusimos bastantes pegas. No ha salido y a mí si sale como estaba, no me gusta. El reglamento que había preparado no acaba con los problemas gordos de la ley».

En todo caso, tener una normativa sobre transparencia no basta. Es necesario, además, que se trate de una norma de calidad, que incorpore mecanismos efectivos de transparencia y permita un ejercicio ágil del derecho de acceso a la información, y que solo los limite en lo necesario para salvaguardar otros bienes y derechos constitucionales; una Administración pública (y demás sujetos obligados) con una buena organización y localización de la información disponible, imbuida de una cultura de transparencia y dispuesta por ello a cumplir con la Ley y a facilitar el ejercicio del derecho, a interpretar las causas de inadmisión o los límites de forma restrictiva y a resolver en plazo; autoridades independientes de control, judiciales pero también administrativas, que proporcionen la tutela rápida, ágil y gratuita sin la cual el acceso a la información no sirve como mecanismo de participación y control, y una sociedad implicada, muy en particular, a través de organizaciones no gubernamentales y periodistas que cumplan su función de vigilancia, alerta y denuncia (*watch dogs*)⁷.

Todo ello explica que un ciudadano cualquiera que compare los análisis internacionales sobre la normativa de transparencia⁸ y sobre la corrupción en

7. En palabras de Esther Arizmendi en su entrevista en el diario EL PAÍS de 28 de septiembre de 2016: «**P.** ¿Por qué está parado? ¿Al Gobierno no le interesa la ley? **R.** No sé lo que es, pero la transparencia entre los políticos es una palabra y una bandera en la que se envuelven mucho, pero a la hora de apostar por ella, dar ejemplo, hacerla algo vivo, no veo mucha iniciativa. **P.** ¿Se la toman más en serio algunos Gobiernos autonómicos? **R.** Nos relacionamos mucho con las comunidades autónomas y hay quien tiene leyes mucho más modernas y más avanzadas que la del estado, como Cataluña, Aragón o Canarias. La del Estado es una ley de mínimos. La aplicación es desigual. Cuando se trae un hijo al mundo hay que apostar por él. Esto no se acaba con la aprobación de la ley; empieza con la aprobación de la ley y el consejo. **P.** En países con tradición de rendición de cuentas suelen decir que sus dirigentes son igual de corruptos, pero que la transparencia la previene, porque todo se ve y se sabe. Si hubiéramos tenido ley hace años, ¿habríamos evitado casos de corrupción? **R.** Se hubieran podido prevenir. Es posible que sean igual de corruptos y que la corrupción sea una condición humana difícil de exterminar. Lo verdaderamente importante es qué haces con la corrupción. La vicepresidenta sueca dimitió en 1992 porque se supo que había comprado dos tabletas de Toblerone, 15 euros, con una tarjeta del ministerio. Vale que puedes ser igual de corrupto, pero las consecuencias no son las mismas. Hay dimisiones por multas de tráfico, por perder un referéndum, en Islandia por los papeles de Panamá. En 2005 hizo caer a Gordon Brown. Cuando *The Guardian* preguntó en qué gastaban el dinero los miembros del Gobierno se descubrió que pagaban la caseta del perro, la moqueta de su casa... Cayeron varios».

8. <http://www.rti-rating.org/>, elaborado por *Access info* y *Centre for Law and Democracy*. España ocupa la posición 80 de 111.

el mundo⁹ comprobará, con sorpresa, que en el top 10 de los países con mejores leyes de transparencia se encuentran México, Serbia, Sri Lanka, Eslovenia, India, Albania, Croacia, Liberia, El Salvador y Sierra Leona, la mayoría de los cuales se sitúan en la franja de los países más corruptos del mundo (entre ellos, México, que lo lidera, en el 123, empatado con Sierra Leona, que también se encuentra en el top 10), mientras que, en sentido inverso, el *bottom* 10 lo ocupan países como Austria, Liechtenstein, Filipinas, Tayikistán, Irán, Jordania, Alemania, Taiwán, República Dominicana, Bélgica, entre los cuales algunos de ellos figuran en la franja de países del mundo con más bajo índice de corrupción (Alemania, en el 10, Bélgica, en el 15, o Austria, en el 17).

Voy a centrarme en este trabajo en el análisis de los puntos fuertes y débiles de la Ley, dada mi condición de jurista. Pero, como decía, no todo se agota en el plano normativo. Hay otros factores decisivos para la efectividad del derecho de acceso a la información, a los que haré una sintética alusión final.

2

Calidad normativa

En el análisis de la Ley estatal de transparencia al que acabamos de hacer alusión, España se sitúa en un puesto bajo (el 80 de 111). Sin embargo, hay que poner en cuestión esta clasificación, porque si se analizan las puntuaciones obtenidas en los diferentes criterios se observan errores de bulto¹⁰. Todo ello, además, sin tener en cuenta que no incluye las leyes autonómicas, que van más allá, todas ellas, de las bases estatales. En este mismo sentido, no es infrecuente escuchar de boca de algunos representantes de ONG e incluso de algunos académicos, periodistas, archiveros..., que la legislación española sobre transparencia es poco avanzada, a veces haciéndose eco de análisis como el reseñado y cuestionado. A mi juicio, por el contrario, el bloque conformado por la unión de normativa estatal, autonómica y, en su caso, local en España

9. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf, elaborado por Transparencia Internacional. España ocupa la posición 38-41 de 176 países.

10. Por señalar tan solo algunos: se considera que no hay un principio general de acceso, siendo los límites la excepción (que sí deriva del artículo 14); se afirma que las personas jurídicas no tienen reconocido el derecho de acceso (siendo así que están incluidas en el «todas las personas» del artículo 12); se considera que no existe una Autoridad administrativa independiente (que se diseña en el artículo 33 y siguientes de la Ley, con la nota de la plena independencia y garantías al respecto); se considera que las decisiones del Consejo de Transparencia no son vinculantes solo porque no se menciona expresamente...

merece una valoración global positiva. Susceptible de mejora, obviamente. Analizaré algunas cuestiones esenciales.

2.1

Sujetos obligados

La LTBG acoge un ámbito subjetivo amplio de sujetos obligados, basado en el ejercicio de funciones públicas o la prestación de servicios públicos y/o en el funcionamiento con fondos públicos¹¹. No solo, pues, de la Administración, sino de todos sus entes públicos o privados, cualquiera que sea su rama de actividad (mientras que en otros países se excluyen los que llevan a cabo actividades mercantiles). También se incluyen instituciones constitucionales o estatutarias en sus actividades de administración, o corporaciones privadas como colegios, cámaras o federaciones, en la medida en que ejercen funciones públicas. O, directamente, empresas privadas que prestan servicios públicos o ejercen funciones públicas, en este caso con la intermediación de la Administración, que es la que ha de requerirles información y dar la cara ante el ciudadano. O, finalmente, y por la presión ciudadana, de ONG y de expertos, y al calor de un reguero de escándalos de corrupción, partidos políticos, asociaciones empresariales, sindicatos y todo el que recibe fondos públicos en una cuantía o proporción significativa. El balance es en este punto, pues, positivo, si bien creo que debería rectificarse una interpretación extensiva que entiende que estos últimos sujetos, las entidades que perciben fondos públicos, deben también publicitar otros datos aparte de los contratos, convenios y ayudas de los que proceden, datos que afectan a su organización y funcionamiento privado (salarios de sus dirigentes, presupuestos...) y en los que nunca se pensó cuando se les incluyó en la tramitación parlamentaria de la Ley¹². Además, deberían preverse sanciones en el caso de incumplimientos de sus obligaciones por parte de estas entidades puramente privadas.

11. Artículos 2 a 4.

12. El artículo 8.2 dice que «los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública». La dificultad viene del dato de que la enmienda que introdujo este precepto se justificó del siguiente modo: «Como consecuencia de la inclusión en el ámbito de aplicación de sujetos que no tienen naturaleza pública, se especifica el alcance de las disposiciones del artículo 7, que se aplicarán en su totalidad con las especificaciones que se fijan en la enmienda respecto de la información a la que se refieren las letras a), b) y c)». En esta línea, el Consejo de Transparencia y

2.2

Límites

La LTBG acogió con pocas alteraciones el listado de límites del Convenio europeo de acceso a los documentos aprobado en 2009 en el seno del Consejo de Europa. Son los siguientes: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente¹³.

Queda camino por recorrer a la hora de perfilar los límites y ceñirlos en una interpretación estricta a su razón de ser. Así, por ejemplo, procede precisar las relaciones entre «seguridad nacional», «defensa» y «relaciones

Buen Gobierno, en su criterio interpretativo 3/2015, de 11 de mayo, ha considerado que a estas entidades les son de aplicación los principios generales enunciados en el artículo 5, con excepción de su apartado primero, el apartado primero del artículo 6 en lo relativo a información sobre su estructura, organización y funciones y el artículo 8 en su totalidad, con las matizaciones que establece su apartado segundo sobre qué contratos, convenios y ayudas están incluidas. No obstante, si se repara en su contenido, puede observarse que la naturaleza y propia terminología de muchos de estos apartados no se adapta a la naturaleza, estructura y funciones de los entes privados («responsables de los diferentes órganos», «cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas», «las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan», «altos cargos»...). O qué decir de otros como las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad. Y, en el plano de los principios, que es más que discutible la razón que puede llevar a que recibir dinero público deba obligar a la publicidad de aspectos como las previsiones presupuestarias, las retribuciones o el organigrama de organizaciones privadas. El Borrador de Proyecto de Real Decreto pretende restringir esta interpretación, y en su artículo 13 limita la información a la información sobre funciones, normativa aplicable y estructura organizativa, contratos, convenios y subvenciones y ayudas públicas, y la información económico-presupuestaria que permita reflejar adecuadamente el destino dado a los fondos públicos recibidos. Es más, pretende también, en su artículo 14.2, eximir de esta obligación a las microempresas, pequeñas y medianas empresas, lo que, como hemos observado en el proceso de información pública desde el Observatorio de la Transparencia, supone una previsión *contra legem*.

13. Artículo 14.1 LTBG.

exteriores» y la normativa sobre secretos oficiales; deslindar los límites de la «prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos y disciplinarios», «la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva» y «las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control», que a veces se confunden en materia de ilícitos penales, los dos primeros, o administrativos, el primero y el tercero, y limitarlas a los casos en que se puede producir un perjuicio a un proceso en curso o a futuros procesos; delimitar el ámbito respectivo de «los intereses económicos y comerciales», «la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» y «el secreto profesional», en ocasiones mezclados en las solicitudes de acceso a información sobre empresas en poder de la Administración, etc.

Se ha dicho que los límites son muchos y muy genéricos. Así es, pero no creo que pueda ser de otra forma, todos están justificados¹⁴. La clave es la aplicación al caso, bajo los test del perjuicio y del interés público. Afortunadamente los Consejos de Transparencia están haciendo una labor esencial de corrección de la tendencia de algunos obligados a invocar los límites sin mayor argumentación y a aplicar ambos test, obviando por lo demás la referencia al interés privado que supone un torpedo a la línea de flotación de un derecho, el de acceso, que no es instrumental, sino autónomo, y nos debe situar a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones para poder participar y controlar la acción pública. Y, asimismo, prescindiendo de los criterios de supuesta orientación para ponderar el derecho a la protección de datos y la transparencia, y tomando como clave la relevancia de la información en cuestión para controlar la legalidad de la actuación pública¹⁵.

14. Por eso, la eliminación de los límites en la Proposición de Ley de lucha integral contra la corrupción y protección de los denunciantes, y su sustitución por una fórmula genérica referida a «cuando la información para la que se solicite acceso posea carácter reservado o se encuentre protegida por disposición legal expresa», me parece un grave retroceso.

15. En palabras de Esther Arizmendi en su entrevista en el diario EL PAÍS de 28 de septiembre de 2016: «**P.** Tendemos a pensar que todo lo que se hace con dinero público debe ser público. ¿Es así? **R.** Vale como regla general, con una matización. Es público siempre y cuando no esté afectado por algún límite. Es público salvo cuando se hace lo que se llama «test del daño» y resulta que hace más daño al interés general darlo a conocer que no darlo a conocer. **P.** Póngame algún ejemplo. **R.** Un ciudadano preguntó cuántas veces se había violado el espacio aéreo español en los últimos años. Eso preguntar las debilidades de un Estado en caso de ataque. Nombres y apellidos de las personas que han asistido a una inauguración de la asociación de ciegos españoles. Se puede dar el cargo, pero si son personas que asisten a título particular, no puedes revelar una condición de salud. Pedir una relación de puestos de trabajo de la Administración sin purgar. Hay que purgarla porque hay destinos atribuidos

Con todo, el límite más invocado y poliédrico es el relativo a la protección de datos, respecto del cual remitimos al lector a un reciente trabajo publicado en esta misma Revista¹⁶.

2.3

Publicidad activa

Creo que uno de los puntos fuertes de la Ley estatal, y ampliado por las autonómicas e incluso por las ordenanzas, es la publicidad activa¹⁷.

Informarse a través de Internet es el signo de los tiempos: mayor facilidad para el ciudadano y mayor economía de medios para la Administración. Juzgo como muy positivo que la Ley no se limitara a establecer el principio general de publicidad activa de la información cuyo conocimiento sea relevante, porque ello habría otorgado una enorme discrecionalidad a los obligados. Es muy saludable, por el contrario, que se haya incorporado una lista básica de materias ampliable por normas autonómicas o locales o por la mera decisión administrativa, clasificada en «institucional, organizativa y de planificación», la información «de relevancia jurídica», y la información «económica, presupuestaria y estadística» (sobre proyectos normativos, planes y su evaluación, presupuestos y su ejecución, contratos, convenios, subvenciones, que incluye esta última nada más y nada menos todos los contratos, convenios y subvenciones, sin excepción y con detalles sobre el procedimiento seguido para su adjudicación u otorgamiento, contenido, modificaciones, currículos, retribuciones e indemnizaciones de altos cargos, patrimonio público inmobiliario, etc.)¹⁸.

por sentencias de violencia de género. O temas que afectan a la seguridad del Estado: dónde están colocados radares de detección de misiles en territorio español. No puede ser. Pero la negativa siempre debe estar motivada y justificada para que se pueda entender». [Y ponía como ejemplos de prevalencia de la transparencia sobre la protección de datos la información sobre las retribuciones de altos funcionarios y asesores, los de la amnistía fiscal, los de quién usa y cuándo los coches oficiales, las agendas de los ministros...]

16. «Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información», núm. 44, junio de 2017, pp. 12-47.

17. La Proposición de Ley de lucha integral contra la corrupción y protección de los denunciantes amplía el catálogo básico estatal a la información sobre las agendas de los responsables políticos y altos cargos, al personal de confianza, a la publicidad institucional, a extremos como la composición de las mesas y las juntas y los informes técnicos en materia de contratos, entre otros.

18. Artículos 6 a 8 LTBG.

El camino —creo— que queda por recorrer es el de avanzar en facilitar la localización de la información, la propia evaluación de su cumplimiento por los obligados (y en esto hay que mencionar el proyecto MESTA que lidera el CTBG), el control del cumplimiento por las Autoridades de transparencia apoyadas en la vigilancia y denuncia ciudadana (bajo el lema del fundador de Linux, Eric Raymond, «con suficientes miradas pendientes, todo error puede detectarse») y la promoción de *ranking* de transparencia que tan efectivos se han demostrado en la experiencia privada de Transparencia Internacional y que ahora se quieren promover desde lo público, como ha ocurrido con el efectuado por el CTBG sobre transparencia de órganos constitucionales.

Y, desde luego, el destierro de prácticas contrarias a lo establecido de forma clara en la ley, como la publicación de las resoluciones de compatibilidad solo con las iniciales y no con nombres y apellidos, como ha denunciado el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o la exclusión de la publicidad de los contratos de menos cuantía¹⁹.

19. Al respecto, el Borrador de Proyecto de Real Decreto dispone en su artículo 9.2 lo siguiente: «La información sobre los contratos de los órganos de contratación pertenecientes a la Administración General del Estado se enviará de oficio desde la Plataforma de Contratación del Sector Público al Portal de la Transparencia. El envío al Portal de la Transparencia desde la Plataforma de Contratación del Sector Público de la información sobre los contratos se realizará a petición del responsable de la entidad interesada a la Dirección General del Patrimonio del Estado». Desde el Observatorio de la Transparencia hemos propuesto que se adicione: «[...] todo ello sin perjuicio de la publicidad adicional de los contratos menores prevista por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno». La justificación es que el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), exige a los sujetos obligados la publicación de todos los contratos sin excepción, incluidos los contratos menores. Por otro lado, según el artículo 347.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante. A través de esos perfiles de contratante se publicará la información relativa a los contratos menores, si bien quedan exceptuados de la publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (artículo 63.4 LCSP). Con la redacción propuesta del artículo 9.2 del Borrador de Reglamento, nos encontramos con que la información de los contratos menores inferiores a 5000 euros nunca llegará al Portal de la Transparencia, ya que dicha información no requiere su publicación en el perfil de contratante (*ex* artículo 63.4 LCSP) y, en consecuencia, tampoco en la Plataforma de Contratación del Sector Público, ya que es la fuente de información del citado Portal. Así pues, por una vía que podemos calificar de «tácita» y mediante una norma con rango reglamentario, se está modificando *de facto* el

2.4

Publicidad pasiva o derecho de acceso

La Ley ha reconocido el derecho de acceso a toda persona, española o extranjera, física o jurídica, privada o pública, sin necesidad de motivar su solicitud ni acreditar interés específico alguno, pues se trata de un derecho autónomo encaminado a posibilitar el control, la participación y la rendición de cuentas, en línea con su configuración en el derecho comparado.

Además, puede accederse tanto a contenidos como a documentos, lo que resulta la opción más idónea en un mundo de administración digital y bases de datos, en que los ciudadanos no suelen pedir copia de un concreto documento, sino información sobre un asunto, al estilo de las preguntas de los representantes políticos.

Esta amplitud, que no es la regla más general en el derecho comparado, en que las leyes más antiguas están apegadas al concepto de «documento», se compensa con una serie de causas de inadmisión en cuya interpretación se juega buena parte de la amplitud y la efectividad del derecho, al igual y complementariamente a lo que ocurre con los límites. Así, se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. En este caso, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud. e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley²⁰.

artículo 8.1.a) de la Ley estatal de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno de 2013, al excluir de publicación en transparencia los contratos menores inferiores a 5000 euros. No se olvide que, en estos contratos menores inferiores a 5000 euros, suelen incluirse gastos de enorme importancia para el control de la acción pública, como traslados, comidas, viajes, combustible, atenciones protocolarias, mobiliario, material de oficina, pequeñas reformas, etc. Hurtar esta información a la sociedad envuelve con un tupido velo una zona que tradicionalmente ya ha estado cubierta de sombras en la contratación del sector público.

20. Artículo 18 LTBG.

El CTBI ha ido estableciendo criterios interpretativos sobre el alcance de las más importantes de ellas²¹ y el borrador de Real Decreto de desarrollo de la LTBG para el ámbito estatal dedica una extensa atención a precisar su sentido, en buena parte en línea con los citados criterios interpretativos²².

Por lo demás, me parece positiva la combinación de plazos razonablemente breves (un mes) y silencio negativo por la que optó el legislador²³.

El silencio negativo con carácter básico en la LTBG, lo que a mi juicio no permite interpretar que el legislador autonómico de desarrollo o las ordenanzas locales puedan transformar el silencio en positivo bajo la argumentación de «ir más allá» o ser «más generoso», porque la supuesta «generosidad» con el solicitante de información se troca en «más acá» y en «rigor» con los intereses públicos o derechos individuales afectados por un silencio positivo. Además, un silencio positivo carece de virtualidad práctica en una obligación de hacer como es la de facilitar información, de tal modo que si el obligado no cumple no podrá recurrirse, pues el derecho ha sido reconocido, pero tampoco se obtendrá la información, así que a lo sumo podrá optarse por un costoso proceso judicial por incumplimiento. Sin embargo, la mala «venta» política del silencio

21. Así, los núms. 6 y 7/2015 y 3/2016.

22. Artículos 18 a 24. En el proceso de información pública, el Observatorio de Transparencia hemos sugerido que respecto de la información auxiliar o de apoyo se especifique que «En ningún caso se podrá justificar el carácter auxiliar o de apoyo de una información en el solo hecho de no formar parte de un expediente administrativo», para evitar una interpretación conjunta de los artículos 18.1.b) de la LTBG y 70.4 de la Ley 39/2015, del Procedimiento administrativo común, que lleve a la conclusión de que toda información auxiliar en aplicación de este último precepto por no formar parte de un expediente administrativo queda excluida del derecho de acceso a la información, y ello ya que la LTBG no circunscribe este derecho, a diferencia de lo que hacía la Ley 30/1992, a la información que forme parte de un procedimiento. Y, por otra parte, que se elimine la previsión del Borrador de Real Decreto según la cual: «Se entiende que una solicitud no está justificada con la finalidad de la Ley cuando, entre otros supuestos: 1.º No tenga como resultado someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas, y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y objetiva», ya que limitar el acceso a demanda únicamente a los casos de control político es reducir este derecho, reconocido en el artículo 12 LTAIBG. La redacción, extraída del Preámbulo de la Ley, constituye más bien la expresión de la guía para ponderar el interés público superior al que este se refiere, pero nunca una causa de inadmisión, y es así como se maneja de forma constante por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

23. En la Proposición de Ley de lucha integral contra la corrupción y protección de los denunciantes se contempla el silencio positivo, lo que, por las razones expresadas, consideramos un desacierto.

negativo para la ciudadanía y los medios de comunicación, y la voluntad de presentar las leyes autonómicas de transparencia como «más avanzadas», han llevado a algunas leyes autonómicas a establecer un «aparente» silencio positivo, entre ellas las de Aragón, Cataluña o la Comunidad Valenciana. Ante este desaguizado jurídico, debe constatarse que la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña ha aprobado unos criterios interpretativos sobre reclamaciones en caso de silencio administrativo, de 7 de enero de 2016, que son absolutamente elocuentes. Para dar respuesta al caos al que aboca la regulación del silencio positivo en esta materia, viene a interpretar que, ante el silencio, los interesados pueden presentar reclamación sin necesidad de manifestarse sobre si reclaman frente a una estimación o a una desestimación. Ahora bien, la reclamación debe presentarse en el plazo de un mes si el silencio es positivo y sin plazo si es negativo (sic). La Comisión de Garantía del Derecho de Acceso resolverá en un pronunciamiento sobre el fondo (ajeno, pues, a todo concepto de silencio). Alternativamente, si el interesado considera que el silencio es positivo, puede dirigirse a la Administración reclamando la entrega de información y si no la recibe en el plazo de un mes puede reclamar ante la Comisión (que, de nuevo, resuelve sobre el fondo, ajeno al concepto de constatación de una obligación de hacer nacida del silencio positivo)²⁴.

Los datos oficiales a nivel estatal dicen que solo se está produciendo el silencio en el 0,28 % de los casos, esto es, en 38 casos de más de 13 000 solicitudes. No obstante, el CTBG y algunas ONG han coincidido en la crítica de la práctica de retrasar el envío de las solicitudes desde el Portal hasta el órgano competente para resolver, sin informar siquiera al solicitante de cuándo ha tenido lugar dicho envío, con el retraso y la incertidumbre que supone.

También hay que reflexionar sobre qué sentido tiene exigir acreditar la identidad por certificado digital cuando el derecho de acceso no requiere motivación ni legitimación alguna, es un derecho de todos, exigencia esta criticada por el defensor del pueblo, ONG, algunos académicos entre los que me encuentro²⁵, y el propio CTBG. Y por lo demás, inédita en nuestro entorno

24. Con posterioridad a la redacción de este trabajo, el Tribunal Constitucional ha declarado que la previsión de la Ley de Transparencia de Aragón que establece el silencio positivo es inconstitucional por contradecir el artículo 20.4 LTBG y, de ese modo, vulnerar la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común del artículo 149.1.18.^a de la Constitución (STC 104/2018, de 4 de octubre).

25. Véase el Informe realizado para el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&c>

jurídico. En efecto, el artículo 17.2 de la Ley 19/2013 dice que «la solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante». Aunque la Ley habla solo de «constancia», la interpretación está siendo controvertida y dispar en las diferentes Administraciones, ya que en unos casos se exige la acreditación mediante certificados digitales (como en el caso de la AGE) y en otros no (por ejemplo, en el caso de la Administración de la Junta de Andalucía), y todas ellas operando con la misma dicción legal. Esta disparidad se debe a que en el primer caso se identifica «constancia» con «acreditación» de la identidad en los mismos términos exigidos por la normativa sobre procedimiento administrativo común para la iniciación por los interesados de procedimientos electrónicos ante la Administración; y en el segundo se considera que la mención a la constancia de la «identidad» tiene como único sentido el de posibilitar las comunicaciones personalizadas entre los sujetos obligados y el solicitante, bastando para ello con la mera mención del nombre y apellidos de las personas físicas o de la denominación de las personas jurídicas. En la lógica de la normativa de transparencia, en que se reconoce la titularidad del derecho a cualquier persona, encaminado a posibilitar la participación ciudadana y el control del ejercicio del poder, sin necesidad de acreditar interés alguno ni motivar la solicitud, la exigencia de identificación del solicitante ha de leerse solo como un medio para facilitar la recepción de las respuestas. Esta interpretación encuentra el apoyo tanto del derecho internacional y comparado como del derecho estatal. La actualmente llevada a cabo en el ámbito estatal, que exige requisitos de acreditación de la identidad en el caso de las solicitudes presentadas por vía electrónica, que nos convierte en una singularidad mundial, resulta discriminatoria, disuasoria, y explica en buena medida el relativo fracaso. Las exigencias de acreditación de la identidad establecidas en el Portal de Transparencia de la AGE y en diversos Portales de Transparencia autonómicos obvian el diferente sentido y ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información y sobre procedimiento administrativo en función de la exigencia o no de la condición de interesado. El artículo 9 LPAC regula los «sistemas de identificación *de los interesados en el procedimiento*», disponiéndolo en términos de obligación para la Administración. Pero este precepto no es de aplicación a las solicitudes de acceso, que tienen una regulación propia en la LTAIBG que responde a una lógica diversa a la del «interesamiento». La LTAIBG prescinde del concepto

d=1&ved=0ahUKEwjU4PaGys7bAhUCbxQKHShab1QQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.consejodetransparencia.es%2Fdam%2Fjcr%3A977fc69c-b6a9-4df6-90d8-25d5b75993a9%2FInforme_requisitos_identificacion.pdf&usg=AOvVaw1YXGSae83yaR2t-KwDkeZW

de «interesado» y establece una legitimación universal, y por ello mismo no le es de aplicación un precepto referido a la acreditación de la identidad por los interesados²⁶.

2.5 Sanciones

La LTBG es muy parca en lo que se refiere al régimen sancionador por el incumplimiento de sus previsiones. Tan solo, y ante las críticas que suscitó durante la tramitación preparlamentaria y parlamentaria la ausencia de previsión de sanciones, castiga como infracción grave a los efectos de la normativa de régimen disciplinario los incumplimientos reiterados de las obligaciones de publicidad activa, o de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso. Se trata de una laguna sumamente llamativa. Esta parquedad da pie a un amplio desarrollo por las leyes autonómicas, que, respetando lo establecido con carácter básico, establezca un completo catálogo de infracciones y sanciones, tanto por autoridades como por empleados públicos y entidades privadas sujetas a las obligaciones de transparencia²⁷. Ahora bien, aun en estos casos se plantean importantes incógnitas, como por ejemplo quién sería el competente para sancionar a un presidente de comunidad autónoma o a un alcalde o presidente de diputación o si se trata de un puro brindis al sol, y, si es así, cómo se cohonestaba con la previsión contenida en la normativa autonómica —entre ellas, la andaluza— según la cual la Autoridad independiente, cuando constate incumplimientos susceptibles de ser calificados como alguna de las infracciones antes referidas, instará la incoación del procedimiento, y

26. El Borrador de Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la LTBG habla solo de que la solicitud «especificará la identidad del solicitante» (artículo 16.2.a). Desde el Observatorio de la Transparencia hemos sugerido que se añada «sin que sea requisito la acreditación mediante certificado electrónico en caso de que la tramitación sea por vías telemáticas», una redacción inspirada en la Ley de Transparencia de la Comunidad Valenciana, que es desarrollo del precepto básico estatal y que, en la misma línea, puede llevarse a cabo como desarrollo reglamentario para el ámbito estatal. También cabría establecer, si se quiere, alternativas de acreditación: uso de certificado digital o aportación de copia del documento de identidad y/o consignación de datos personales —que pueden incluir el DNI y/o la fecha de nacimiento y/o la fecha de expiración del DNI, con autorización para la comprobación de los datos aportados (en el caso de personas físicas españolas)—.

27. Véase al respecto la completa y contundente regulación contenida en el Título VI de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía (arts. 50 a 58). La Proposición de Ley de lucha integral contra la corrupción y protección del denunciante incorpora todo un Capítulo dedicado a infracciones y sanciones.

el órgano competente está obligado a incoar el procedimiento y a comunicar a la Autoridad independiente las medidas.

2.6

La relación con normas sectoriales que regulan el acceso a la información

Como se sabe, el diablo está en los detalles. La LTBG previó que sería de aplicación supletoria en aquellas materias con un régimen propio de acceso adaptado a las singularidades de cada sector. Si algo significaba esa disposición era que, creada una garantía crucial como son las Autoridades de transparencia, esa garantía gratuita, especializada, en fin, eficaz, se desplegaría en aquellos sectores en que por su particular importancia vital para la vida económica o para la vida, *tout court*, existió una regulación del derecho de acceso previa a la Ley: el acceso a la información ambiental o la reutilización o el acceso por los representantes políticos. La sorpresa ha sido mayúscula cuando algunos Consejos, entre ellos el estatal, que ha inspirado a algunos autonómicos, se han entendido incompetentes por considerar que la remisión al sistema general de recursos administrativos les impedía conocer de los asuntos, pese a tratarse de una ley posterior y de una garantía nueva. Qué decir del acceso a los archivos. En el Congreso (en este caso de los Diputados) se aprobó una enmienda para someter a todos ellos al nuevo régimen legal, y, sin embargo, el CTBG, siguiendo un informe de la Abogacía del Estado, está interpretando que se rigen por la anterior normativa sobre archivos y no cuentan con la garantía de la reclamación ante las autoridades de control. También me parece sorprendente que se esté interpretando que nuestros representantes políticos, parlamentarios o concejales, no pueden acudir a los Consejos frente a denegaciones de información, salvo que lo hagan disfrazados de ciudadanos de a pie, como sostiene el CTBG y siguen algunos Consejos autonómicos, en algún caso incluso negándoles esa posibilidad si previamente han pedido infructuosamente la información como representantes políticos. Creo que en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo y en las argumentaciones sólidas de otras Autoridades de control, en particular la catalana, pueden encontrarse argumentos, difíciles de rebatir, para combatir esta aporía que deja a las materias o sujetos respecto de los que el acceso a la información es más relevante en peor condición que al resto de materias o a los ciudadanos de a pie²⁸.

28. Entre otros, en «El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad

3

Implicación social

No se puede esperar que la ciudadanía en general se convierta en guardián «profesional» de la Administración. En todo el mundo, ONG, periodistas, académicos, tienen un papel fundamental que jugar. En España, organizaciones como Access Info o Civio han planteado diversas y muy interesantes solicitudes en ámbitos sensibles, y además, en algunos casos, como en el de Transparencia Internacional, se han sumado a la labor de formación y pedagogía. Desde la Universidad, algunos profesores hemos hecho también lo que hemos podido.

Se ha dicho que ha sido decepcionante el bajo número de solicitudes de información, pero creo que habría que relativizarlo, por ello. Quizás había unas expectativas que no eran realistas (y por ello no lo era el miedo a la avalancha de información que impidiera dedicarse a resolver asuntos, de la que tanto se hablaba dentro de las Administraciones y sobre todo por algunos responsables ministeriales). No ha pasado eso en ningún país del mundo. Además, es difícil calibrar en qué medida la amplitud de la publicidad activa ha actuado haciendo innecesario el ejercicio del derecho de acceso respecto de la información que, en efecto, y como muestran los estudios, era la que más interesaba a los ciudadanos (contratos, sueldos, etc.). También es difícil de decir en qué medida un número de ciudadanos ha dejado de ejercer su derecho al no disponer de certificado digital, como han alertado desde instituciones públicas y privadas. A nivel estatal, estamos hablando de unas 4000 solicitudes al año (13 400 solicitudes, de las cuales el 87,72 % por vía telemática y, por tanto, con el sistema clave, frente a 10 199 285 páginas

de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 8, noviembre 2017; «La competencia de las Autoridades de Control para conocer de reclamaciones en materia de información ambiental, de reutilización y archivística», *Revista Española de Transparencia*, núm. 4, primer semestre de 2017; «El acceso a la información ambiental: relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, 2016, pp. 125-162. En las observaciones presentadas al Borrador de Real Decreto de desarrollo de la LTBG proponemos por ello una disposición adicional con la siguiente fórmula: «La supletoriedad a la que alude el apartado segundo de la Disposición Adicional primera de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno se extenderá, en todo caso, a la sustitución de los recursos administrativos por la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno prevista en su artículo 24».

visitadas del Portal de Transparencia y un total de 2 763 854 visitas, según los datos oficiales a 30 de abril de 2018)²⁹.

4

Administración dispuesta a cumplir y facilitar el cumplimiento

Como también señalé, sin una Administración organizada y dispuesta al cumplimiento es difícil que las cosas funcionen. Y al respecto, creo que se ha hecho un esfuerzo que ha calado y que va acabando con una cierta cultura del secretismo. Se está resolviendo masivamente en plazo, al menos en el nivel estatal y autonómico. Los datos oficiales a nivel estatal dicen que solo se está produciendo el silencio negativo en el 0,31 % de los casos, esto es, en 31 casos de 10 100. Si bien estos datos habría que relativizarlos si se ponen en conexión con la crítica de la práctica de retrasar el envío de las solicitudes desde el Portal hasta el órgano competente para resolver, a la que aludimos, no dejan de ser expresivos de que el sistema funciona.

Ha sido clave la creación de las Unidades de Información en los Ministerios y de mecanismos de coordinación interministeriales, y lo mismo a nivel autonómico.

Por supuesto, estamos aún en la lucha, y al respecto, creo que la labor de los Consejos está siendo crucial, destacando la improcedencia de la tentación en la que cae no pocas veces la Administración de invocar genéricamente

29. En palabras de Esther Arizmendi en su entrevista en el diario EL PAÍS de 28 de septiembre de 2016, preguntada sobre por qué no había calado la Ley entre los ciudadanos: «Por varias razones. La primera, porque no se ha hecho suficiente publicidad. Si sales a la calle y preguntas a alguien si sabe que hay una ley que te permite saber por qué no se ha acabado el polideportivo de tu barrio o cuánto se han gastado en un tramo de carretera, te dirán que qué has desayunado, que eso no pasa, que la Administración no cuenta estas cosas. Poco después de la entrada en vigor de la Ley se hicieron tres días de publicidad. Es muy insuficiente y no se ha reiterado, así que no ha llegado. [...] el segundo motivo, la dificultad del acceso. Piden tu DNI, correo electrónico y además tu cuenta bancaria en una plataforma de la Agencia Tributaria. Eso es terrorífico para cualquier persona. Qué tiene que ver una cosa con otra. Pues no. Desisto. Eso echa mucho para atrás. En los países donde funciona bien se contesta simplemente con un correo electrónico. Lo importante no es quién pregunta, sino si lo que se pregunta es público. Si lo es, tienes que darlo. A quien sea. Sucede así en Reino Unido, Chile, México, Estados Unidos... Eso hay que arreglarlo. [...] Primero, a los que somos un poco mayores nos educaron para creer que preguntar es de mala educación. Durante muchos años la Administración abrazaba los datos como suyos y cuando le preguntaban contestaba, o no, según le pareciera. No estaba sometida a reglas. Lo que nos encanta a los españoles es quejarnos en los bares e irnos a casa, pero las cosas se arreglan con responsabilidad. Esta Ley atribuye al ciudadano una gran responsabilidad, porque si no la usa, la Ley muere».

causas de inadmisión o límites, sin razonar en cada caso concreto a partir de un principio general de interpretación restrictiva de ambos, como han destacado en particular diversos criterios interpretativos del CTBG³⁰.

5

Control eficaz e independiente

Finalmente, como creo que se desprende de esta exposición, creo que en España, como en el resto del mundo, es clave la existencia de autoridades independientes especializadas. Junto al CTBG, en el ámbito estatal y en los autonómicos en los que se ha optado por el convenio, se han creado en otras comunidades autónomas bajo las más diversas formas. Son ya en el caso del CTBG unas 800 reclamaciones con una proporción semejante de estimaciones y de desestimaciones. Solo mediante la resolución del caso por caso y la creación de criterios interpretativos se puede ir perfilando la ley en su aplicación a cada tipo de supuestos. Los tribunales, por supuesto, tienen la última palabra, y ya hay un significativo número de sentencias de los Juzgados centrales y de la Audiencia Nacional que resuelven recursos contra decisiones del CTBG. A muchos puede parecerles paradójico que la mayor parte de recursos no los han interpuesto los ciudadanos sino sujetos públicos obligados por la Ley, que no se han conformado y han dado la batalla judicial. Me parece, sin embargo, que no es patológico, y que es un signo de que entienden a las autoridades como un tercero cuyas resoluciones pueden recurrirse como se hace con las resoluciones judiciales. Sería, eso sí, importante que se hiciera un esfuerzo de formación en esta materia de los magistrados de lo contencioso, máxime cuando la competencia está repartida entre los diferentes niveles judiciales³¹.

30. En palabras de Esther Arizmendi en su entrevista en el diario EL PAÍS de 28 de septiembre de 2016: «**P.** ¿Hay poco compromiso político en general? **R.** Todos hablan de transparencia, todos los partidos. Y ellos saben muy bien que siguen sin cumplir la Ley. Ellos que tienen que dar ejemplo siguen sin aclarar bien sus procesos de democracia interna, sin explicarlos a la ciudadanía; sus fundaciones están todavía en un terreno poco claro... Esto de la transparencia parece ser un poco molesto en ocasiones. Es una bonita bandera, una bonita palabra, un bonito discurso, pero falta el compromiso. En todos los programas viene la transparencia nombrada un mínimo de 20 veces, pero el ejemplo se da en uno mismo. Tienes que cumplirla y demostrarla. No se lo aplican».

31. En palabras de Esther Arizmendi en su entrevista en el diario EL PAÍS de 28 de septiembre de 2016: «**P.** ¿Cómo se controla el cumplimiento de las resoluciones del Consejo? **R.** Llevamos presentadas 1082 reclamaciones hasta agosto. Han subido. Una resolución que acuerda estimar la petición, insta al organismo a entregar la información en el plazo determinado y también que se mande copia al Consejo. Si pasan ese tiempo y no llega,

Como cierre de este trabajo en homenaje a Esther Arizmendi, nada mejor que quedarnos con las palabras que dejó, a modo de testamento de su labor al frente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, bajo el rótulo «mis últimos deseos»:

Es necesario modificar la ley de transparencia y hacer de ella un instrumento fuerte, eficaz, útil y valioso. El haber llegado tarde no es excusa para ir con retraso.

Que el derecho de acceso a la información pueda ser ejercido por todos y todas, sin exclusiones ni requisitos y sin extensión de los límites.

Hay que tomar conciencia de que estamos ante una nueva política pública que requerirá la complicidad de todos: políticos, ciudadanía, etc. Es necesario trabajar en la negociación y el consenso para evitar aquellas palabras de: «La luz es muy cara pero la opacidad más aún».

entendemos que tampoco al interesado. Tenemos una unidad de seguimiento y control que manda requerimientos. Es un defecto tremendo de la Ley de transparencia: el Consejo no tiene poder coercitivo ni puede multar ni puede obligar. Solo puede instar. Pero tenemos una cosa que funciona: la publicidad. Los incumplidores salen a la plaza pública. Se hace una nota y aparecen en la web para conocimiento general. A algunos hay que requerirles, pero cumplen. Y si no quieren cumplir, tienen la vía del contencioso [...] Tenemos un presupuesto de tres millones de euros, y el 80 % se va en pagar sueldos y alquiler. Hemos pedido un edificio afectado para no tener que pagar. Nos quedan 400 000 euros para hacerlo todo: formación, actividad y seguimiento, reuniones con comunidades autónomas. A veces nos hemos sentido un poco solos en esta lucha, sí, es así».

La intervención administrativa sobre las viviendas vacacionales. Especial referencia a las entidades locales

FERNANDO GARCÍA RUBIO

*Técnico de Administración General del
Ayuntamiento de Madrid.*

*Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Universidad Rey Juan Carlos*

- 1. El fenómeno de las viviendas vacacionales y su entorno normativo**
 - 1.1. Entorno económico-social
 - 1.2. Entorno normativo
- 2. Las capacidades de intervención administrativa de las actuaciones particulares. Adaptación al uso de las potestades en materia de viviendas vacacionales**
- 3. La caracterización de las viviendas vacacionales y su diferenciación frente a otros fenómenos similares**
- 4. Competencias y posibilidades administrativas sobre la materia**
- 5. La ordenación urbana como paradigma de la intervención administrativa sobre viviendas**
 - 5.1. Determinaciones generales
 - 5.2. La suspensión de licencias
 - 5.3. El planeamiento general y especial
 - 5.4. Requisitos técnicos y equipamientos mínimos de las viviendas de uso turístico
 - 5.5. Cambio de dotaciones por alteración de usos
- 6. La zonificación en usos y el planeamiento. Singularidades**
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

Artículo recibido el 19/12/2018; aceptado el 17/04/2019.

Resumen

El presente artículo realiza una aproximación al fenómeno del uso de edificaciones concebidas y autorizadas para un uso de vivienda permanente para un uso de hospedaje vacacional temporal y lucrativo, analizando sus implicaciones, la regulación aplicable y las capacidades de intervención administrativa sobre el mismo, en especial las de las entidades locales.

Palabras clave: *viviendas; vacacional; uso del suelo; intervención administrativa; licencia; comunicación; declaración; urbanismo; competencia; potestad; propietario; zonificación; inspección.*

Administrative intervention over tourist holiday housing

Abstract

This article addresses the phenomenon of the use of authorized permanent housing for temporal and lucrative tourist holiday housing. The article analyzes the implications, the applicable regulation and the capacities of the public administration over the phenomenon, especially the powers of the local administration.

Keywords: housing; tourist holiday housing; use of soil; administrative intervention; licenses; communication; declaration; town planning; competence; power; owner; zoning; inspection.

1

El fenómeno de las viviendas vacacionales y su entorno normativo

1.1

Entorno económico-social

El desarrollo comercial de las denominadas «viviendas vacacionales», esto es, el uso con carácter turístico, fuera de los sistemas tradicionales regulados para dichos alojamientos, de viviendas particulares, especialmente en el centro de las ciudades y zonas de masiva afluencia turística, ha generado un fenómeno de carácter económico, sociológico y urbanístico que, especialmente por la transcendencia mediática de sus repercusiones, demanda una regulación administrativa que aborde la materia en los diferentes prismas y ámbitos competenciales de las Administraciones competentes en la materia.

La complejidad de este fenómeno implica diversos factores, como la denominada economía colaborativa, con la intervención de plataformas tecnológicas fuera de la intervención administrativa tradicional, y que en muchas ocasiones se encuentran residenciadas fuera del ámbito competencial de carácter territorial de las Administraciones afectadas. Igualmente debemos destacar la existencia de unas claras repercusiones sociales por la modificación de los flujos residenciales, conflictos en el seno de las propiedades horizontales y la distorsión sobre el mercado del alquiler, con un exponencial aumento de los precios de la vivienda *stricto sensu*, por la tergiversación de la demanda mediante ese aumento no residencial de los inquilinos, con la consecuente reducción de la oferta para el alquiler tradicional.

El fenómeno tiene muchas aristas y complejidades, pero nosotros lo vamos a abordar desde la perspectiva de la intervención administrativa, en primer lugar con carácter general, para posteriormente centrarnos en los aspectos más concretos con respecto a la ordenación urbana y las capacidades que especialmente los ayuntamientos tienen para poder regular la materia¹.

Obviamente quedan al margen situaciones de derecho privado, que al menos en una primera instancia exceden de las competencias y capacidades administrativas, aunque una mala convivencia en el seno de una comunidad de propietarios, por ejemplo, muchas veces acaba en denuncias administrativas antes que en la jurisdicción ordinaria.

No existe una denominación uniforme para referirse a este fenómeno económico, tal y como constatan MONTOYA MARTÍN y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI²,

1. La competencia municipal, como veremos, no es muy clara, salvo en el ámbito de la ordenación urbana, pero a nivel europeo el papel de los municipios en materia de *housing* es más que evidente, y de hecho el *non nato* proyecto de presupuestos generales para 2019 pactado entre el Gobierno y el grupo parlamentario de *Unidos Podemos* contemplaba la capacitación a los municipios para el control de los precios de los alquileres de viviendas, cuestión esta muy discutible y que no se incorporó al Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, razón argumentada por el citado grupo para su voto en contra en la convalidación, que no se produjo, derogándose mediante Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. El nuevo Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, tampoco entra en esta materia.

2. MONTOYA MARTÍN, E. y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a Á. (2018): «El régimen administrativo de las viviendas de uso turístico: la inspección y el régimen sancionador», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Editorial Reus, pp. 99 a 146. Y en concreto, p. 101.

hablándose en algunos casos de *viviendas de uso turístico*, en los decretos 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León; 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid; 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón; 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias; 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña; y 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia; de *viviendas de uso turístico y alojamiento en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico* en la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo de Euskadi; de *viviendas con fines turísticos* en el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía; de *viviendas turísticas* en el Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana; de *viviendas vacacionales* en el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias; de *establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero* en el Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria; de *apartamentos turísticos* en Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Apartamentos Turísticos en la Comunidad Foral de Navarra; y de *estancias turísticas en viviendas de uso residencial* en la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas.

Hay que tener en cuenta que, junto a los tradicionales alojamientos turísticos, en nuestro país se da una creciente propuesta de alojamiento no tradicional, como albergues, alojamientos de turismo rural, y las más recientemente incorporadas modalidades de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico.

Estas últimas tipologías presentan, en particular, un importante incremento tanto en el número de establecimientos como en el de plazas, en espe-

cial en ámbitos urbanos, lo que ha permitido cubrir necesidades específicas de los viajeros que buscan un espacio en el que desarrollar una vida similar a la de sus hogares, pero fuera de su residencia.

Junto a ello, en los últimos años se ha establecido un nuevo sistema de producción y consumo de bienes y servicios que surge a nivel mundial a principios del siglo XXI, y que junto con las nuevas tecnologías han irrumpido con fuerza en la actividad económica y de manera particular en el turismo. Nos referimos a las denominadas «plataformas digitales»³ que llegan de la mano de la conocida como «economía colaborativa», que van a facilitar las relaciones entre los productores de bienes y servicios y los usuarios de estos, y que en ocasiones, si no se regulan adecuadamente, pueden ocasionar distorsiones en los sectores emisores y receptivos⁴.

Debe recordarse además que en nuestro país existe en la actualidad una gran oferta de viviendas desocupadas o no ocupadas en su totalidad, vinculada al conocido como «boom inmobiliario español»⁵.

De hecho la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, recoge la importancia e incidencia del fenómeno, toda vez que según datos de Eurostat, en el año 2017, más del 42 % de los hogares españoles destinaban más del 40 % de sus ingresos al pago del alquiler. Ello supone que España se sitúa 17 puntos porcentuales por encima del valor medio de la Unión Europea y, si no

3. Al respecto puede verse MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L. (2018): «Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico. Los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *op. cit.*, pp. 191 a 230, y, singularmente, 221 a 227.

4. Sobre la denominada «economía colaborativa» son de destacar, entre otros, los recientes trabajos de DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017): «La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC», en MONTERO PASCUAL, J. J. (dir.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 351 a 401; y (2015): «La regulación de la economía colaborativa (El caso “Uber contra el taxi”)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 175-176; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2017): «Economía colaborativa y alojamiento», en MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, pp. 316 y ss.; y RODRÍGUEZ FONT, M. (2016): «La regulació de l'allotjament col·laboratiu a Catalunya: anàlisi de les propostes de l'Autoritat Catalana de la Competència», *Revista catalana de dret públic*, n.º 53, pp. 172 y ss.

5. *Vid.*, entre otros, TORRES BERNIER, E. (2003): «El turismo residenciado y sus efectos en los destinos turísticos», *Estudios Turísticos*, n.º 155-156, pp. 45 a 59; VINUESA, J., RIVA, J. M.^a DE LA, y PALACIOS, A. J. (2008): *El fenómeno de las viviendas desocupadas*, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid; y RODRÍGUEZ ALONSO, R. (2005): «Infrautilización del parque de viviendas en España: aparición de viviendas vacías y secundarias», *Boletín CF+S*, n.º 29-30, pp. 131 a 177.

se adoptan las medidas oportunas, previsiblemente irá en aumento, ya que el precio de los alquileres se ha incrementado en los últimos tres años en más de un 15 % y, en algunas localizaciones, el incremento duplica el registrado en el conjunto de España.

Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas P2P incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3 % de la población en el año 2011, al 22,9 % en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8 % y puede representar alrededor de 700 000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6 % en 2011 al 30,0 % en 2017.

El desarrollo de la «economía colaborativa», también conocida como «consumo colaborativo» en el ámbito del alojamiento turístico, ha afectado considerablemente a la economía y al acceso a la vivienda⁶, llegando a abaratar los precios de estos servicios.

Para la CNMC⁷ este nuevo hecho del mercado tiene una serie de consecuencias, y así, en primer lugar, la entrada de estos nuevos agentes en el

6. Vid. ENCARNACIÓN, A. M.^a DE LA (2016): «El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *REALA. Nueva Época*, n.º 5, pp. 30-55. La autora nos indica: «Las principales diferencias con el denominado “alojamiento turístico” son, por un lado, la habitualidad en la prestación de este servicio ya que las empresas de alojamiento se dedican de forma profesional y habitual a esta actividad y, por otro, que no se trata de un establecimiento abierto al público» (p. 41).

7. *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, Informe

mercado genera efectos procompetitivos derivados del incremento de la cantidad y variedad de la oferta. La aparición de nuevos modelos de prestación de servicios ha permitido incrementar la oferta, bien a través de productos que compiten directamente con aquellos ofrecidos por los operadores del sector tradicional, bien con nuevos productos o servicios creados por los nuevos modelos. El incremento de la oferta de alojamiento turístico asociado a la entrada de viviendas de uso turístico provoca una reducción en el precio medio del mercado, no solo por el menor precio medio de las viviendas turísticas respecto a los alojamientos tradicionales, sino por el efecto que una mayor competencia tiene sobre los precios de hoteles y apartamentos.

1.2

Entorno normativo

Debemos partir del incuestionable hecho de que el alquiler de viviendas para usos distintos del residencial es un hecho privado, y por tanto sometido a la libertad contractual prevista en el artículo 1254 del Código Civil y en las diversas leyes civiles.

Ahora bien, también debemos destacar que, tras las reformas operadas en el 2013 y 2019 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y en virtud de la nueva redacción del artículo 5 e), estos arrendamientos se excluyen del régimen general de los arrendamientos urbanos y quedan sometidos a la normativa sobre arrendamientos turísticos, que –recuérdese– tiene carácter administrativo y depende de cada una de las comunidades autónomas⁸.

Por otro lado, y a la hora de limitar este fenómeno privado por normas administrativas, debemos recordar igualmente la condición estatutaria de la propiedad inmobiliaria prevista por el desarrollo de la función social de esta, establecida en el artículo 33.1 de la Constitución y desarrollada por el texto

2018, p. 7; disponible en <https://www.cnmc.es/>

8. En concreto, y tras la nueva redacción operada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo: «e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

Partiendo de dichas delimitaciones generales, y teniendo en cuenta esas normas básicas (no en el sentido del art. 149 CE) reguladoras del hecho privado contractual entre dos partes libremente aceptadas, cabe plantearse en primer lugar si existe un servicio turístico por parte del propietario que alquila a una persona, o personas, por espacios de corta duración una vivienda sin fines residenciales.

En éste ámbito es cardinal el plazo de duración de dicho arrendamiento, tal y como diversos municipios, y singularmente el de Madrid, han establecido como límite para la consideración de un uso turístico o no. Por ejemplo, el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (de Andalucía), establece la definición de viviendas con fines turísticos (art. 3) como aquellas ubicadas en inmuebles situados en suelo de uso residencial donde se vaya a ofrecer mediante precio el servicio de alojamiento de forma habitual y con fines turísticos, y excluye las cesiones por periodos superiores a dos meses (art. 1.2.b) y conjuntos formados por tres o más viviendas de una misma persona titular o explotadora, que estén ubicadas en un mismo inmueble o grupo de inmuebles, que quedan sujetas a las disposiciones del Decreto 194/2010.

En la Comunidad de Madrid el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, dispone en su art. 3.º que la prestación del servicio de alojamiento se ejercerá de forma profesional y habitual, sin carácter de residencia permanente, entendiéndose por habitualidad el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural.

Así, debemos recordar que la irrupción de la denominada economía colaborativa ha supuesto la puesta en el mercado, por parte de los propietarios, de viviendas con multiplicidad de manifestaciones, y así fenómenos no lucrativos como *exchange home* u otros, que implican el intercambio de viviendas por la mera cesión por tiempos o temporadas cortas (menos de 60 días⁹). Debe destacarse que es muy discutible que puedan considerarse como servicio turístico; incluso si hay contraprestación económica, no tendrían ese carácter de actividad, prevaleciendo lógicamente el principio de libertad. Se-

9. Plazo este al que se han acogido diferentes normativas locales y la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears.

ría muy discutible una reglamentación administrativa sobre ese fenómeno a excepción de la ya indicada, que lo exceptúe de la reglamentación turístico-administrativa. En el resto de los supuestos nos encontraremos ante servicios de carácter turístico, evidentemente extrahotelero, pero sí un servicio de alojamiento para turistas y mediante contraprestación económica¹⁰.

Este fenómeno y servicio, lógicamente debe enmarcarse en el ámbito de la libertad de empresa prevista por el artículo 38 de la Constitución, libertad que no implica la ausencia de intervención administrativa, puesto que la propia Constitución recoge en sus artículos 128 y 132 la iniciativa económica pública y la planificación de la actividad económica por parte de la Administración, así como el deber de los poderes públicos de realizar actuaciones para la consecución del derecho a una vivienda digna prevista en el artículo 47, y además la lucha contra la especulación del apartado 2 de dicho artículo 47.

Otro aspecto a tener en cuenta es el marco tecnológico que supone la incorporación de la economía digital al uso de las viviendas con fines distintos al residencial, a través de plataformas tecnológicas, que pueden estar ubicadas en ámbitos geográficos donde el Estado (al igual que las comunidades autónomas y entidades locales) no puede ejercer sus funciones administrativas.

Pero esa utilización de los servicios de la sociedad de la información sí supone un sometimiento a la legislación reguladora de la materia y en concreto a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, circunstancia esta que ha generado no poca polémica y conflictividad jurisdiccional, aunque la jurisprudencia se inclina por el hecho del servicio turístico y no por el servicio comercio electrónico¹¹.

Por otra parte debemos recordar que el artículo 3.º del ya comentado TRLSRU 7/2015, de 30 de octubre, indica: «Los poderes públicos formularán

10. No obstante, esa limitación temporal no es pacífica, puesto que la Autoridad Catalana de la Competencia se muestra partidaria de no efectuar distinciones sobre la profesionalidad o no de una actividad, y «evitar la determinación de un umbral que siempre será difícilmente justificable (por ejemplo, por qué a partir de 50 noches un operador es considerado “profesional” y cuando alquila su vivienda 49 noches, no) y lo que se conocen como errores en el salto (los oferentes deberían valorar adecuadamente si les compensa alquilar la noche adicional que los calificará como “profesionales”)), tal y como especifica en el «Informe de Regulación IR24/2016 sobre el Proyecto de decreto de reglamento de turismo de Cataluña (versión agosto 2016)», p. 12, disponible en <http://acco.gencat.cat/ca/inici>

11. En ese sentido existen diferentes sentencias de juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona y Valencia, y la STS 836/2017, de 12 de mayo, Sala de lo Contencioso, sección 3.ª; una opinión al respecto, en SERRANO CASTRO, M.ª D. (2014): «Alojamientos privados convertidos en turísticos, redes sociales y aplicaciones que ponen en contacto a conductores... ¿Competencia desleal?», *Diario La Ley*, n.º 8444.

y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional».

Esta determinación de la legislación urbanística general del Estado supone una lógica determinación marco para las leyes del Suelo de las comunidades autónomas, pero debiéndose recordar el deber de utilizar los respectivos suelos y edificaciones conforme a los usos previstos por el planeamiento.

En esa línea deben recordarse las competencias del Estado en relación con la defensa de la competencia y la unidad del mercado, consagradas en las leyes 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, y 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de unidad de mercado. Y el papel de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en esta materia, que como podremos comprobar es bastante intenso, impugnando numerosas normas administrativas para garantizar (en su opinión) las referidas competencia y unidad de mercado, especialmente a través del artículo 27 de la Ley 20/2013.

Debe recordarse, tal y como apunta ROMÁN MÁRQUEZ¹², que la CNMC publicó en el mes de julio de 2018 el *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, que viene a actualizar las apreciaciones que sobre esta materia contenía el anterior, y en opinión de ROMÁN MÁRQUEZ controvertido, estudio de 2016¹³. En las mismas fechas se anunció el recurso contra la normativa urbanística municipal de viviendas turísticas de Madrid, Bilbao y San Sebastián, después de que estos no justificasen la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas o, alternativamente, procediesen a su anulación¹⁴.

12. ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2018): «Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona», *REALA. Nueva Época*, n.º 10, que si bien no incide sobre el fondo, sí mantiene y no accede a la suspensión de la web de Homestay en Cataluña, por ser servicios turísticos y no ajustarse a la legislación catalana turística; véase también GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2018): «La vivienda con un uso turístico: entre el turismo “colaborativo” y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en Internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *op. cit.*, p. 30.

13. *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa –resultados preliminares–*, de 2016.

14. Disponible en <https://www.cnmc.es/buscadord?t=VIVIENDAS%20TUR%C3%8DS-TICAS>

Por último, dentro de esta caracterización general del fenómeno, no debemos olvidar la existencia, ya veterana, de diversas normas reguladoras, total o parcialmente, del uso turístico de las viviendas particulares, y así, a título meramente recordatorio, podemos indicar la Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 2/2005, de 22 de marzo, de Comercialización de Estancia Turística en Viviendas.

Así, a título de ejemplo, debemos citar que el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, en sesión celebrada el día 27 de marzo de 2019, adoptó el siguiente acuerdo: Aprobar definitivamente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera, con las modificaciones introducidas en el documento tras el trámite de información pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en relación con los artículos 57 y 62.2 de la citada Ley, que pretende establecer una regulación desde el punto de vista del ámbito municipal de este fenómeno, por sus implicaciones en las relaciones urbanas y de vecindad. Esta regulación del Ayuntamiento de Madrid no es una innovación singular, sino que otros ayuntamientos, como el de Barcelona, han utilizado esta vía para incidir desde un punto de vista administrativo en esta materia. Pero debemos recordar que la complejidad del fenómeno, anteriormente apuntada, supone la existencia de diversos prismas para abordarlo, y, en lógica consecuencia, diferentes títulos competenciales que inciden en esta actividad.

En el ámbito de la Administración General del Estado debe recordarse la necesaria cumplimentación de la legislación tributaria¹⁵, así como la adaptación de esta a un fenómeno necesariamente virtual, aun con repercusiones y realización en un espacio físico y concreto. En cualquier caso esta compe-

15. Al respecto, el Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente, establece la clara obligación de remitir con carácter trimestral sus operaciones, lo que desplegará sus plenos efectos a partir del 1 de enero de 2019, ante la falta de desarrollo de esta norma y los conflictos sobre privacidad de datos, catastro, etc. Sobre estas obligaciones, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, A. L. y PUENTE ORENCH, J. (2018): «Fiscalidad de las viviendas de fin turístico: tributación, control y fraude», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *op. cit.*, pp. 367 a 386.

tencia estatal se puede ver complementada con tasas de carácter autonómico como las de carácter turístico¹⁶.

Igualmente es necesario recordar la competencia exclusiva del Estado (sin perjuicio de la legislación foral) en materia de derecho civil, y por tanto en los contratos que se realicen sobre esta materia entre particulares, así como las repercusiones que sobre la convivencia vecinal y el régimen de propiedad horizontal tienen estas relaciones¹⁷.

De hecho el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, en su artículo segundo.Tres establece la modificación del artículo Diecisiete de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, adicionando un punto 12 que especifica:

«12. El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

Debe recordarse por otro lado que las comunidades autónomas gozan de numerosos títulos competenciales con incidencia en esta materia, ya sea de carácter de desarrollo de la legislación básica estatal más ejecución o de carácter exclusivo y propio de la comunidad, y así protección de los consumidores, urbanismo y turismo.

Pero al final el ámbito administrativo más inmediato al fenómeno es el de las entidades locales y singularmente los ayuntamientos, que tanto en virtud de las diversas legislaciones autonómicas y sectoriales, como por la atribución del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las

16. Las tasas turísticas se emplean en bastantes ciudades europeas, como Amsterdam, París, Bruselas, Florencia o Praga. En España, empezó a aplicarse en Cataluña el 1 de octubre de 2017. La cuota del impuesto en Cataluña es superior para Barcelona capital, donde oscila entre los 2,25 € por noche en ciertos alojamientos turísticos de Barcelona capital (como hoteles de 5 estrellas, VUT o determinados cruceros) y los 0,65 € de los hoteles de menos de 4 estrellas y resto de alojamientos turísticos.

17. FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018): «La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios», *Diario La Ley*, n.º 9234, 9 de julio de 2018.

Bases del Régimen Local, ostentan diversos títulos competenciales, en mayor o menor medida, sobre este fenómeno, viéndose, lógicamente, supeditados a las legislaciones de las comunidades autónomas.

En este sentido advierte RODRÍGUEZ FONT¹⁸ que la iniciativa normativa debe constituir la mejor opción para cumplir con los principios de buena regulación, puesto que en el contexto de la economía colaborativa la regulación no es, tal y como ha señalado la CNMC, la única opción posible para encauzar sus efectos y potencialidades.

Por parte de la doctrina se ha criticado esa opción por la falta de regulación, y así autores como ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY¹⁹, para quien el volumen económico de esta actividad legitima la intervención y el control administrativo, por lo que su «atención normativa» estaría plenamente justificada, pero siempre a través de fórmulas ponderadas que eviten regulaciones innecesarias y desproporcionadas que perjudiquen a los consumidores, al interés general y a la competencia efectiva.

Si bien se trata de un fenómeno de importante desarrollo en la última década, no menos cierto es que su configuración jurídica se encuentra receptada en las primeras normas turísticas españolas. De acuerdo con ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, «La verdadera novedad reside en el medio por el que se organiza su comercialización: a través del uso de las TIC's (las conocidas, en inglés como plataformas “peer to peer” –de igual a igual- o por sus siglas P2P), lo que supone una universalización de la oferta con un notable ahorro de costes de transacción (al suprimirse los intermediarios), así como un aumento de la confianza de los usuarios mediante la instauración de medios de información, confirmación, reserva y pago rápidos y seguros»²⁰.

Es precisamente a través del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación que este tipo de alojamiento «ha alcanzado una importancia tal por su impacto económico y turístico, que ha llevado a replantear su tratamiento jurídico»²¹, con los conflictos aún pendientes de fijación ju-

18. RODRÍGUEZ FONT, M. (2017): «Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, pp. 409-444, y en concreto p. 416.

19. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L. (2017): «¿Matando a la gallina de los huevos de oro?: Algunos apuntes sobre la nueva regulación de las viviendas de uso turístico (especial referencia al caso andaluz)», *Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR)*, vol. 1, n.º 2, pp. 1-23. DOI: <https://doi.org/10.21071/ridetur.v1i2.10210>

20. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L., *op. cit.*, p. 2.

21. Como indican CUSCÓ PUIGDELLÍVOL, E. y FONT GAROLERA, J. (2015): «Nuevas formas de alojamiento turístico: comercialización, localización y regulación de las “viviendas de uso

risprudencial sobre la prevalencia del régimen jurídico de la sociedad de la información, o del turístico, con los pronunciamientos ya apuntados anteriormente, a los que nos sumamos.

2

Las capacidades de intervención administrativa de las actuaciones particulares. Adaptación al uso de las potestades en materia de viviendas vacacionales

Pero antes de desarrollar las potestades concretas que pueden ejercer las entidades locales para intervenir o incidir en el fenómeno de las viviendas destinadas a un uso turístico, debemos profundizar en el marco habilitante para la intervención en las actividades privadas por parte del conjunto de Administraciones públicas.

Para ello debemos partir del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, enlazándolo con la modalidad de libre prestación de servicios recogida por el TUE y la Directiva que ha sido desarrollada en España a nivel básico estatal por las leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Así como por las diversas leyes autonómicas de modificación de su legislación para adaptarla a las referidas normativas básicas y europeas.

Este marco general supone la imposibilidad de exigir una autorización previa para la implantación o el ejercicio de actividades de servicios salvo con respecto a las materias de ordenación del territorio y urbanismo, circunstancia esta clave para la habilitación de la regulación que puedan realizar mediante el citado título competencial las comunidades autónomas y los municipios.

Para poder abordar el régimen de intervención administrativa, y partiendo del citado marco constitucional, deberemos destacar las capacidades que, en virtud de la función de policía administrativa, puedan ejercitar las diferentes Administraciones públicas sobre la libre actividad de los particulares, y así, podemos destacar la capacidad para reglamentar (ejercicio de la potestad

turístico” en Cataluña», *Biblio3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XX, n.º 1134, al indicar que «el uso de las TIC comporta una notable reducción de los costes de promoción del producto y de comunicación con el cliente, el cual puede informarse, escoger y pagar a distancia»; y GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015): «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, p. 102.

reglamentaria en sentido amplio), la capacidad de inspección y el ejercicio, en su caso, de la potestad sancionadora.

Todas estas capacidades basadas en la correspondiente potestad o poder jurídico de supremacía de la Administración están lógicamente sometidas al principio de legalidad y, en virtud del artículo 106 de la Constitución, y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al control de los tribunales de justicia.

Así, la potestad reglamentaria en materia de viviendas turísticas ha dado lugar a muy diferentes normas de carácter autonómico, como los decretos 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid; 113/2015, de 22 de mayo, de las Islas Canarias, y 22/2016, de 2 de febrero, de la Junta de Andalucía.

Por otra parte, también en desarrollo tanto de la potestad reglamentaria como de la de planificación urbanística, diferentes ayuntamientos han aprobado normas de carácter urbanístico y naturaleza reglamentaria, como por ejemplo el Plan especial urbanístico para la ordenación de los establecimientos de alojamiento turístico y albergue de juventud, residencia colectiva de alojamiento temporal y vivienda de uso turístico, del municipio de Barcelona, aprobado definitivamente por Acuerdo del 27 de mayo de 2016. En dicha línea se aprobó igualmente, el 27 de marzo de 2019, publicándose en el BOCM del 23 de abril, el Plan Especial del Ayuntamiento de Madrid, al que nos hemos referido.

Obviamente, la naturaleza de disposiciones de carácter general de los reglamentos, sean estatales, autonómicos o locales, les impone, junto al deber de publicación y, por tanto, el principio de publicidad, los principios de generalidad y coercibilidad. Esto es, que como son normas jurídicas, obligan a todos, tanto ciudadanos como Administración, en sus vertientes pasiva y activa de cumplir y hacer cumplir a través de inspecciones. Lógicamente las inspecciones están sometidas a un principio de legalidad, pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, implica que los hechos contenidos en las actas de inspección tienen presunción de veracidad.

La lógica consecuencia de la inspección en caso de un uso ilegal de la vivienda, incumpliendo la normativa existente en materia de vivienda de uso turístico, será la sanción correspondiente previa a la tramitación del preceptivo procedimiento sancionador, en los términos de la indicada LPCAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²².

22. Al respecto, *vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.) (2016): *El nuevo régimen jurídico del*

Pero como ya hemos apuntado anteriormente, la capacidad normativa sustancial sobre esta materia corresponde a las comunidades autónomas, habiéndose abordado desde tres prismas distintos:

a) Desde la competencia turística, donde se recogen los decretos y normas legales anteriormente apuntados de las diferentes comunidades autónomas, y donde pueden establecerse requisitos como la inscripción en el registro autonómico de actividades turísticas (inscripción que no puede ser constitutiva, tal y como se desprende de la Directiva de Servicios y, por ejemplo, ha indicado el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de 21 de marzo de 2017 que anula parte del artículo 13 del Decreto autonómico 113/2015, de 22 de mayo), los equipamientos mínimos necesarios para poder alquilar dichas viviendas de uso turístico (por ejemplo, la obligatoriedad de aire acondicionado en todas las habitaciones que establece la Junta de Andalucía, o los equipamientos recogidos por el artículo 10 del Decreto canario 113/2015), etc.

b) Desde el prisma de la legislación de vivienda, que, como establecen los diferentes estatutos de autonomía, corresponde en exclusiva a cada comunidad autónoma.

Así, por ejemplo, la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, regula los usos de las viviendas con fines distintos al residencial permanente, regulando su aprovechamiento económico en el art. 19²³.

c) Desde el ya comentado prisma de la legislación urbanística, que aunque desde la ya indicada STC 61/1997, de 20 de marzo, es una competencia exclusiva de las comunidades autónomas, mantiene con carácter meramente supletorio una legislación estatal contenida fundamentalmente en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, con sus tres reglamentos de desarrollo sobre planeamiento, gestión y disciplina urbanística.

Ahora bien, partiendo de esos prismas, y teniendo en cuenta lo ya especificado sobre el hecho privado del alquiler vacacional de viviendas, debemos indicar el marco para la intervención concreta de las diferentes Administraciones públicas, y para ello en buena medida deberemos tener en cuenta, con carácter previo, la legislación básica que posibilita dicha actuación.

Como ya hemos apuntado, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPCAP, regula el procedimiento de actuación común de todas las Administraciones pú-

sector público, El Consultor de los Ayuntamientos - Wolters Kluwer.

23. PÉREZ RIVARÉS, J. A. y VIGUER PONT, J. (2008): «Algunas consideraciones prácticas al hilo de la nueva ley catalana del derecho a la vivienda: su incidencia en la actividad ordinaria del promotor inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 6942.

blicas, y por otra parte, para el ámbito de las entidades locales, la Ley 7/1985, LRBR. Partiendo de este punto, la habilitación concreta para la intervención la tenemos en el artículo 84 de esta última.

Esa habilitación para la intervención debe tener una expresa bendición legal, lo cual es extensible a las comunidades autónomas y al propio Estado, por lo que para cada una de las ramas sectoriales de la actividad administrativa se exigirá una previa habilitación legal, en los términos de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA²⁴ denominaba vinculación positiva.

En concreto, y circunscribiéndonos al ámbito local, junto a la ya especificada potestad reglamentaria nos encontramos con la capacidad para someter a licencia determinadas actuaciones (las obras, por ser de naturaleza urbanística y por tanto excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios), y también, para otras actividades, el sometimiento a una declaración responsable o a una comunicación previa para el ejercicio de actividades, como es el caso del uso económico de viviendas, en los términos de la legislación turística de las comunidades autónomas, por remisión del comentado artículo 5 e) de la LAU.

En concreto esta técnica administrativa se desarrolla en el artículo 68 de la LPCAP, que regula las declaraciones responsables y las comunicaciones. Esta es la técnica fundamental de intervención en la actividad de los particulares en materia de vivienda con usos distintos del residencial, y debe ajustarse a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue, que ya recogía el artículo 5.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, aunque lógicamente adaptados a los principios y determinaciones de la Constitución, sobre libertad de residencia, inviolabilidad domiciliaria, etc. (el citado Reglamento fue adaptado a la directiva Bolkenstein mediante el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre).

Así, la citada capacidad de intervención ha sido precisada por diversas reformas legales de la LRBR, y en concreto podemos indicar los arts. 84 bis y 84 ter de la norma, que precisan, en los términos de la Ley 25/2009, las fórmulas de intervención mediante comunicaciones y declaraciones previas.

Partiendo de estas posibilidades, lo cierto es que se exige una previa regulación normativa que establezca no solo el sometimiento a ese control administrativo, sino, lo que es más importante, también los requisitos y las especificaciones que debe cumplir este y su fórmula de ejercicio.

24. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2017): *Curso de derecho administrativo I*, pp. 477 a 487, Civitas - Thomson Reuters, 18.ª ed.

Como ya hemos apuntado, la principal fuente de regulación, y la más efectiva a la vista de las determinaciones europeas sobre libertad de prestación de servicios, la jurisprudencia existente en la conflictividad sobre implantación de otros controles al respecto y la actitud de la CNMC, es la de carácter urbanístico.

3

La caracterización de las viviendas vacacionales y su diferenciación frente a otros fenómenos similares

Las hoy conocidas como viviendas vacacionales no son la primera experiencia de actividad extrahotelera que ha sido regulada por nuestro ordenamiento, aunque debemos recordar la figura de los apartamentos turísticos, que ya en su día generó no pocas polémicas por sus indefiniciones entre el uso residencial y el hospedaje²⁵.

La primera mención de los apartamentos turísticos la encontramos en la Orden Ministerial de 17 de enero de 1967, que establece el Régimen de la Hostelería, o el también llamado Reglamento de la Industria Hotelera, que determina las facultades administrativas y autorización de apertura y clasificación de los establecimientos hoteleros y normas que han de cumplir en su explotación.

El Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas –Decreto 231/1965– ubica a los apartamentos turísticos como empresas turísticas privadas, entre las empresas de alojamiento turístico de carácter no hotelero, y establece la competencia del Ministerio de Información y Turismo sobre estos, determinando las normas relativas a la titularidad y apertura de los establecimientos, así como su régimen sancionador ante infracciones.

El Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales, define a estos establecimientos, y determina sus requisitos y las condiciones para su explotación²⁶.

25. Al respecto debe recordarse que el PGOU de Madrid de 1985 establecía, como uso permitido en la norma zonal de edificación en villas y chalets con parcela mínima de 2500 metros cuadrados, el de hospedaje en edificación en altura, y este uso de hospedaje permitía «hoteles, apartahoteles y apartamentos turísticos», lo que generó una clara especulación y un cambio final a vivienda colectiva tras la avalancha de apartamentos turísticos en 1993.

26. Respecto a los antecedentes jurídicos de los apartamentos turísticos y las viviendas turísticas pueden verse, entre otros: MELGOSA ARCOS, J. (2004): *Derecho y turismo*, Universidad de Salamanca; y PÉREZ GUERRA, R. (coord.) (2006): *Derecho de las actividades turísticas*,

Desde que el Estado renunció a toda legislación turística con el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, no existe una regulación común de este tipo de alojamientos turísticos, pero se mantiene una cierta cultura común en las diversas regulaciones de las comunidades autónomas que supone la existencia de una recepción, una exhibición de la condición de alojamientos (las clásicas llaves equivalentes a las estrellas) y una obligación de explotación empresarial mediante una unidad de gestión conjunta de todo el edificio, aunque cada uno de los apartamentos sea susceptible de propiedad diferenciada.

Otra cosa es que los efectos de la Directiva de Servicios y las diferentes normas autonómicas hayan dinamitado en la práctica este modelo, que indudablemente eran alojamientos turísticos sometidos a la extinta (en lo habilitante) clasificación²⁷.

Por otro lado debemos diferenciar el fenómeno de la multipropiedad o aprovechamiento por turnos sobre bienes inmuebles, más conocido en el mundo anglosajón como *time sharing*, que no tiene una larga tradición, como otras instituciones jurídicas de carácter turístico en España, regulado por la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias²⁸.

Editorial Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, pp. 51 a 77.

27. Al respecto, JIMÉNEZ SOTO, I. (2018): «Ordenación de los servicios turísticos: competencias administrativas y unidad de mercado», en VANDELLI, L. y FONT I LLOVET, T. (dirs.): *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcelona, pp. 21 a 78; en concreto, p. 57. Más monográfico y dentro de la misma obra colectiva, MARZAL RAGA, R. (2018): «Unidad de mercado y clasificación hotelera», pp. 107 a 116.

28. GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2012): «El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 3, p. 5 (<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/115/92>); GARCÍA RUBIO, F. (2016): «Capítulo IV. Normativa específica para ciertos contratos con consumidores: 5. El contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», en LEÓN ARCE, A. DE (dir.): *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, vol. 1 (Derechos de los consumidores y usuarios [Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios]. Tomo I), pp. 1038-1094; y SÁNCHEZ JORDÁN, E. y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018): «La cesión de viviendas con fines turísticos: Concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *op. cit.*, pp. 147 a 190.

Así, siguiendo a ÍÑIGUEZ ORTEGA²⁹, por definición, el tiempo compartido o *time share* nace como una fórmula que permite tener asegurada una residencia de vacaciones cada año, sin necesidad de hacer reservas hoteleras que pueden requerir mucha antelación si se quiere un destino muy solicitado, y sin necesidad de pasar por los inconvenientes de la adquisición de la propiedad de una segunda residencia.

Por tanto nos encontramos ante una norma civil de carácter especial, cuyos conflictos se dirimen en el ámbito jurisdiccional ordinario, aunque es una materia sometida a intervención administrativa, no tanto en razón de la materia turística, pese a alguna norma autonómica que la regula parcialmente, como al respecto de las disposiciones en materia de consumo, y con dicho fundamento se recoge en el art. 22³⁰ de la Ley 4/2012, de 6 de julio, un régimen sancionador. No obstante, la Comunidad catalana, en uso de sus competencias sobre derecho foral catalán, ha introducido diversas normas aplicables a esta materia, tal y como ha estudiado PÉREZ RIVARÉS³¹.

Tras la reforma de 2013, y como apuntan MURGA FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI³² en atención a lo dispuesto en el art. 5.e) de la LAU y el último

29. ÍÑIGUEZ ORTEGA, P. (2013): «Derecho de contratos. La configuración del régimen del derecho de aprovechamiento por turno turístico a tenor de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias», en AA. VV., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia.

30. *El incumplimiento por las empresas de las disposiciones de este Título será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general previsto en el Título IV del Libro I del texto refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y en la normativa autonómica que resulte de aplicación.*

Se considerará infracción grave el que, una vez vencido el plazo de desistimiento, el empresario no haya cumplido los requisitos de información exigidos en la presente Ley, pudiendo ser, en su caso, considerada como muy grave atendiendo a los criterios previstos en el artículo 50 del citado texto refundido.

31. PÉREZ RIVARÉS, J. A. (2012): «La Regulación catalana del *timeshare* tras la Ley estatal 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Reflexiones en vísperas de la promulgación del futuro Libro sexto del Código Civil de Cataluña, sobre obligaciones y contratos», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 6, octubre 2012.

32. MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a Á. (2018): «La constitución

párrafo del punto II del Preámbulo de la Ley 4/2013, a aquellas comunidades autónomas que carezcan de normativa sectorial sobre viviendas de uso turístico, les será de aplicación el régimen de los arrendamientos de temporada contenido en la LAU, cuestión sobre la que profundiza el Real Decreto-ley 7/2019 al especificar normativa sectorial turística y por tanto conforme a la distribución de competencias, autonómica (excepto Ceuta y Melilla).

El régimen sobre arrendamientos de temporada es el propio de las viviendas para uso distinto del de vivienda, caracterizado por dejar un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como se desprende de lo preceptuado en el art. 4.3 de la LAU: «los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil». Esto es, solo existe un título específico destinado a la regulación de este tipo de arrendamientos, de alcance muy limitado (apenas siete artículos: 29-35, ambos inclusive) y de naturaleza puramente dispositiva.

4

Competencias y posibilidades administrativas sobre la materia

Por lo que se refiere a las Administraciones públicas competentes en la intervención sobre este fenómeno de las viviendas de uso vacacional o viviendas turísticas, debemos destacar el absoluto galimatías competencial al respecto, puesto que en mayor o menor medida todas las entidades administrativas quieren intervenir sobre tan «novedoso» fenómeno por su importante incidencia social, dado que –recuérdese– el turismo es el 11 % del Producto Interior Bruto de España con mayor incidencia en diferentes comunidades autónomas.

Así, en primer lugar, debemos recordar que, desde la incorporación del Reino de España a las Comunidades Europeas, diversas parcelas de la Soberanía Nacional han sido cedidas a la Unión Europea, correspondiendo a la Comisión Europea la vigilancia de la legislación emanada de las instituciones europeas y al Tribunal de Justicia de la Unión dirimir los conflictos en su aplicación.

A los efectos de simplificar, debemos apuntar que la principal fuente normativa de origen comunitario que incide en el fenómeno de la vivienda vacacional es la celeberrima Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mer-

de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Editorial Reus, pp. 55 a 98.

cado interior (Directiva Bolkenstein), que pretende garantizar el principio del Tratado de la Libre Circulación de Servicios, y cuya principal consecuencia es la supresión de las autorizaciones administrativas previas para el ejercicio o establecimiento de servicios de todo tipo, lógicamente incluyendo los turísticos.

Así, la Comisión Europea puede actuar contra el Reino de España si por parte del Estado o de las comunidades autónomas se regula o legisla en contra de dicho principio y normas de la Directiva.

Un segundo ámbito competencial es el del Estado, puesto que las viviendas de carácter vacacional se pueden ver afectadas por diversas normativas de competencia nacional, recogidas en el ámbito del artículo 149 de la Constitución.

Así, recuérdese que aunque el Estado carece de competencias en materia urbanística desde la STC 61/1997, de 20 de marzo, lo cierto es que sí mantiene ámbitos competenciales que inciden en la propiedad urbana, especialmente en lo referido a la legislación civil de la competencia expresada por el apartado 1.8.^a de la citada Carta Magna, y singularmente dentro de dicho aspecto (sin perjuicio de la legislación foral de las comunidades autónomas que tienen dicha competencia) lo referido a la propiedad horizontal, actualmente recogida por la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Esta norma, cuya modificación ha sido introducida tras diversos anuncios por el actual Gobierno en el Real Decreto-ley 7/2019, tiene una especial incidencia en la regulación que dentro del ámbito de la convivencia ciudadana puede darse en una misma edificación entre usos de vivienda con fines residenciales y otros usos de la vivienda, como es específicamente el alquiler vacacional, puesto que esta convivencia de usos incide en los elementos comunes de la propiedad horizontal.

Así, como indica ROMÁN MÁRQUEZ³³, la solución a los eventuales problemas de convivencia entre turistas y vecinos *debe pasar por el recurso a los mecanismos previstos al efecto por la legislación sobre propiedad horizontal*, puesto que en muchos ámbitos el control administrativo sería imposible por lo numeroso del fenómeno y la escasez de los medios de inspección.

33. ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2017): «Los poderes públicos ante el fenómeno de las viviendas particulares dedicadas al uso turístico y la irrupción de la denominada “economía colaborativa” en este sector: una aproximación a la posición de la Unión Europea, el legislador español y los ejecutivos autonómicos», en AA. VV., *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira-Fundación Democracia y Gobierno Local.

Así lo considera igualmente la CNMC, la cual propone, además, el establecimiento de sistemas de responsabilidad del arrendador, en función de la diligencia demostrada a la hora de alquilar su vivienda a usuarios con una buena reputación previa.

Igualmente a favor del uso prioritario de los mecanismos previstos en la legislación sobre propiedad horizontal se posicionan autores como HERRERO SUÁREZ³⁴, para quien las molestias generadas por los usuarios turísticos a los residentes habituales pueden ser combatidas más eficazmente «por los propios interesados mediante las posibilidades que abre la legislación en materia de propiedad horizontal de hacer cesar la explotación turística, inicialmente, vía estatutos o, posteriormente, a través de acuerdos si se constata que esta constituye una actividad contraria a la normal convivencia vecinal».

Debe tenerse muy presente, en cualquier caso, que estos mecanismos presentan -en opinión de ROMÁN MÁRQUEZ, que compartimos-, al menos, tres debilidades relevantes: a) en primer lugar, la lentitud característica de todo procedimiento judicial, pues las actuaciones contra vecinos molestos deben contar indefectiblemente con el consentimiento del juez civil; b) las dificultades probatorias inherentes a unas conductas que, con carácter general, son producidas por huéspedes alojados durante estancias muy reducidas; y c) la imposibilidad de adoptar acuerdos relativos a la prohibición del uso turístico de las viviendas sin contar con el beneplácito unánime de la propiedad – puesto que, como es sabido, los usos de la propiedad inmobiliaria horizontal deben quedar recogidos en los estatutos de la respectiva comunidad, que a su vez son impugnables ante la jurisdicción civil-.

Así, en la nueva regulación se permite el acuerdo de la comunidad mediante su junta general con 3/5 de los propietarios y cuotas de participación suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos. Siendo por tanto una mayoría cualificada tanto de propietarios –vecinos- como de la propiedad total.

Esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %.

Como es lógico, en virtud del principio del art. 9.º3 de la CE dichos acuerdos no podrán tener carácter retroactivo.

34. HERRERO SUÁREZ, C. (2017): «Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julio-diciembre 2017, p. 160.

Por otra parte el Estado tiene competencia en la legislación general sobre telecomunicaciones, y la incidencia que sobre las plataformas de comercialización «On Line» como Airbnb y Home Way tienen sus determinaciones, aunque debemos recordar que no nos encontramos, en principio, con servicios de comercio electrónico, sino con modalidades de comercialización electrónica de servicios turísticos.

Con carácter general igualmente debemos recordar las competencias del Estado en materia de planificación e intervención sobre la economía recogidas en el apartado 1.20.^a de la Carta Magna, y que especialmente durante toda la crisis han sido reiteradamente aducidas como título habilitante para las más variopintas regulaciones.

También tiene especial incidencia en el ámbito de las viviendas con uso turístico la legislación básica en materia de medio ambiente reservada al Estado por el artículo 149.1.23.^a, puesto que, por ejemplo, en materia de recogida de residuos sólidos urbanos, no es lo mismo la ocupación para fines estrictamente residenciales que para otros fines con alta rotación de habitantes como es el turístico.

Por último, desde el punto de vista de las competencias estatales, debemos recordar las ya indicadas funciones estatales de garantía y defensa de la unidad de mercado y la competencia, funciones que en buena parte han sido asignadas a una administración independiente, esto es, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que en uso de sus competencias ha impugnado diversas regulaciones municipales (singularmente Barcelona) y autonómicas (así, por ejemplo, los casos de Madrid y Canarias).

Pero la estructuración territorial de nuestro Estado desde la Constitución de 1978 hace recaer en las comunidades autónomas el mayor peso de la capacidad legislativa sobre esta materia, al recogerse como competencia exclusiva de las comunidades autónomas en todos y cada uno de sus estatutos de autonomía el carácter exclusivo de estas en materia de turismo y urbanismo, incluso habiendo desaparecido prácticamente la legislación estatal preautonómica en esta primera materia.

De hecho la mayor parte de las regulaciones (sin perjuicio de las municipales que posteriormente abordaremos) en esta materia tienen la citada naturaleza autonómica, y así las normas de carácter específico sobre este fenómeno que hemos indicado anteriormente tienen todas una naturaleza autonómica.

Pero junto a las ya referidas disposiciones turísticas y urbanísticas hay otras series de títulos competenciales que pueden incidir desde el ámbito de las comunidades autónomas en el fenómeno de las viviendas vacacionales, y así, por citar tan solo un ejemplo, podemos recoger la competencia sobre medidas adicionales para la protección del medio ambiente que tienen las

distintas comunidades atribuida en sus estatutos, y otros títulos ambientales, como aguas, etc., que desde luego sirven para ordenar el territorio y las implantaciones de usos, ya sean turísticos o meramente residenciales.

Finalmente dentro de este marasmo competencial debemos recordar el papel de las entidades locales en su conjunto conforme a la estructura prevista por el artículo 137 de la Constitución, que recuérdese recoge la existencia de cabildos y diputaciones por un lado y por otro los municipios.

Igualmente en el ámbito local cabe recoger la capacidad que tienen las comunidades autónomas para crear y regular otras entidades locales de ámbito supramunicipal como es el caso de las comarcas en Aragón, Castilla y León y Cataluña, al amparo de los artículos 141.3 y 152.3 de la Ley de Leyes³⁵.

Esta distinción no es baladí, puesto que las diversas leyes autonómicas atribuyen a unas u otras entidades locales competencias en mayor o menor medida sobre la materia que nos ocupa en los ámbitos del turismo y el urbanismo.

Así, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias el artículo 13 del Decreto autonómico 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, recoge la competencia de los cabildos insulares para recibir la declaración responsable de los titulares de viviendas que pretendan someterse al régimen de alquiler turístico, siendo los cabildos los competentes para proceder a la inscripción en el registro de entidades turísticas de la Comunidad Autónoma.

Pero en el conjunto de la nación, ante la escasez de competencias en esta materia de las diputaciones provinciales de régimen común, y dada la existencia de cinco comunidades autónomas uniprovinciales no dotadas de un segundo nivel generalizado de Administración local, las entidades con mayor responsabilidad serán los municipios.

En efecto, conforme a las potestades atribuidas por el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LRRL, los municipios han desempeñado siempre un papel clave en la regulación y ordenación urbana, siendo el fenómeno de las viviendas vacacionales un verdadero elemento perturbador de la convivencia y ordenación tradicional del uso residencial. Aunque hay quien sostiene³⁶ que

35. Una perspectiva de la ordenación supramunicipal la hemos abordado en GARCÍA RUBIO, F. (2018): «La coordinación y la cooperación territorial. El marco de referencia supramunicipal de las políticas urbanas», en ALONSO IBÁÑEZ, R. (coord.): *Retos del desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 133 a 236.

36. COBOS, S., MALLO, M. y SILVESTRE, X. (2017): «Aspectos urbanísticos y administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación urbanística y procedi-

los municipios tienen escaso margen en la materia, derivado de las limitaciones europeas, constitucionales y legales de carácter estatal y autonómico anteriormente apuntadas, pero siendo las obligaciones más concretas y ambiciosas hasta ahora aprobadas con respecto a este fenómeno. Pero es evidente que, conforme a la distribución constitucional de competencias, los municipios tan solo tienen en materia de turismo competencias sobre *información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local*. Aspecto este que las legislaciones autonómicas no han variado.

No obstante, el art. 27 LRBRL recoge las competencias delegadas, y en su apartado 3.j) nos indica: «Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las comunidades autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias: (...) j) Promoción y gestión turística»³⁷.

También es de destacar el art. 30 LRBRL, que faculta a las comunidades autónomas a establecer regímenes especiales para municipios con predominio en su término, entre otras, de las actividades turísticas³⁸. Enumeración que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, constituye un «*numerus apertus*»³⁹. Tales regímenes especiales se encuentran normalmente incluidos

mientos de intervención. Referencia a su regulación en las diferentes comunidades autónomas», en FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (coords.): *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*, Bosch, Madrid, pp. 19 a 154 (en concreto, p. 24).

37. Delegación que deberá realizarse conforme a las condiciones establecidas en la LRBRL y cuya constitucionalidad ha sido avalada por la STC 41/2016, de 3 de marzo, pero que lamentablemente no es muy habitual.

38. El art. 30 de la LRBRL dispone: «Las leyes sobre régimen local de las comunidades autónomas, en el marco de lo establecido en esta Ley, podrán establecer regímenes especiales para municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de las actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes».

39. *Vid.* STC 214/1989, de 21 de diciembre, en cuyo FJ 7.º indica: «La lectura del precepto permite comprobar el carácter meramente descriptivo y ejemplificativo de los posibles supuestos de municipios susceptibles de ser sometidos, por ley autonómica, a un régimen especial, sin que suponga ni una constricción al legislador autonómico para establecer tal régimen especial, ni tampoco una limitación a fijarlos, puesto que, por la propia cláusula final con la que se cierra la enumeración deja un amplísimo margen de discrecionalidad y creatividad a la legislación de la comunidad autónoma».

en la legislación autonómica, que reconoce la calidad de municipio turístico, mediante acto de la Administración, a aquel con una marcada afluencia de turismo y para el que en algunos casos se prevé una compensación económica⁴⁰.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (*Comisión Europea vs. Reino de España*, asunto C-400/08) consideró que la regulación catalana sobre grandes establecimientos comerciales presentaba carácter económico, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 613/2013, de 30 de septiembre, fundamentada en la anterior, anuló determinados preceptos del *Plan especial de equipamiento comercial alimenticio de Barcelona*. Por contra, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 199/2014, de 2 de abril, enjuicia la adecuación a derecho del *Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del Distrito de Ciutat Vella* (Barcelona), y declara nula la exigencia de renuncia previa de una o varias licencias de actividad titularidad del mismo solicitante para obtener una nueva, pero considera que el resto de las restricciones contenidas en el Plan no son contrarias a la Directiva de Servicios, por estar recogidas en una norma urbanística⁴¹.

A juicio de ROMÁN MÁRQUEZ, los instrumentos de planificación urbanística de las viviendas de uso turístico en las ciudades de Madrid y Barcelona coinciden en sus objetivos fundamentales, los cuales sirven de justificación a las restricciones impuestas para su establecimiento y explotación. Los diferentes objetivos fijados por los redactores de ambos planes pueden concretarse en los siguientes: a) uso equilibrado del suelo; b) reducción de externalidades negativas; y c) promoción del derecho a una vivienda digna.

En relación con el primero de estos objetivos, la tradicional flexibilidad de la ordenación urbanística de la ciudad ha propiciado una diversidad de los usos del suelo, la cual se encontraría amenazada por el intenso desarrollo turístico, que amenaza con implantar un *monocultivo económico* en torno a esta actividad.

40. Sobre la configuración del municipio turístico es de destacar FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2003): «El Régimen Jurídico del municipio turístico en Andalucía: El Derecho a la carta», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 52, pp. 51 a 85.

41. Al respecto *vid.* ALCOVER POVO, M. (2018): «Aspectos contencioso-administrativos», en FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (coords.): *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*, Bosch, Madrid, pp. 155 a 238.

Así, en este sentido, SOCÍAS CAMACHO⁴² advierte de fenómenos como la *urbanalización* –homogeneización del paisaje urbano– o la *brandificación* –desaparición del comercio local y del patrimonio cultural en favor de las empresas transnacionales–, ambos vinculados con la actividad turística en los centros urbanos.

Tales amenazas justificarían una intervención pública tan intensa en el mercado, alterando la ley de la oferta y la demanda. Este objetivo estaría conectado directamente con el principio de desarrollo territorial urbano y sostenible contenido en el artículo 3 del TRLSRU. En virtud de este principio, los poderes públicos deben formular y desarrollar las políticas de su respectiva competencia de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma racional.

Concretamente, en relación con el objetivo del uso equilibrado del suelo en un contexto de alta presión turística, el número 3 de este precepto –apartados a, g y j– exige a los poderes públicos que posibiliten el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano «integrado socialmente», así como la integración en el tejido urbano de cuantos usos resulten compatibles con la función residencial con el objetivo de contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación a los servicios, dotaciones y equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión e integración social, y todo ello teniendo en cuenta la «perspectiva turística», en el sentido de facilitar el «uso turístico responsable».

5

La ordenación urbana como paradigma de la intervención administrativa sobre viviendas

5.1

Determinaciones generales

Como ya hemos apuntado, uno de los pocos aspectos que escapan al ámbito de la Directiva de Servicios es el de la ordenación territorial y el urbanismo,

42. SOCÍAS CAMACHO, J. M.^a (2018): «Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio», *Revista de Administración Pública*, n.º 205, pp. 131-170; y (2017): «Un problema actual de la vivienda: uso residencial “versus” uso turístico», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 317, pp. 17-47, y en concreto p. 24.

por lo cual esta es la vía más utilizada para la regulación del fenómeno de las viviendas destinadas a usos turísticos.

Pero estas técnicas normativas no están exentas de polémica, y así, la propia CNMC⁴³ considera que carece de justificación económica determinar mediante el planeamiento urbanístico dónde puede establecerse una vivienda de uso turístico, o cuál es el número de viviendas turísticas que tiene que haber en un área determinada. En el supuesto de que existan externalidades relevantes y específicas de este tipo de viviendas, se podrían corregir con mecanismos más proporcionados.

Por su parte, las autoridades de competencia vasca y catalana han señalado, en varios informes sobre normativa urbanística local, que cualquier regulación de tipo urbanístico que contenga regulación de carácter económico o comercial debería estar sujeta a lo dispuesto por la Directiva de Servicios⁴⁴.

Así, en este ámbito, debemos destacar como principal fórmula la de la regulación de los usos que debe contenerse en el Plan General de Ordenación Urbana, o figura equivalente prevista en la legislación de las comunidades autónomas.

El anterior PGOU de Madrid establecía dentro de sus usos la figura del «hospedaje», con tres modalidades: *hoteles*, *apartahoteles* y *apartamentos turísticos*, por lo cual ya existían -y hablamos de 1985- unas posibilidades regulatorias de este incipiente fenómeno. Así los usos permitidos del suelo que conforme al artículo 15 del TRLSRU⁴⁵ son parte del estatuto de la propiedad, y por tanto los propietarios de viviendas estarán obligados a destinar estas a los fines previstos por el planeamiento urbanístico en lo que se refiere a los usos (sin perjuicio de las situaciones de «fuera de ordenación»).

43. CNMC: Informe 2018, *op. cit.*, p. 36.

44. La ACCO, en la Nota OB 33/2017 sobre la aprobación definitiva del PEUAT de Barcelona, reitera que las normas contenidas en el PEUAT, a pesar de configurarse como un instrumento urbanístico, presentan una incidencia significativa en el mercado del alojamiento turístico, recomendando el estudio de alternativas a las restricciones establecidas -moratorias en la concesión de licencias de alojamientos turísticos-. En julio de 2015, el Ayuntamiento de Barcelona anunció una moratoria en la concesión de licencias de alojamientos turísticos por un período de un año, con el objetivo de elaborar un plan especial de regulación de alojamientos turísticos.

45. 1. *El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes siguientes:*

a) *Dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística.*
(...)

Esa regulación de los usos tiene que ser de detalle (al menos en la concepción originaria de la legislación estatal, ahora meramente supletoria) en el suelo urbano, que se dividirá en usos concretos y conforme al planeamiento, y así, por ejemplo, el PGOU, con usos admitidos asociados, compatibles, alternativos, etc.

Pero junto al planeamiento general esta regulación de usos puede especificarse por un planeamiento de desarrollo y concretamente con la figura de un plan especial (o figura equivalente de las diferentes comunidades autónomas). En ese sentido podemos discutir cuál es la figura adecuada para dicha regulación concreta de los usos «turísticos» del suelo residencial.

Así, el municipio más adelantado en esta materia es el de Barcelona, que ya reguló en 2010 un planeamiento de usos, anterior al plan especial que hemos citado de 2016. Este plan especial de 2010 ha sido objeto de anulación por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016, que cuestiona la adecuación de esta figura de planeamiento para limitar usos no previstos por el PGOU. Por tanto debemos plantearnos la necesidad de una previa habilitación o regulación de mínimos en cuanto a los usos residenciales y turísticos en el propio PGOU, como realiza el Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria en su actual tramitación de una modificación puntual de su PGOU, estableciendo requisitos para permitir el uso de alquiler turístico de las viviendas en su término municipal (entrada diferenciada del resto del edificio, etc.).

En cualquier caso, la mayor parte de estos planeamientos, ya aprobados o en curso de tramitación, como es el caso de Madrid, optan por el mantenimiento del uso residencial, y se encuentran con una voluntad de establecer condiciones, que no pueden ser de «implantación de la actividad» por la ya referida regulación de la Directiva de Servicios, su legislación de transposición y la jurisprudencia, puesto que la CNMC se encarga de impugnar inmediatamente cualquier actuación que detecte en ese sentido, y así podemos citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 357, de 12 de junio de 2014, y números 371 y 391, de 19 de junio de 2017.

5.2

La suspensión de licencias

La suspensión del otorgamiento de licencias es una de las técnicas más utilizadas desde la perspectiva de la ordenación urbana para regular determinadas situaciones. Ahora bien, en el aspecto que nos ocupa, deberemos diferenciar entre dos modalidades diferentes de esta técnica general: por una parte las moratorias generales en un ámbito para la concesión de licencias determi-

nadas (así, la de usos turísticos), y por otro lado la suspensión automática de licencias para realizar una posterior modificación del planeamiento.

En cualquier caso ambas modalidades deben vincularse a la exigencia de licencia de obras, por la desaparición de los controles previos en materia de actividades de servicios.

Por su parte, en enero de 2018, el Ayuntamiento de Madrid estableció la suspensión también durante un año en la concesión de licencias⁴⁶ para todos los tipos de alojamiento turístico, ubicados en edificios residenciales, del distrito centro de Madrid. En distintos distritos periféricos de la capital, la moratoria afecta solo a las viviendas de uso turístico ofrecidas por proveedores profesionales y que requieren de licencia para operar. Tras la citada suspensión se ha tramitado el Plan especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje⁴⁷.

La justificación esgrimida por el Ayuntamiento de Barcelona para la imposición de esta moratoria es garantizar la convivencia entre vecinos y turistas. Entre los motivos de la moratoria de alojamientos turísticos alegados por el Ayuntamiento de Madrid están la congestión en algunas zonas de la ciudad, que dificulta la convivencia entre residentes y turistas, el impacto sobre la habitabilidad de los edificios y la utilización del espacio público, y la incidencia en el precio de la vivienda.

Así, ambas técnicas deben ajustarse a los principios de intervención administrativa anteriormente expuestos, y en especial al de proporcionalidad, y para valorar la proporcionalidad de la suspensión de licencias y, por ende, de las resoluciones dictadas a los interesados por las que se interrumpen sus procedimientos, debería tenerse en cuenta la posibilidad de limitar el carácter absoluto de la restricción impuesta, atendiendo a circunstancias que tuvieran un impacto menos restrictivo sobre los operadores económicos, como su du-

46. Sobre la suspensión del otorgamiento de licencias puede consultarse la «Nota sobre la suspensión de la tramitación de las licencias de alojamientos turísticos por parte del Ayuntamiento de Barcelona» de la ACCO, y los informes sobre la Ordenanza y modificación del Plan urbanístico de las ciudades de San Sebastián y Bilbao, respectivamente (Proyecto LEA/AVC n.º 250-PROM-2017 y Proyecto LEA/AVC n.º 251-PROM-2017 de la AVC).

47. Disponible en <https://transparencia.madrid.es/portales/transparencia/es/Medio-ambiente-y-urbanismo/Urbanismo/Planeamiento-urbanistico/Plan-Especial-de-regulacion-del-uso-de-servicios-terciarios-en-la-clase-de-hospedaje/?vgnextfmt=default&vgnextoid=b71cbc8d3c9f4610VgnVCM1000001d4a900aRCRD&vgnextchannel=eae9508929a-56510VgnVCM1000008a4a900aRCRD>

El citado acuerdo fue prorrogado el 31 de enero de 2019 por otro año, pero tras la aprobación definitiva, ya indicada anteriormente, de 27 de marzo de este año, se levantó, siendo aplicable el planeamiento especial ya vigente.

ración, una limitación más ajustada del ámbito territorial de aplicación, las distintas tipologías de los establecimientos, o la posibilidad de efectuar nuevas aperturas en sustitución de los posibles cierres que pudieran tener lugar durante la suspensión.

Para la CNMC, el establecimiento de una moratoria no es una solución óptima desde el punto de vista económico, pero debemos recordar que desde el punto de vista jurídico-administrativo es una técnica tradicional y obligatoria por seguridad jurídica para evitar conflictos e indemnizaciones innecesarias, ante un inminente cambio de ordenación.

Pero esa opinión, desde un punto de vista económico, debe contestarse desde un punto de vista jurídico-urbanístico (técnica de suspensión de otorgamiento de licencias), y así, por ejemplo, se ha de recordar que el artículo 70.4 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM), prevé, a los efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación de todo tipo de instrumentos de planeamiento urbanístico y de sus modificaciones o revisiones, e incluso en la fase de avance de planeamiento, la posibilidad de suspender la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades. En todo caso, la aprobación inicial de un proyecto de Plan de Ordenación Urbanística o de su modificación o revisión comportará dicha suspensión. El período de vigencia total, continua o discontinua, de la medida cautelar de suspensión con motivo de un mismo procedimiento de aprobación de un Plan de Ordenación Urbanística, o de su modificación o revisión, no podrá exceder de un año ampliable otro año cuando dentro de aquel se hubiere completado el período de información pública.

Esta capacidad⁴⁸ ha sido ratificada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo (así, la STS 2536/2016, de 30 de noviembre de 2016 –ponente: Fernández Valverde–), y tiene regulaciones similares en los países de nuestro entorno, como en el derecho francés, con la figura de la «sursis à statuer», y más tarde el derecho italiano, con las «misura di salvaguardia»; ambas figuras de carácter cautelar, encaminadas a proteger la efectividad de los planes urbanísticos en fase de elaboración, van a servir de antecedentes jurídicos de la figura de la suspensión del otorgamiento de las licencias urbanísticas, introducida en la legislación española por la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

De hecho, y al margen de las determinaciones autonómicas, esta figura es obligatoria de forma directa en Ceuta y Melilla (y supletoria en el resto del territorio nacional), puesto que el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen

48. Al respecto *vid.* FERNANDO PABLO, M. (1987): *Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas*, Montecorvo, Madrid.

del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, supuso igualmente una relación de continuidad que prácticamente reproduciría ahora en su artículo 27 lo dispuesto en la Ley 19/1975, en su artículo 22, introduciendo un único cambio relevante, que no es otro que el que la aprobación inicial determinaría por sí sola la suspensión, como efecto legal e inmediato conectado a la propia aprobación, en aquellas zonas del territorio objeto de planeamiento cuyas nuevas determinaciones supusieron modificación del régimen urbanístico anterior.

Igualmente es aplicable, desde su resurrección por la STC 61/1997, el Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana; fue la primera norma constitucional que reguló la figura de la suspensión de las licencias urbanísticas, y perfeccionó el régimen jurídico de la figura, manteniendo las modalidades de suspensión automática y facultativa y continuando el proceso de ampliación de los ámbitos objetivos de la figura iniciado con el TRLSOU/76; así, los instrumentos de planeamiento que habilitarían el ejercicio de la potestad de suspensión serían los planes generales municipales, las normas subsidiarias de planeamiento municipal, los planes parciales, los planes especiales y los estudios de detalle, y las licencias que podrían ser objeto de suspensión son las ya tradicionales licencias de edificación y parcelación de terrenos, y se añadirían las licencias de demolición.

En relación con la moratoria en la concesión de licencias de alojamientos turísticos en Barcelona, la ACCO⁴⁹ considera que establece una barrera de entrada en el mercado de carácter insalvable para nuevos operadores y una reducción de la presión competitiva para los incumbentes. Esto se traduce en efectos negativos en el bienestar de los consumidores y usuarios en términos de variedad y calidad de la oferta, de innovación y de políticas de precios.

Debe recordarse que algunas normas autonómicas restringen la actividad de las viviendas de uso turístico a determinadas zonas predeterminadas administrativamente. Esta medida protege a los operadores turísticos ya establecidos de la presión competitiva que genera la mayor oferta y variedad de viviendas turísticas, y crea barreras geográficas dentro del mercado local y regional, en perjuicio de consumidores y usuarios. La localización geográfica es una variable fundamental en el mercado de alojamiento turístico, y los operadores tienen incentivos a concentrarse en determinadas zonas, más atractivas para la demanda por sus servicios y centros de ocio, o por estar cerca de

49. <https://atc.gencat.cat/es/agencia/noticies/detall-noticia/20170922-ieet>. «Nota sobre la suspensión de la tramitación de las licencias de alojamientos turísticos por parte del Ayuntamiento de Barcelona», p. 2.

paisajes naturales o centros culturales-históricos, o por una combinación de estos. Por ejemplo, la normativa vigente en la Comunidad de Madrid considera que la cesión de la vivienda para uso turístico es incompatible con su uso residencial. En particular, el artículo 6 del Decreto de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico de esta Comunidad determina que las viviendas de uso turístico no podrán utilizarse como residencia permanente, ni con cualquiera otra finalidad distinta del uso turístico, lo que supone una prohibición explícita de la utilización de las viviendas habituales para uso turístico.

5.3

El planeamiento general y especial

Tal y como apunta RAMOS BENJUMEA⁵⁰, la regulación urbanística de los apartamentos turísticos en las ordenanzas de los instrumentos de planeamiento urbano debe limitarse a prever las zonas en que se permita su implantación, siempre en justa correspondencia con el principio de proporcionalidad en relación con otras actividades económicas análogas como es la actividad hotelera; aun así, en dichas ordenanzas urbanísticas se podrán regular determinadas condiciones de implantación, tales como la equiparación de la edificabilidad de este uso a la residencial o a la terciaria a efectos de previsión de dotaciones, la equiparación de unidades de apartamentos turísticos a unidades residenciales a efectos del cómputo de la densidad máxima de viviendas por zonas, previsión de implantación como uso compatible o complementario con otros característicos hasta un porcentaje determinado, superficie mínima edificable de la unidad de este uso, entre otras.

Pero está permitido al planificador urbanístico regular las condiciones de implantación y desarrollo de la actividad, una vez autorizado su uso, como es el caso de la regulación del uso turístico por habitaciones o por unidades completas, o las condiciones técnicas edificatorias o de publicidad del uso de apartamento turístico, por cuanto dicha regulación es de competencia autonómica, que excede de la potestad de planeamiento municipal, y además estas medidas inciden en el principio de libre circulación de servicios.

El Plan Especial Urbanístico de Alojamientos Turísticos (PEUAT) de Barcelona condiciona la implantación de nuevos establecimientos de alojamiento turístico en determinadas zonas a que estos guarden una distancia mínima entre sí, distancia que en determinadas zonas aumenta con el número de plazas de alojamiento y que en algunos casos es lineal y en otros es radial.

50. RAMOS BENJUMEA, M.^a C. (2018): «Apartamentos turísticos y la planificación urbanística», *Actualidad Administrativa*, n.º 5.

Por su parte, el Plan Especial de Protección y Reforma Interior (PEPRI) del Casco Antiguo de Pamplona contempla la concesión de licencias para edificios que se dediquen exclusivamente a uso turístico, según un sistema de distancias.

Diferentes municipios como Barcelona, Bilbao o San Sebastián han modificado sus planes de ordenación urbana para incorporar restricciones a la implantación de viviendas turísticas en determinadas zonas de la ciudad (zonificación), y otros, como Madrid, Pamplona, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca, tienen previsto hacerlo en el corto plazo. En algunos casos, se prohíbe la implantación de nuevas viviendas de uso turístico, y en otros, se limita su número, estableciendo distancias mínimas entre alojamientos o número máximo de viviendas.

El motivo alegado en las distintas regulaciones de esta restricción es, por un lado, paliar problemas de congestión y externalidades negativas (ruidos, contaminación, problemas de convivencia) que generarían los alojamientos turísticos sobre los residentes de estas zonas, y, por otro, mitigar el efecto que la proliferación de VUT tendría sobre el precio del alquiler de viviendas de largo plazo.

Concretamente, Bilbao introduce el «uso de alojamiento turístico» para regular las viviendas de uso turístico, y Pamplona⁵¹ propone incluir los apartamentos turísticos dentro de la categoría «uso eventual residencial», categoría que engloba a todos los locales que ofertan alojamiento turístico.

A veces se pretende un uso exclusivamente residencial (estableciendo la obligación de contar con un acceso independiente al edificio para las primeras). Además, se imponen restricciones con el objetivo de limitar el número de viviendas de uso turístico dentro de un mismo edificio, estableciendo la superficie máxima que deben ocupar las viviendas de uso turístico en un edificio o su número máximo dependiendo del número de plantas del mismo.

En relación con el posible fallo de mercado o razón imperiosa de interés general para la regulación del uso turístico de las viviendas, no se aprecia que dichas viviendas generen externalidades por usos incompatibles, por lo que su regulación a través del planeamiento urbanístico no sería necesaria. Los problemas de convivencia dentro de un mismo edificio, señalados en la exposición de motivos de los planes urbanísticos, no son exclusivos del uso

51. De acuerdo con la nota de prensa del Ayuntamiento de Pamplona, en la que se anuncia la modificación del Plan General Municipal de Pamplona y del Plan Especial de Protección y Reforma Interior (PEPRI) del Casco Viejo, entre julio y noviembre de 2017, el número de apartamentos turísticos reglados en Pamplona se ha incrementado en un 50 %, pasando de 99 a 149, según un estudio realizado por la consultora Meridiano Zero para el Ayuntamiento.

turístico de estas viviendas, y también existen en viviendas con un uso exclusivamente residencial, tal y como resalta la doctrina⁵².

Por otra parte, los planes urbanísticos regulan la cesión parcial de la vivienda (es decir, el alquiler de habitaciones en viviendas de particulares) para uso turístico de forma diferente a la cesión total de la vivienda, considerando la cesión parcial de esta como uso residencial. Esta clasificación de usos según el tipo de cesión de la vivienda puede llegar a considerarse arbitraria y no se motiva adecuadamente.

Además existe una heterogeneidad en las regulaciones, incluso en municipios cercanos, y así Bilbao considera que el alquiler de habitaciones en viviendas particulares para uso turístico se asimila a todos los efectos al Uso Residencial, mientras que San Sebastián requiere que la vivienda sea la vivienda habitual del propietario para considerar la asimilación a este uso.

Para que la cesión parcial de la vivienda se considere uso residencial, implica que esta puede realizarse sin las restricciones impuestas a la cesión total (por ejemplo, las habitaciones pueden situarse en viviendas de altura superior a la primera planta y no se les requiere acceso independiente), lo que es inconsistente con los argumentos utilizados para restringir la cesión total de la vivienda para su uso turístico. Si el motivo de las restricciones impuestas sobre la cesión total de una vivienda para su uso turístico en el planeamiento urbano es la existencia de incompatibilidad entre los usos residencial y turístico dentro del mismo edificio, no se alcanza a entender por qué dicha incompatibilidad no existe dentro de una misma vivienda, cuando la finalidad de la cesión parcial de la misma (al igual que de la cesión total) es el alojamiento turístico.

5.4

Requisitos técnicos y equipamientos mínimos de las viviendas de uso turístico

En ocasiones, bajo la justificación de requisitos técnicos y equipamientos mínimos para garantizar la habitabilidad en la vivienda o una calidad considerada suficiente o recomendable desde la Administración, la normativa autonómica recoge un conjunto de requisitos que incrementan los costes administrativos, de acceso y de ejercicio de la actividad, lo cual es muy discutible que pueda abordarse desde el aspecto del planeamiento urbanístico. Por ejem-

52. RAMOS BENJUMEA, M.^a C. (2018), *op. cit.*; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2018): «El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 765.

plo, distintas normativas requieren equipamiento completo de la vivienda o, incluso, requisitos más específicos (medidas de la cama, puntos de luz, tipo de perchas, etc.), que implican un incremento innecesario en los costes para los propietarios de las viviendas. Otro grupo de requisitos vinculado a los equipamientos son las dimensiones mínimas de las estancias, que se erigen en requisitos de imposible cumplimiento en numerosas viviendas y tienen como efecto excluir del mercado a buena parte de la oferta.

Distintas normativas autonómicas recogen la obligación de colocar una placa identificativa en el exterior de la vivienda, indicando que las viviendas se destinan a esta actividad, o, por ejemplo, la obligación de habilitar sistemas de refrigeración y calefacción fijos en las habitaciones y salones, con capacidad para mantener la vivienda a 19 grados⁵³.

El establecimiento de características mínimas de un alojamiento, tales como persianas en las ventanas, climatización, servicio wifi, limpieza en la casa, servicio de guía turístico, etc., puede ser un elemento demandado o valorado positivamente por parte de un conjunto de usuarios. Aunque algunas regulaciones podían resultar necesarias, en numerosas ocasiones dichas regulaciones no resultaban proporcionadas.

En ningún caso deberían constituir este tipo de servicios de valor añadido una obligación para su puesta a disposición en las plataformas, en alquiler o intercambio, de la misma manera que no son exigibles para la residencia permanente. Recientemente se ha detectado el establecimiento de una superficie mínima, tanto para el alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico como para la cesión de la vivienda completa para uso turístico.

La Ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián⁵⁴ determina que en ningún caso la vivienda que se dedique a uso turístico podrá tener una superficie útil menor de 35 m². Por su parte, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía⁵⁵ señala que imponer el cumplimiento de determinados requisitos en la prestación del

53. Informe N 06/14, sobre el Proyecto de Decreto de las Viviendas de Uso Turístico de Andalucía.

54. Disponible en https://www.donostia.eus/info/ciudadano/urbanismo_planos.nsf/fwCategoria?ReadForm&idioma=cas&id=A423010377686&cat=Ordenanza%20reguladora%20del%20uso%20urban%C3%ADstico%20de%20vivienda%20tur%C3%ADstica%20y%20alquiler%20de%20habitaciones%20en%20vivienda%20habitual%20para%20uso%20tur%C3%ADstico

55. <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/economiahaciendayadministracionpublica/consejeria/adscritos/adca/estructura/organos-colegiados/59923.html>

servicio, semejantes a los exigidos para apartamentos turísticos y establecimientos hoteleros, puede beneficiar a los operadores que compiten en el mercado desarrollando su actividad turística de manera permanente y habitual, mientras que, para los que la ejercen temporalmente, estos requisitos pueden resultar desproporcionados.

5.5

Cambio de dotaciones por alteración de usos

Lo que es una evidencia es que si se produce un cambio de usos desde el residencial a un terciario de hospedaje se exigirá un mayor número de dotaciones para contener residuos urbanos, plazas de garaje, etc., aunque esto es opinable, dado que no se genera un mayor volumen edificatorio y no existe una previsión al respecto, al menos en el supletorio TRLSOU/76.

6

La zonificación en usos y el planeamiento. Singularidades

El planeamiento urbanístico es la principal fuente normativa de las entidades locales; es tan importante que se caracteriza por un procedimiento de aprobación bifásico, que en la aprobación definitiva supone la aprobación por parte de las respectivas comunidades autónomas, al menos en las principales figuras del planeamiento.

Dentro de las diferentes figuras del planeamiento, los planes generales de ordenación urbana (o denominación equivalente otorgada por la legislación autonómica) estipulan la división de todo el término municipal en clases de suelo (rústico, urbanizable y no urbanizable), y a su vez la calificación de estos en usos permitidos.

La regulación de esta obligación se recoge en el supletorio Reglamento estatal de planeamiento, aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio⁵⁶. Así, la calificación del suelo supone la atribución a cada parcela en suelo urbano, y, por zonas, en el suelo urbanizable y no urbanizable, de una

56. Que establece en su artículo 25.1 que «Los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio se establecerán por el Plan General teniendo en cuenta el modelo de desarrollo urbano adoptado, definiendo: a) La asignación a las diferentes zonas de los correspondientes usos globales cuya implantación se prevea, y la intensidad de los mismos». Esto se complementa por el art. 29.1, que a su vez indica: «En suelo urbano, los Planes Generales contendrán, además de las determinaciones de carácter general, las siguientes: (...) c) Asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas, definiendo de forma detallada la específica utilización de los terrenos incluidos en cada una de ellas».

tipología permitida, actuando aquí el planeamiento como norma reglamentaria de desarrollo de la Ley para configurar para cada inmueble su estatuto y posibilidades de uso; o, como indica ARANA GARCÍA⁵⁷, la calificación del suelo supone la atribución a cada suelo de un concreto y específico uso e intensidad que, por tanto, condicionará absolutamente el destino y valor de cada propiedad inmobiliaria.

No hay limitaciones⁵⁸ respecto al tipo de usos, pudiendo el planificador municipal crear los que considere necesarios (dentro del suelo urbano, por ejemplo, tendríamos el uso residencial, el industrial, el terciario, zona verde, etc.).

La clasificación y calificación del suelo son dos de las principales funciones que tiene que cumplir el planeamiento municipal general (sin perjuicio de las especificaciones que apuntaremos sobre el de desarrollo) y que conectan de forma necesaria y esencial la función pública de planeamiento con el derecho de propiedad del suelo. De ellas dependerá, por tanto, la estructura de crecimiento de la ciudad, y, por otro lado, la configuración de los derechos de los propietarios del suelo.

Esta circunstancia tiene su origen teórico en la concepción estatutaria de la propiedad del suelo, que, en virtud de la función social de este, fijada por la legislación urbanística por desarrollo del precepto del art. 33 de la Constitución, supone el ejercicio del derecho en los términos del planeamiento, al cual remite la legislación urbanística para la asignación concreta de usos y

57. ARANA GARCÍA, E. (2018): «La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias», *REALA. Nueva Época*, n.º 10.

58. No obstante, para la CNMC las restricciones de acceso al mercado basadas en la localización de la vivienda, según la calificación urbanística del suelo en el que se ubique la misma, tienen el efecto negativo mencionado anteriormente. En el mercado del suelo, pueden existir determinados tipos de fallos de mercado, generalmente vinculados a externalidades por usos incompatibles del suelo, que conduzcan a un tamaño excesivo de una ciudad, o a la provisión de bienes públicos. Es decir, la zonificación por usos propia del planeamiento español estaría vinculada a la existencia de una externalidad por uso incompatible, que tendría lugar si, por ejemplo, una fábrica que emite contaminación se instala al lado de un parque muy concurrido. Como consecuencia del efecto que dicho nivel de contaminación puede producir en la población cercana, tradicionalmente se ha considerado que está justificado mantener una cierta distancia entre la actividad contaminante y las zonas residenciales. Sin embargo, cabe señalar que una vivienda de uso turístico es un alojamiento destinado a un uso residencial, sin perjuicio de que la vivienda, o una parte de ella, pueda ser objeto de una cesión temporal. Por tanto, por su propia naturaleza, la cesión de viviendas de uso turístico debe ser compatible con el uso residencial de la vivienda.

topologías admisibles para la edificación y/o explotación de cada parcela del territorio nacional.

Tal y como recuerda ARANA GARCÍA⁵⁹, una de las cuestiones más importantes que se plantea respecto a la zonificación como técnica regulatoria y de control del alojamiento turístico es si esta se puede considerar una medida que limita la libertad de prestación de servicios como libertad fundamental en la Unión Europea, y, por tanto, podría considerarse contraria a la Directiva 123/2006, de 12 diciembre, de Servicios. Evidentemente, aunque estemos ante una medida regulatoria de carácter urbanístico y no de la actividad turística en sí, las decisiones que se adopten en el ámbito urbanístico condicionan definitivamente la propia actividad. Contamos ya con varios pronunciamientos judiciales que han tratado este tema y han intentado aclarar la situación. El citado autor apunta una sentencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 30 de enero de 2018. En este asunto se analizaba, además de otras cuestiones que ahora no nos interesan, la compatibilidad con el derecho de la Unión de una medida urbanística de un ayuntamiento de los Países Bajos (Appingedam) consistente en prohibir que el comercio minorista de zapato y calzado se ubicara fuera del centro de la ciudad.

Ahora bien, la zonificación por usos del territorio municipal no debe implicar la necesaria incompatibilidad absoluta de usos que por su naturaleza puedan convivir, pero sí la de usos que puedan ser claramente alternativos o que no puedan integrarse en la trama urbana ordinaria, y así los de carácter industrial remitidos a los polígonos de este tipo de uso.

La complementariedad de usos es por tanto una herramienta muy utilizada por los planificadores municipales para, precisamente, evitar la excesiva rigidez de la planificación urbanística. El establecimiento de usos complementarios pretende evitar la excesiva especialización de uso y la segregación funcional de la ciudad.

El principio básico que subyace a la implantación de usos complementarios es el de evitar zonas estancas monofuncionales en la ciudad, buscando la mezcla o interrelación de destinos urbanísticos que se desarrollen en la misma, compatible con una concepción europea de «ciudad compacta»⁶⁰ como modelo de ciudad más sostenible ambientalmente, en el que no existen núcleos de población aislados y sí usos del suelo complejos y superpuestos en las mismas zonas, prestándose los servicios de forma cercana.

59. ARANA GARCIA, E., *op. cit.*, p. 7.

60. Al respecto de este concepto por el que optó nuestro legislador desde la exposición de motivos de la Ley estatal 8/2007, *vid.* AMENÓS ÁLAMO J. (2016): «Reflexiones críticas sobre el mito de la ciudad compacta», *Revista de urbanismo y edificación*, n.º 37, pp. 23-56.

Veamos dónde está la diferencia entre uno y otro uso; esto es, entre el uso residencial-vivienda y el uso terciario-hotelerero.

A ese respecto, lo primero que hay que señalar es que a efectos de tipificar urbanísticamente las viviendas para uso turístico, esto es, de determinar ante qué tipo de uso urbanístico nos encontramos, prevalece la normativa urbanística sobre la normativa sectorial. Así lo indica la Sentencia 513/2013 del TSJ de Madrid, de 17 de abril de 2013, que, tras exponer la normativa urbanística aplicable en Madrid, señala cómo la estabilidad y permanencia son condiciones *sine qua non* para que pueda calificarse el uso como residencial.

A la estabilidad y permanencia se contraponen la transitoriedad y ocasionalidad propia del uso turístico, y es que en el uso turístico de una vivienda no hay estabilidad y permanencia, sino transitoriedad y ocasionalidad: son alojamientos por días. De ahí que ese uso turístico se califique como uso terciario —ver la sentencia del TSJ de Madrid citada, así como la del JCA n.º 1 de Donostia/San Sebastián; en este último supuesto, el PGOU⁶¹ realiza una completa sistematización y regulación de los usos urbanísticos, y contiene determinaciones para los supuestos en que aparezcan usos no previstos—.

Así, en opinión de ATXUKARRO⁶², una vivienda que se destina al uso turístico sale del mercado de la vivienda; y eso tiene indudablemente efectos urbanísticos. El uso de vivienda desaparece y se deja de dar satisfacción a las necesidades de vivienda, por lo que habrá que dar respuesta a esas necesidades en otras localizaciones, y por tanto se corre el riesgo de que las zonas de mayor atractivo turístico se transformen en zonas de uso exclusivamente turístico, cuando hay un mandato a los poderes públicos, en aplicación del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, de propiciar la denominada Ciudad Compacta, en la que ha de fomentarse la diversidad de usos.

Finalmente, en las edificaciones plurifamiliares, el uso turístico de las viviendas puede plantear problemas de compatibilidad con el uso de vivienda

61. En concreto, en el párrafo segundo del art. 8.4 de sus NN. UU., dice: «El Ayuntamiento podrá tipificar y tratar los usos no incluidos de forma expresa en ese contexto por la analogía de sus efectos urbanísticos con los de otros usos reseñados». El uso turístico de las viviendas no es un uso previsto por el PGOU. Ahora bien, en aplicación de lo dispuesto en las Normas Urbanísticas Generales, el Ayuntamiento —como hemos visto se otorga al Ayuntamiento la potestad de tipificar los usos no previstos por la analogía de sus efectos urbanísticos con los de otros usos expresamente previstos— ha entendido que las viviendas para uso turístico son un uso asimilado al uso terciario-hotelerero y que, en consecuencia, le son de aplicación las limitaciones que las propias Normas Urbanísticas establecen para el cambio del uso residencial-vivienda al uso terciario-hotelerero.

62. ATXUKARRO ARRUBARRENA, I. (2017): «La regulación urbanística de las viviendas para uso turístico», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 12.

—puede mermar las condiciones de habitabilidad de las viviendas preexistentes; ver en ese sentido, entre otras muchas, las siguientes sentencias de la jurisdicción civil: AP Tarragona de 23 de mayo de 2002, AP Barcelona de 12 de julio de 2011, y AP Valencia de 20 de noviembre de 2013 y 25 de marzo de 2015—.

7

Conclusiones

Como ha podido comprobarse, el fenómeno del uso vacacional de viviendas es un hecho que ha venido para instalarse entre nosotros; es inevitable -no se puede poner puertas al campo-, al igual que otros fenómenos de plataformas colaborativas como el transporte (Uber y Cabify), por lo que en primer lugar se debe asumir el hecho, evitando intentos eliminadores (desde la legalidad) del fenómeno, puesto que las prohibiciones desde la Ley seca, cuando un fenómeno está extendido, solo generan economía sumergida.

Ahora bien, que exista no implica que campe por sus respetos sin control o regulación alguna, empezando con la lógica tributación que enlaza con los principios de igualdad y contribución general al sostenimiento de los gastos públicos de los artículos 14 y 31 de la Carta Magna, que con bastante retraso se pone en marcha desde enero de 2019.

Pero esta regulación no solo debe ser la tributaria, puesto que debe establecerse un marco de respeto de las normas de convivencia en las propiedades horizontales donde convivan residentes permanentes, con alojamientos turísticos de carácter temporal, para lo cual es urgente una implementación de la nueva redacción de la LPH, tras el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo.

No obstante, el núcleo de regulación es debido a la remisión de la LAU al régimen turístico, el de las condiciones de establecimiento y ejercicio de estas viviendas destinadas a usos turísticos, que corresponde a las comunidades autónomas.

Estas determinaciones no pueden recoger impedimentos que restrinjan o limiten la libre prestación de servicios, ni sistemas de control previo, por lo que el sometimiento a clasificación (registro autonómico) deja de ser constitutivo de la actividad turística y será reglado a posteriori.

En esta línea se ha manifestado la jurisprudencia, instada en buena parte por la CNMC, dado que las regulaciones administrativas no pueden limitar o eludir la libre competencia.

Cabe destacar la posibilidad, aún en discusión pero factible, de establecer equipamientos mínimos como aire acondicionado, etc., que lógicamente

se someterán a las potestades de inspección y sanción de las autoridades turísticas autonómicas, en los términos de sus respectivas legislaciones turísticas.

Pero realmente el mejor y más generalizado sistema de control es, por la elusión de la Directiva Bolkenstein, el urbanístico, que permite, mediante la inclusión en los diferentes PGOU (más discutible en lo referido a los planes especiales que regulen y desarrollen usos no previstos por el planeamiento general) de un régimen de usos y su control, una zonificación y obligaciones con respecto a las dotaciones, entre otras cuestiones, la regulación del fenómeno.

En este ámbito tienen un papel cardinal las diferentes entidades locales, ya sea como impulsoras (ayuntamientos) o como cooperantes (diputaciones, consells y cabildos).

8 Bibliografía

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA (2011): «Informe N 02/11, sobre el Anteproyecto de Ley del Turismo de Andalucía»; (2014): «Informe N 04/14, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía»; (2014): «Informe N 06/14, sobre el Proyecto de Decreto de las Viviendas de Uso Turístico»; (2015): «Informe N 11/2015, sobre el Proyecto de Decreto de las viviendas con fines turísticos y de modificación de diversos decretos en materia de turismo».

ÁLAMO CERRILLO, R. (2018): «Viviendas turísticas: fiscalidad, fraude e intercambio de información», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n.º 43.

ALCOVER POVO, M. (2018): «Aspectos contencioso-administrativos», en FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (coords.): *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*, Bosch, Madrid.

AMENÓS ÁLAMO, J. (2016): «Reflexiones críticas sobre el mito de la ciudad compacta», *Revista de urbanismo y edificación*, n.º 37.

ARANA GARCÍA, E. (2018): «La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias», *REALA. Nueva Época*, n.º 10.

ATXUKARRO ARRUBARRENA, I. (2017): «La regulación urbanística de las viviendas para uso turístico», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 12.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA (2015): Informe al Anteproyecto de Ley de Turismo de Euskadi; (2017): Proyecto LEA/AVC n.º 250-PROM-2017 - Informe sobre la Ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián; (2017): Proyecto LEA/AVC n.º 251-PROM-2017 - Informe sobre la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico; (2018): Proyecto LEA/AVC n.º 269-NORM-2018 - Informe sobre el Proyecto de Decreto de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA (2014): «Transacciones entre iguales (P2P) y competencia»; (2015): OB 20/2015 - Nota sobre la suspensión de la tramitación de las licencias de alojamientos turísticos por parte del Ayuntamiento de Barcelona; (2015): IR 22/2015 - Informe de Regulación sobre el Proyecto de decreto de reglamento de turismo de Cataluña; (2016): «Una regulación dinámica en el ámbito del alojamiento turístico»; (2016): «Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante»; (2016): IR 24/2016 - Informe de Regulación sobre el Proyecto de decreto de reglamento de turismo de Cataluña (versión agosto 2016); (2016): OB 26/2016 – Nota sobre la aprobación inicial del Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) de Barcelona; (2016): OB 31/2016 - Nota sobre alternativa regulatoria sugerida por la ACCO a las restricciones que establecía inicialmente el PEUAT; (2017): OB 33/2017 - Nota sobre la aprobación definitiva del Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) de Barcelona».

BALAGUER, J. y PERNÍAS, J. C. (2013): «Relationship between spatial agglomeration and hotel prices. Evidence from business and tourism consumers», *Tourism Management*, 36, pp. 391-400.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2018): «Intervención administrativa en la vivienda turística vacacional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 189, enero-marzo 2018, pp. 313-346.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2018): «Planeamiento urbanístico y turismo. A propósito de la zonificación del alquiler turístico», *Práctica Urbanística*, n.º 152.

COBOS, S., MALLO, M. y SILVESTRE, X. (2017): «Aspectos urbanísticos y administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación urbanística y procedimientos de intervención. Referencia a su regulación en las

diferentes comunidades autónomas», en FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (coords.): *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*, Bosch, Madrid.

COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (2015): «Informe CDC PROM 14/2015 sobre actuación del Ayuntamiento de Valencia y de la Secretaría Autonómica de Turismo (Dirección General de Turismo de la actual Presidencia de la Generalitat) en relación con las viviendas de uso turístico».

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. CNMC (2015): «IPN/CNMC/007/15: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón»; (2016): «Resultados preliminares. E/CNMC/004/15 Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa».

CUSCÓ PUIGDELLÍVOL, E. y FONT GAROLERA, J. (2015): «Nuevas formas de alojamiento turístico: comercialización, localización y regulación de las “viviendas de uso turístico” en Cataluña», *Biblio3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XX, n.º 1134.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017): «La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 11.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017): «La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC», en MONTERO PASCUAL, J. J. (dir.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015): «La regulación de la economía colaborativa (El caso “Uber contra el taxi”)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 175-176.

ENCARNACIÓN, A. M.^a DE LA (2018): «El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», en VANDELLI, L. y FONT I LLOVET, T. (dirs.): *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcelona.

ENCARNACIÓN, A. M.^a DE LA (2016): «El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *REALA. Nueva Época*, n.º 5.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. (2018): «Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa», *La Ley mercantil*, n.º 48, junio 2018.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2003): «El Régimen Jurídico del municipio turístico en Andalucía: El Derecho a la carta», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 52.

FERNANDO PABLO, M. (1987): *Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas*, Montecorvo, Madrid.

FLEXAS MEJÍAS, J. G.: «Alojamientos Turísticos en Viviendas de Alquiler (España)», Memoria del Trabajo de Fin de Grado, curso 2015-2016, visitable en http://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/3193/Flexas_Mejias_Juan_Guillermo.pdf?sequence=1

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018): «La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios», *Diario La Ley*, n.º 9234, 9 de julio de 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2017): *Curso de derecho administrativo I*, pp. 477 a 487, Civitas - Thomson Reuters, 18.ª ed.

GARCÍA RUBIO, F. (2016): «Capítulo IV. Normativa específica para ciertos contratos con consumidores: 5. El contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», en LEÓN ARCE, A. DE (dir.): *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, vol. 1 (Derechos de los consumidores y usuarios [Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios]. Tomo I).

GARCÍA RUBIO, F. (2018): «La coordinación y la cooperación territorial. El marco de referencia supramunicipal de las políticas urbanas», en ALONSO IBÁÑEZ, R. (coord.): *Retos del desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2012): «El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 3.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M. (2017): «La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julio-diciembre 2017.

GONZÁLEZ-DELEITO, N. (2018): «El posicionamiento de la CNMC frente a la regulación de las viviendas turísticas», *Actualidad Administrativa*, n.º 10.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2018): «El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 765.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.) (2016): *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos - Wolters Kluwer.

GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015): «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46.

HERRERO SUÁREZ, C. (2017): «Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julio-diciembre 2017.

ÍÑIGUEZ ORTEGA, P. (2013): «Derecho de contratos. La configuración del régimen del derecho de aprovechamiento por turno turístico a tenor de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias», en AA. VV., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia.

JIMÉNEZ SOTO, I. (2018): «Ordenación de los servicios turísticos: competencias administrativas y unidad de mercado», en VANDELLI, L. y FONT I LLOVET, T. (dirs.): *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcelona.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2017): «Economía colaborativa y alojamiento», en MONTERO PASCUAL, J. J. (dir.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARZAL RAGA, R. (2018): «Unidad de mercado y clasificación hotelera», en VANDELLI, L. y FONT I LLOVET, T. (dirs.), *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcelona.

MELGOSA ARCOS, J. (2004): *Derecho y turismo*, Universidad de Salamanca.

MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2018): «La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa», *La Ley mercantil*, n.º 50, septiembre 2018.

MONTOYA MARTÍN, E. y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a Á. (2018): «El régimen administrativo de las viviendas de uso turístico: la inspección y el régimen sancionador», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Editorial Reus.

MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L. (2018): «Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico. Los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *op. cit.*

MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a Á. (2018): «La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Editorial Reus.

PÉREZ GUERRA, R. (coord.) (2006): *Derecho de las actividades turísticas*, Editorial Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona.

PÉREZ RIVARÉS, J. A. (2012): «La Regulación catalana del *timeshare* tras la Ley estatal 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Reflexiones en vísperas de la promulgación del futuro Libro sexto del Código Civil de Cataluña, sobre obligaciones y contratos», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 6, octubre 2012.

PÉREZ RIVARÉS, J. A. y VIGUER PONT, J. (2008): «Algunas consideraciones prácticas al hilo de la nueva ley catalana del derecho a la vivienda: su incidencia en la actividad ordinaria del promotor inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 6942.

RAMOS BENJUMEA, M.^a C. (2018): «Apartamentos turísticos y la planificación urbanística», *Actualidad Administrativa*, n.º 5.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.^a L. (2017): «¿Matando a la gallina de los huevos de oro?: Algunos apuntes sobre la nueva regulación de las viviendas de uso turístico (especial referencia al caso andaluz)», *Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR)*, vol. 1, n.º 2.

RODRÍGUEZ ALONSO, R. (2005): «Infrautilización del parque de viviendas en España: aparición de viviendas vacías y secundarias», *Boletín CF+S*, n.º 29-30.

RODRÍGUEZ FONT, M. (2017): «Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, pp. 409-444.

RODRÍGUEZ FONT, M. (2016): «La regulació de l'allotjament col·laboratiu a Catalunya: anàlisi de les propostes de l'Autoritat Catalana de la Competència», *Revista catalana de dret públic*, n.º 53.

ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2018): «Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona», *REALA. Nueva Época*, n.º 10.

ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2017): «Los poderes públicos ante el fenómeno de las viviendas particulares dedicadas al uso turístico y la irrupción de la denominada “economía colaborativa” en este sector: una aproximación a la posición de la Unión Europea, el legislador español y los ejecutivos autonómicos», en AA. VV., *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira-Fundación Democracia y Gobierno Local.

SÁNCHEZ JORDÁN, E. y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018): «La cesión de viviendas con fines turísticos: Concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *op. cit.*

SERRANO CASTRO, M.^a D. (2014): «Alojamientos privados convertidos en turísticos, redes sociales y aplicaciones que ponen en contacto a conductores... ¿Competencia desleal?», *Diario La Ley*, n.º 8444.

SOCÍAS CAMACHO, J. M.^a (2017): «Un problema actual de la vivienda: uso residencial “versus” uso turístico», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 317.

SOCIÁS CAMACHO, J. M.^a (2018): «Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio», *Revista de Administración Pública*, n.º 205.

TORRES BERNIER, E. (2003): «El turismo residenciado y sus efectos en los destinos turísticos», *Estudios Turísticos*, n.º 155-156.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2009): «El arrendamiento de temporada frente a las estancias turísticas en viviendas», *El Consultor Inmobiliario*, n.º 107.

VINUESA, J., RIVA, J. M.^a DE LA, y PALACIOS, A. J. (2008): *El fenómeno de las viviendas desocupadas*, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid.

Municipios en la encrucijada: la garantía de los servicios públicos «potestativos»

GABRIELE VESTRI¹

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz

1. Consideraciones preliminares necesarias
2. El municipio intervencionista
3. Reflexiones sobre la Ley 7/1985, de 2 de abril, vs. la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en materia de servicios
4. La posición del Tribunal Constitucional. Especial énfasis en la STC 41/2016, de 3 de marzo
5. Servicios públicos municipales obligatorios, susceptibles de ser obligatorios y potestativos
6. El papel de los servicios públicos potestativos
7. A modo de conclusión
8. Bibliografía
9. Tablas y esquemas

Resumen

Este trabajo ha intentado indagar acerca del papel que en la actualidad desempeñan los municipios en materia de prestación de los servicios públicos. Se trata de comprobar, principalmente, la tipología de los servicios que prestan las corporaciones municipales. Esta tarea, aparentemente sencilla debido a la reglamentación normativa puntual, en realidad conlleva cierta dificultad. Principalmente por dos razones: la primera, inherente a los tipos de servicios pres-

Artículo recibido el 12/11/2018; aceptado el 07/04/2019.

1. Gabriele Vestri es profesor ayudante doctor de Derecho Administrativo (acreditado contratado doctor Aneca) de la Universidad de Cádiz. «Investigación desarrollada en el seno del Grupo de investigación SEJ582. “Administraciones públicas, libertades públicas y políticas sectoriales” de la Universidad de Cádiz».

tados, no solo obligatorios, expresados por el mismo art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), sino también, y en la visión de la investigación, susceptibles de ser obligatorios y potestativos; la segunda dificultad encuentra su razón en la actual Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que parece disminuir la autonomía municipal con la consecuente limitación de los servicios prestados. Evidentemente, por un lado, ha sido necesario establecer previamente un lenguaje común que sirviera de base para entender las cuestiones tratadas, y en segundo lugar, aunque brevemente, ha sido importante acercarnos al contexto histórico del municipio que finalmente ha caracterizado el municipalismo actual.

Palabras clave: *identitario; municipalismo; servicios públicos obligatorios; susceptibles de ser obligatorios; potestativos.*

Municipalities at a crossroads: the guarantee of facultative public services

Abstract

This article inquires about the current role played by municipalities in the provision of public services. The aim is to verify the typology of services provided by municipal corporations. This task, apparently simple due to the specific regulatory regulations, actually entails some difficulties. Mainly for two reasons: the first, inherent to the types of services provided, not only mandatory, expressed by art. 26 of Law 7/1985 of April 2, regulating the Bases of the Local Regime (LRBRL), but also, and from the investigation perspective, susceptible of being obligatory and facultative; the second difficulty finds its reason in the current Law 27/2013 of December 27, rationalization and sustainability of the Local Administration (LRSAL) which seems to diminish the municipal autonomy with the consequent limitation of the services rendered. Evidently, on the one hand it is necessary to previously establish a common language that would serve as a basis to understand the issues dealt with and, secondly, although briefly, it is important to approach the historical context of the municipality that has finally characterized current municipalism.

Keywords: identity; municipalism; obligatory public services; susceptible to be obligatory; facultative.

«El estado centralista ha sido la causa principal del fracaso de todos los Gobiernos españoles en lo que va de siglo»

Blas Infante Pérez de Vargas

Consideraciones preliminares necesarias

Previamente, para el tipo de investigación y para tener una base de partida más clara es necesario establecer un lenguaje común. Es útil identificar el concepto de servicio público, tarea más compleja de lo que parece.

DUGUIT definió, en el lejano 1911, el servicio público como «toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante»². Una definición finalmente parecida a la que ofrece GARRIDO FALLA: «servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial»³. Más articulada es la tesis que señalan VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRÍA y GARCÍA TREVIJANO FOS⁴: «actividad de prestación de bienes inmateriales (o servicios) con monopolio (exclusividad regalista) y con régimen de derecho público», diferenciándola de la gestión económica (o actividad industrial o dación de bienes de mercado), que caracterizan como «actividad de prestación de bienes materiales, en concurrencia y en régimen de derecho privado». Se trata entonces de una prestación que la Administración pública, en el ejercicio de sus competencias, directa o indirectamente, proporciona a favor de los administrados fundamentando su disciplina en el derecho público.

Ahora bien, en esta investigación, el concepto de servicio público «potestativo» se debe percibir según su significado literal. Se trata de un servicio público, de un servicio voluntario y no obligatorio que el municipio presta en respuesta a cierta discrecionalidad -y evidentemente límites- que tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, como

2. DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 2 volúmenes, Fontemoing, París, 1911.

3. GARRIDO FALLA, F., «El concepto de servicio público en derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 21.

4. VILLAR PALASÍ, J. L., «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, septiembre-diciembre 1950, págs. 63-65 y 71-73; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 17, mayo-agosto 1955, págs. 112-119; y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., «Aspectos de la Administración Económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12, septiembre-diciembre 1953, p. 67.

la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dejan entrever. En otras palabras, se trata de un servicio facultativo y prudencial que no teniendo cabida en el catálogo tasado de servicios mínimos obligatorios (artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) el municipio presta como respuesta a los requerimientos de la ciudadanía que administra, o como asunción de responsabilidad frente a su programa político y en el ejercicio de su competencia. Parece muy importante insistir en este dato.

Se trata de prestar aquellos servicios que el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ajusta en las competencias municipales y que se ubican al margen de los servicios establecidos como obligatorios por el artículo 26 de la misma Ley. Este antecedente resulta imprescindible y trascendental para toda la investigación. Algunos estudios identifican los gastos no obligatorios de los municipios entendiendo aquellos costes que el municipio mantiene para prestar ciertos servicios careciendo de competencia sobre los mismos, es decir, ligan la obligatoriedad o no de la prestación con la competencia *ratione materiae*⁵. En otros términos, se trata de gastos por servicios que se extralimitan de las competencias establecidas tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, como en las legislaciones autonómicas o generalmente supramunicipal.

La perspectiva de esta investigación es diferente y parte de una configuración determinante. En nuestra opinión, y estrictamente en ámbito municipal, las corporaciones tienen asignadas competencias dentro de las cuales no tienen una obligación sino una mera posibilidad de prestar el servicio. En cambio, legalmente, la norma -artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local- sí establece de manera tajante los servicios obligatorios que el municipio debe prestar⁶. Esta idea encuentra

5. *Vid.*, por ejemplo: TRÁNCHEZ, J. M., MARTÍN, J., FERNÁNDEZ DE BEAUMONT, I., ALONSO, D. y RODRÍGUEZ, Á., *Los gastos no obligatorios en los municipios de Madrid, Cataluña y Andalucía*, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, p. 5.

6. A título de ejemplo: el art. 26.1.c) de la LRBRL establece: «En los municipios con población superior a 20 000 habitantes, además (...): instalaciones deportivas (...)). Si acudimos al art. 25.2.1), la norma hace referencia a las instalaciones deportivas, pero también a la «promoción del deporte». El primer servicio es obligatorio; el segundo, en el seno de su competencia, es potestativo. En otras palabras, un municipio de más de 20 mil habitantes tiene la obligación de prever instalaciones deportivas, y solo potestativamente puede organizar eventos deportivos en el municipio. Siempre como mero ejemplo, el municipio no tiene la obligación, sino la facultad de organizar una feria, lonjas y comercio ambulante, ocupación del tiempo libre, promoción de la cultura y equipamientos culturales, promocionar en su tér-

cierto apoyo, tanto que algunas investigaciones apuntan a la «clasificación funcional de los gastos» y por ende de los servicios prestados como obligatorios o no obligatorios. En definitiva, determinan los servicios municipales en el seno de determinadas competencias y viceversa⁷.

Este trabajo, por lo tanto, se desenvuelve dentro de una línea de estudio principal: la posible garantía por parte de los municipios de aquellos servicios potestativos, facultativos que quizá desde la génesis del municipalismo moderno el municipio ha prestado y reconocido —porque están desarrollados legalmente dentro de sus competencias— y que hoy encuentran una difícil continuidad debido principalmente a las normas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que parecen invertir la tendencia descentralizadora⁸.

Como ya hemos mencionado, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local mantiene en este ámbito un papel fundamental, puesto que parece alterar el alcance de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local introduciendo el principio de «eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera»⁹. En otras palabras, los servicios potestativos se someten a una garantía financiera. Aquellos municipios virtuosos podrán seguir prestando los servicios, los demás deberán interrumpir la prestación para no incumplir con la norma. Se trata aparentemente de una sencilla regla que en realidad oculta un problema serio y de delicada gestión. Tanto es así que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad parcial de la norma, principalmente porque la sujeción de los servicios potestativos a la capacidad financiera

mino municipal la participación ciudadana (art. 25.2.i], l], m], ñ] de la LRBRL).

7. Entre otros: MAS, D., SALINAS, P. y VILALTA, M. (dir.), *El gasto no obligatorio de los municipios españoles. Ejercicio 2004-2007*, Institut d'Economia de Barcelona, Universitat de Barcelona, 2011, p. 11.

8. En este sentido, VÁZQUEZ PITA, J. M.^a, «Las competencias municipales y de las diputaciones provinciales», en RODRÍGUEZ-ARANA, J. y SARMIENTO ACOSTA, M., *Comentario a la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Cap. 2, Comares, 2014.

9. Artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modifica el apartado 1 del art. 2 de la Ley del Régimen Local. En este mismo sentido se expresa el Preámbulo de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, indicando en reiteradas ocasiones la necesidad de que las Administraciones locales se ciñan a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

parece mermar los principios constitucionales, previstos en los artículos 137 y 140, que reconocen la autonomía plena a los municipios.

Se trata entonces de un discurso que evidentemente debe tener en cuenta diferentes aspectos, algunos jurídico-administrativos y otros de la realidad política y económica contemporánea. Por un lado, es necesario el entendimiento de aquellos contextos que en ciertos periodos históricos han impulsado la prestación de servicios potestativos, creando un cierto asentamiento en la población, y por el otro, parece interesante considerar la actual política nacional de oposición y racionalización respecto a la voluntad municipal de seguir manteniendo los servicios voluntarios, que permiten responder a unas exigencias ciudadanas y que a la vez, por su trascendencia, otorgan cierta seguridad y continuidad política y de gobernanza municipal.

En definitiva, intentaremos ofrecer una breve respuesta a una realidad que soportan muchos municipios, tratando de abordar el tema de una forma imparcial y neutral, y sin olvidar el papel principal del municipio.

2

El municipio intervencionista

La prestación de ciertos servicios municipales se desarrolla en combinación con un papel bien definido que asume el municipio en un determinado territorio, más aún cuando la corporación tiene características de «intervencionista». En estas breves páginas, el concepto de intervencionista implica la actitud activa «del hacer» por parte del municipio. No podemos en esta sede recorrer detalladamente y en profundidad la historia del derecho local y concretamente del municipalismo español¹⁰; sin embargo, sí percibir que el estatus intervencionista de un municipio depende del periodo histórico de acción.

Interesa ubicarnos en el periodo de la «democratización municipal» y más concretamente en el inmediato momento sucesivo a la aprobación y promulgación de la Constitución Española de 1978¹¹, que de hecho representó, junto a la previa labor política de los años 1976 y 1977, una ruptura con un cierto sentido de continuidad con el franquismo. En este sentido, pensemos en las peticiones, impulsadas por los grupos opositores al franquismo, de que

10. En este sentido, y entre otros, se puede leer la exposición histórica y puntual que hace RIVERO Y SERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, 1993, pp. 22-32.

11. En este sentido, *vid.* QUIROSA-CHEYROUZE Y MUÑOZ, R. y FERNÁNDEZ AMADOR, M., *Poder local y transición a la democracia en España*, Diputación de Granada, Cemci, 2010, p. 313.

los españoles pudieran elegir democráticamente las corporaciones locales. La ruptura real con el franquismo ocurrió justo cuando se realizaron las elecciones generales, pues, como indica DELGADO SOTILLOS, con ellas «quedó formalizada una ruptura entre el mundo local y los órganos políticos del Estado»¹². Fue en ese momento cuando las Administraciones locales, y evidentemente los municipios, asumieron el papel de protagonistas en el escenario de la organización territorial del estado.

Realmente, y por lo que atañe a esta investigación, el desarrollo del municipalismo español identifica tres etapas que van desde la transición hasta la actualidad.

En marzo de 1979 se convocaron elecciones por primera vez desde 1936. Tras cuarenta años de dictadura, los Gobiernos locales eran de nuevo considerados una prerrogativa de la soberanía popular. Poco antes, la Constitución de 1978, en su artículo 140, garantizaba la «autonomía de los municipios», su plena personalidad jurídica, la elección de los concejales y alcaldes por sufragio universal directo e incluso el reconocimiento de los «concejos abiertos». Se trataba, en definitiva, de unas bases plausibles para la democracia local. La formación de los «ayuntamientos democráticos» fue uno de los capítulos fundamentales en el derrumbamiento de las viejas instituciones de la dictadura. La elección de concejales y alcaldes iba a sustituir a los viejos cuadros de la dictadura, y por lo tanto la expectativa era enorme. Por fin se habían creado consistorios electos que iban a gobernar con plena independencia de otros poderes, al menos en el ámbito de competencias que les eran propias. Con ello se reconocía también una de las viejas aspiraciones de la tradición demócrata en España: la autonomía municipal. Fueron también los años de la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que con modificaciones sigue viva hoy en día, y que finalmente reconoció un papel predominante de los municipios en la organización territorial de España.

En la segunda etapa hubo una dinámica privatizadora y liberatoria de los servicios municipales con consecuente fracaso de una delegación excesivamente forzada hacia la empresa privada. El prof. VILLAR ROJAS entiende por privatización la «reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios, mediante el traspaso (en ocasiones, la devolución) de esa función a la iniciativa privada»¹³. En definitiva, se trata de la conocida «huida del derecho administrativo».

12. DELGADO SOTILLOS, I., *El comportamiento electoral municipal español, 1979-1995*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997, p. 140.

13. VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, 1993.

Finalmente, la tercera etapa, la actual, es el resultado de las primeras dos. El municipalismo vuelve a reclamar un papel de protagonista, pero debe enfrentarse a una realidad económica y financiera que implica barreras en la actividad democrática y participativa de las corporaciones locales.

Esta última etapa es muy significativa, puesto que introduce un nuevo término, la remunicipalización, que impone «la idea de que la gestión de los servicios públicos locales debe volver a manos públicas»¹⁴.

En este escenario el municipio ha aplicado a la perfección su papel intervencionista, su actitud activa del «hacer» generando ciertas expectativas presenciales por parte de sus administrados. En otras palabras, la Ley 7/1985, de 2 de abril, otorgó al municipio un respaldo jurídico-normativo para desarrollar sus competencias y prestar los servicios públicos directa o indirectamente. Hoy la realidad económica y financiera, junto con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, parecen limitar esta aspiración intervencionista de las corporaciones, y evidentemente este fenómeno se hace más patente en la prestación de los servicios potestativos.

3

Reflexiones sobre la Ley 7/1985, de 2 de abril, vs. la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en materia de servicios

Dice SALVADOR CRESPO: «La Ley 7/1985 es el texto legal con el que el Estado da respuesta a la regulación de las bases sobre el régimen local que se prevé en la Constitución en el artículo 149.1.18 en relación con el artículo 148.1.27. En su elaboración, aparte de la obligada dependencia respecto del texto constitucional, se tuvieron en cuenta otra serie de factores como el desarrollo del proceso autonómico y la promulgación de los estatutos de autonomía, que influyeron y explican algunas de sus carencias en aspectos tan fundamentales como el núcleo de competencias locales, financiación, o un derecho reaccional que hiciera efectiva la autonomía local frente a las agresiones del legislador estatal y autonómico»¹⁵.

14. TORNOS MAS, J., «Servicios públicos y remunicipalización», *Revista Derecho PUCP*, núm. 76, 2016, p. 58.

15. SALVADOR CRESPO, M., *La autonomía provincial en el sistema constitucional español: intermunicipalidad y Estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2007, p. 86.

Estas palabras tan sencillas hacen, como dice la autora, que la norma resulte «bastante detallada y minuciosa»¹⁶, y desde luego permite tener un marco general y al mismo tiempo escrupuloso sobre el papel orgánico y competencial de las corporaciones municipales. Definitivamente la norma posibilita la plasmación constitucional de la organización territorial de España y su aplicación efectiva y objetiva. En esta investigación consiente concebir aquellos servicios públicos que se deben y aquellos que se pueden prestar.

En este mismo sentido, PARRA MUÑOZ nos ofrece una visión interesante cuando introduce el concepto de «carácter *apertus* o *clausus* de los servicios públicos» de la Ley del Régimen Local¹⁷. Todo parece apuntar a que se trata de una enumeración que finalmente encuentra su único límite en las competencias reconocidas a los municipios. En esta investigación dicha conclusión asume un papel importante. En primer lugar, porque sufragar la idea de que los servicios públicos potestativos se pueden prestar dentro del catálogo de competencias tasado por la Ley del Régimen Local, y en segundo lugar, porque esta visión limita el alcance de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local que sujeta la prestación de servicios no obligatorios a un respaldo económico, limitando la labor competencial de los municipios.

Como se ha podido comprobar, existe una relación directa entre la Ley del Régimen Local y la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y más en el ámbito competencial y de los servicios públicos prestados.

La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local invierte radicalmente el papel del Estado central, que deja de ser el garante de la autonomía de los municipios (y de las provincias), determinando su dimensión básica y mínima que tienen que respetar las comunidades autónomas, para convertirse en la instancia que impide o dificulta la mejora y ampliación de la autonomía local por parte de la legislación autonómica.

Ahora bien, la restricción que supone tasar las competencias municipales se contrapone a la capacidad de ampliación de las competencias de las entidades provinciales. Además, las instituciones provinciales carecen de los presupuestos de legitimidad democrática directa y parecen no someterse a los mismos rígidos controles financiero y presupuestario que ahora la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local impone a las

16. SALVADOR CRESPO, M., *ídem*.

17. PARRA MUÑOZ, J. F., *El servicio público local, ¿una categoría a extinguir?*, Instituto Andaluz de Administración Pública. Consejería de Justicia y de Administración Pública, 2006, pp. 69-72.

corporaciones locales. En este sentido, como apunta BUENO GUIRAO, la Ley parece establecer «un nuevo modelo de competencias propias»¹⁸.

Evidentemente, en este entorno, la iniciativa privada asume un fuerte protagonismo. La consecuencia puede residir en un verdadero «nuevo giro de tuerca hacia la empresarialización de los Gobiernos locales y de las oligarquías locales que al mismo tiempo congela la creación de organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes dependientes de entidades locales»¹⁹.

Respecto a los organismos existentes, estos se someten a un estricto control económico y financiero para mantener el equilibrio presupuestario. La racionalización del gasto en los ayuntamientos, requerida por las noticias de corrupción y despilfarro en muchas corporaciones, se traduce en una mayor regulación y limitación de las retribuciones tanto de los miembros de las corporaciones locales como de los cargos electos con dedicación exclusiva, en función de la población del municipio. Hay que brindar positividad a estas medidas, aunque se acompañan de otras que pretenden pasar por formas de «garantizar la transparencia», como la obligación de determinar el coste efectivo de los servicios —coste que se establecerá por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas mediante real decreto— y la obligación de los municipios de calcular e informar al Ministerio de dicho coste efectivo —directo e indirecto— de los servicios que prestan.

En realidad, el riesgo más inminente y quizá más disimulado, aunque visible, reside en la instauración de un sistema de ejercicio de competencias propias municipales que entra en conflicto con la dimensión financiera de la autonomía local, ya que la actividad financiera más directa y estrechamente conectada con el principio de autonomía local es la relativa al gasto para la prestación de los servicios municipales.

Simplemente es consustancial a la noción constitucional de autonomía priorizar entre los diversos servicios públicos y, por tanto, optar por incrementar el nivel de prestación de aquellos que el ente autónomo considere pertinentes, en función de las concretas condiciones socioeconómicas del municipio o de las propias demandas de los vecinos.

A esto hay que añadir que serán las diputaciones provinciales las competentes para hacer «el seguimiento de los costes efectivos de los servicios

18. BUESO GUIRAO, E. y PÉREZ MIRA, J. M., *Efectos en el sector público de la nueva Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*, AVS Promotores públicos, 2015, pp. 19-24.

19. OBSERVATORIO METROPOLITANO, *La apuesta municipalista. La democracia empieza por lo cercano*, Traficantes de sueños, 2014, p. 48.

prestados por los municipios de su provincia»²⁰. Del mismo modo, se pretende fortalecer el papel de la intervención general de la Administración del Estado y el control del Gobierno. De acuerdo con la ley, este último «fijará las normas sobre los procedimientos de control [...] derechos y deberes en el desarrollo de las funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales».

Evidentemente lo que en principio parecía una norma aceptable debido a la situación económico-financiera, se convierte en un auténtico límite que dificulta la prestación de servicios públicos de los municipios y que merma la autonomía municipal.

4

La posición del Tribunal Constitucional. Especial énfasis en la STC 41/2016, de 3 de marzo

Es relevante la posición que asume el Tribunal Constitucional acerca de la autonomía competencial que sirve de base para la prestación de servicios municipales. No debemos olvidar que la garantía constitucional de la autonomía en relación con las competencias municipales es muy frágil.

La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local ha intentado reducir el espacio de maniobra del municipio mediante una «reordenación» de las competencias; sin embargo, la STC 41/2016, de 3 de marzo, ha determinado más bien la frustración de este intento. La reivindicación de implantar en una norma estructural disposiciones normativas que respondieran a las actuales realidades económico-financieras y de racionalización ha conllevado cierta hipertrofia del sistema de competencias municipales²¹, así como de un número considerable de disposiciones normativas que a la luz de la sentencia tienen una lectura distinta.

Entrando en la sustancia: la sentencia establece que el artículo 25.2 de la Ley del Régimen Local no es atributivo de competencias (también lo indicaba, por ejemplo, la STC 214/1989), sino que determina una acumulación de garantías que el legislador autonómico deberá respetar.

Tampoco ha surtido los efectos deseados por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local el intento de limitar las competen-

20. Art. 36.1.h) de la LRBRL modificada.

21. Además de otras instituciones (ejemplo: las mancomunidades -Disposición transitoria 11.ª LRSAL-).

cias municipales y transferir algunas de ellas a las comunidades autónomas. El Tribunal Constitucional ha declarado la «inconstitucionalidad manifiesta».

Finalmente, la sentencia descansa en el hecho de que no impide que leyes básicas del régimen local posteriores rectifiquen o reduzcan la autonomía local garantizada por las leyes básicas anteriores²². Evidentemente este aparente límite de la sentencia conlleva una reflexión más profunda acerca de una posible reforma constitucional, que identifique tajantemente la organización municipal.

Este es el panorama sobre las competencias municipales. Un panorama y una norma, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que ciertamente no ayuda a clarificar la posición organizativa de los municipios y el desarrollo de los servicios municipales en el seno de las competencias atribuidas.

5

Servicios públicos municipales obligatorios, susceptibles de ser obligatorios y potestativos

Aunque este trabajo se dedique principalmente a los servicios potestativos, es necesario establecer la tipología de servicios que a nuestro parecer debe y puede prestar un municipio. A tal propósito el municipio, dependiendo de su tamaño, presta tres tipos de servicios: obligatorios, susceptibles de ser obligatorios y potestativos.

Evidentemente los servicios obligatorios resultan ser los más simples (por lo menos en su mera clasificación). Su simplicidad se debe a la previsión legal preestablecida. El artículo 26 de la Ley del Régimen Local nos entrega un efectivo listado de los servicios mínimos obligatorios que, dependiendo del tamaño, cada municipio debe prestar. Evidentemente en esta situación se establece un auténtico derecho subjetivo frente a la Administración que está obligada a realizar la prestación, y que en caso contrario determinará una reclamación jurisdiccional de la misma²³.

Más complicada es la situación que plantean aquellos servicios que no están previstos como obligatorios, que no obedecen al artículo 26 antes mencionado, pero que encuentran respaldo en las competencias municipales y que por su naturaleza podrían tener la característica de ser obligatorios.

22. Por ejemplo, en la supresión del título universal de competencias, en la restricción de las materias garantizadas del artículo 25.2 LRBRL.

23. En este sentido, *vid.* QUINTANA LÓPEZ, T., *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Civitas, 1987, p. 36.

En este sentido se introduce una categoría híbrida de servicios. Los servicios susceptibles de ser obligatorios que buscan su obligatoriedad en una norma externa a la Ley del Régimen Local, sea esta estatal, autonómica o provincial, o si queremos, más en general, una norma supramunicipal. Esto por ende conlleva una reducción del catálogo de los servicios potestativos sin limitar el alcance de la investigación.

Ahora bien, se entiende, pues, que un servicio susceptible de ser obligatorio no encuentra una salvaguardia directa por parte del artículo 26 de la Ley; sin embargo, se convierte en obligatorio de forma indirecta, a través de una norma jerárquicamente superior. Queremos destacar este punto para evitar el error de ponderar la posibilidad de que un servicio pueda alcanzar el estatus de obligatorio mediante el desarrollo legislativo municipal. En otros términos, la ordenanza municipal, por ejemplo, no es suficiente para que el servicio sea susceptible de ser obligatorio. En este caso, debido al ámbito competencial, se trataría de ejercer y realizar una competencia predeterminada por parte del municipio. Evidentemente el servicio susceptible de ser obligatorio no aspira a participar en el catálogo de los servicios previstos en el artículo 26 de la Ley del Régimen Local, pero desde luego asume una importancia trascendental en las actividades de los municipios, que, *de facto*, deberán prestar el servicio asociado cuando finalmente una norma supramunicipal desarrolle la participación obligatoria de la corporación en el servicio a prestar.

Sobre el servicio potestativo se puede apuntar ahora que lo que sí parece quedar claro es que un servicio potestativo, que por lo tanto no tiene características de obligatoriedad o de ser susceptible de ser obligatorio, queda en principio aislado de aquella coacción requerida a los primeros dos. Sin embargo, nos parece que el estatus de determinados servicios potestativos es dinámico, tanto que puede alcanzar la categoría de susceptible de ser obligatorio sin alteración de la Ley del Régimen Local. Más adelante nos ocuparemos detalladamente de estos servicios.

En la tabla (Fig. 1) hemos considerado los artículos 25 y 26 de la Ley del Régimen Local consolidada indicando aquellos servicios que son obligatorios, los que resultan, en nuestra visión y por su interconexión con una normativa específica, susceptibles de ser obligatorios y los potestativos. En el caso de los servicios susceptibles de ser obligatorios se reporta la normativa de referencia.

SERVICIOS OBLIGATORIOS (ART. 26 LRBRL, VERSIÓN CONSOLIDADA)	SERVICIOS SUSCEPTIBLES DE SER OBLIGATORIOS	SERVICIOS POTESTATIVOS (ART. 25.2 LRBRL, VERSIÓN CONSOLIDADA)
1. Los municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas. b) En los municipios con población superior a 5000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos (por lo tanto, no en municipios con población inferior a 5000 habitantes). c) En los municipios con población superior a 20 000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público (por lo tanto, no en municipios con población inferior a 20 000 habitantes). d) En los municipios con población superior a 50 000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano (por lo tanto, no en municipios con población inferior a 50 000 habitantes).	a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación*. b) Policía local en municipios con población superior a 5000 habitantes**. c) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria***. d) La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial****. e) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad*****.	a) Policía local en municipios con población inferior a 5000 habitantes. b) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante. c) Actividades funerarias. d) Promoción del deporte, ocupación del tiempo libre. e) Promoción de la cultura y equipamientos culturales. f) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones. g) Cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes.

*Fig. 1.: Servicios obligatorios, servicios potestativos y servicios susceptibles de ser obligatorios.
Elaboración propia*

* El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, recoge el papel de participación obligatoria de los municipios en materia, por ejemplo, de evaluación y seguimiento de la

sostenibilidad del desarrollo urbano, y garantía de la viabilidad técnica y económica de las actuaciones sobre el medio urbano (art. 22).

** En este caso tenemos que acudir a la Disposición Transitoria cuarta del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. En este sentido la disposición enuncia que la Policía local «solo existirá en los municipios con población superior a 5000 habitantes».

*** Aunque la norma indique que el municipio tiene que «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria», y por lo tanto no establece una obligación, es también cierto que diferentes legislaciones autonómicas recogen la asistencia necesaria e inevitable de los municipios en el ámbito de la enseñanza obligatoria. El concepto de vigilancia no se debe entender solamente como un control sobre el alumnado escolarizado o que se debe escolarizar, sino también en relación con aquellas tareas directamente relacionadas con la escolarización obligatoria. Solo como ejemplo: la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, establece en su artículo 9.20.b) que los municipios andaluces asistirán «a la consejería competente en materia de educación en la aplicación de los criterios de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos».

**** En este caso, así como en el anterior, todo parece indicar que las legislaciones locales y municipales confluyan en la armonización de las obligaciones propuestas en las legislaciones autonómicas. A título de ejemplo, y en este mismo sentido, el Gobierno de Aragón indica que para que los municipios se adapten a la Ley del Gobierno de Aragón sobre Rehabilitación, Regeneración y Renovación, los servicios técnicos municipales pondrán en marcha con carácter inmediato un protocolo de inspección de todos los edificios de titularidad municipal en los que existe uso o servicio público para evaluar su estado de conservación de acuerdo a los requisitos recogidos en la normativa municipal de Inspección Técnica de la Edificación y adaptados a la nueva ley sobre Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana de 28 de junio de 2013. Finalmente establece una obligación.

***** El artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, establece que los municipios deben ejercer sus competencias sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Establece por lo tanto una obligación.

La tabla demuestra, por lo tanto, una verdadera ampliación de un catálogo de servicios que *a priori* parecía bastante cerrado. Además, nos parece que esta catalogación de los servicios públicos municipales responda a una realidad fáctica de la labor de las corporaciones. Evidentemente juega un papel importante el tamaño de los municipios; sin embargo, no nos parece que esto modifique totalmente el fondo de la cuestión que queremos transmitir. De hecho, la misma tabla, en la lectura conjunta de la Ley del Régimen Local, se ocupa de redimensionar la prestación del servicio según el número de habitantes del municipio.

6

El papel de los servicios públicos potestativos

Asumidos la definición de servicios públicos potestativos y su ejercicio dentro de las competencias municipales, conviene abordar su estudio desde una perspectiva más profunda. Concretamente parece conveniente comprobar la función que desarrollan estos tipos de prestaciones en un municipio. En este sentido tenemos que desdobl原因 los fines de los servicios potestativos en dos categorías: la primera de carácter general, y la segunda específica y quizá más oculta.

En el primer caso, la prestación potestativa responde a la ordinaria exigencia de ofrecer un servicio para el cumplimiento de un interés público de los habitantes del municipio. Evidentemente esta definición se aplica tanto a los servicios obligatorios como a aquellos susceptibles de serlo. Por eso el carácter general que, en otros términos, nos traslada el concepto de que el municipio, con los servicios prestados, responde a los requerimientos de sus administrados.

Cierto es que los servicios obligatorios y los que son susceptibles de serlo encuentran un plus de pretensión: los municipios deben prestar los servicios y si no lo hacen cometen una omisión que puede producir su responsabilidad jurisdiccional frente a la ciudadanía. Los servicios potestativos, por sus características, no causan responsabilidad legal alguna puesto que se rigen según el principio facultativo de prestación.

Directamente ligada a este último inciso reside la segunda vertiente, es decir, la específica que se fundamenta en un doble interrogante: 1) la posición que asumen los administrados si el municipio cesa de prestar el servicio potestativo, y 2) la voluntad del municipio de seguir prestando el servicio potestativo como medida para garantizar su continuidad política en el gobierno de la corporación (por eso hablamos poco antes de un posible carácter oculto).

Ahora bien, el municipio intervencionista, con la prestación de los servicios potestativos crea en la ciudadanía una pretensión tácita. Los administrados esperan continuidad en la prestación del servicio potestativo a pesar de que, posiblemente, las condiciones socioeconómicas lo impidan. En otros términos, la prestación de un servicio potestativo produce cierta costumbre en los que habitan el municipio, la cual finalmente ocasiona decepción e incompreensión cuando el municipio renuncia a prestar el servicio. Esta situación no debe ser entendida negativamente, sino como consecuencia de la naturaleza humana, que evidentemente choca con las políticas de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Asumimos que la principal causa de cese del servicio potestativo es por la falta de cobertura financiera que invoca la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local²⁴; sin embargo, cuando el municipio cesa de prestar el servicio potestativo, de poco sirve invocar normas jurídicas para justificar este cese. La ciudadanía apuntará al municipio y a sus gobernantes como principales responsables de la falta de la prestación.

No menos importante, y quizá menos visible, es la eventualidad de que el municipio siga prestando el servicio potestativo, a pesar de las circunstancias económicas y financieras, como garantía de cierta continuidad en el poder político de la corporación. El municipio intentará a toda costa mantener los servicios potestativos para evitar un verdadero castigo electoral. Es lógico pensar que los miembros del Gobierno de la corporación no quieran someter su continuidad política a la no prestación de un servicio potestativo, que la ciudadanía entiende obtenido en forma definitiva.

En ambos casos, el municipio tiene por delante pocas opciones. Si la continuidad de la prestación potestativa está sujeta a una cobertura financiera inexistente —debido a la racionalización y sostenibilidad de la Administración local y a las posibles crisis financieras— la corporación, en cierta medida, favorecerá un sistema de endeudamiento público²⁵ para poder garantizar la prestación potestativa. En todo caso, apunta VILA I VILA, esta posición puede producir «el riesgo de aceptar un específico comportamiento político»²⁶.

24. Evidentemente el municipio puede dejar de prestar el servicio potestativo también porque unilateralmente así lo decida la corporación.

25. En este mismo sentido, *vid.* ABADÍA JOVER, M. y PORTILLO NAVARRO, M.^a J., «El endeudamiento local en los municipios españoles. Situación actual y alternativas», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 127, febrero 2010, p. 33.

26. En este sentido, *vid.* VILA I VILA, J., «El endeudamiento de los municipios ¿Una cuestión de comportamiento político?», *Revista presupuesto y gasto público*, núm. 66, 2012, pp. 199-216.

En este escenario, y dentro de la misma categoría de servicios potestativos, detectamos cierto interés en distinguir los meros servicios públicos potestativos de los que se prestan para reconocer y preservar la identidad de los municipios. En nuestra visión no todos los servicios públicos potestativos tienen la misma trayectoria. Existen servicios que son puramente potestativos, pero también parece útil mencionar aquellos que conviven con estos últimos, es decir, los servicios públicos potestativos-«*identitarios*», cuya prestación coopera en la construcción de la esencia del municipio y hace que la corporación sea reconocible frente a las demás²⁷. En otras palabras, su prestación identifica las características específicas del municipio, ya sean geográficas, económicas, sociales o culturales.

Evidentemente estos servicios siguen siendo potestativos; sin embargo, por su característica principal —representar la identidad del municipio—, pueden ser beneficiarios de un desarrollo normativo específico que finalmente los puede convertir en susceptibles de ser obligatorios. Intentamos reflexionar sobre estas cuestiones.

Primeramente, para entender esta visión es necesario indagar sobre el concepto de «*identitario*» que finalmente interesa para sentar la base para el reconocimiento de los elementos de unicidad del municipio. En este mismo sentido, entonces, es necesario que el adjetivo «*identitario*» comporte que el servicio público potestativo satisfaga ciertos elementos adicionales.

El Preámbulo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, hablando de las competencias de los municipios como entidades locales, proporciona un primer acercamiento al carácter *identitario* de las corporaciones: «En el día son numerosas las pruebas de la urgencia de definir desde el Estado el alcance de la autonomía que se reconoce a estas Entidades tan ricas en historia y en muestras de su importante contribución a la defensa y engrandecimiento de España (...). (...) Pensemos ante todo en el municipio, marco por excelencia de la convivencia civil, cuya historia es

27. Según dice LLOPART SAUMELL: «este adjetivo se ha creado por sufixación, ya que a la base nominal identidad se le adjunta el sufijo -ario -ria, que de acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (DRAE) forma adjetivos que indican relación con la base derivativa. Así pues, se podría definir como “relativo a la identidad”, entendida según este diccionario como: 1. Cualidad de idéntico, 2. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, 3. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás». En LLOPART SAUMELL, E., *Lo identitario: entre el individuo y la colectividad*, 2017; https://www.upf.edu/web/antenas/el-neologismo-del-mes/-/asset_publisher/GhGirAynV0fp/content/lo-identitario-entre-el-individuo-y-la-colectividad?inheritRedirect=false#.Wxk8Ho4nQa8 (consultado el 7 de junio de 2018).

en muy buena medida la del Occidente a que pertenecemos. Tanto en España como en Europa el progreso y el equilibrio social han estado asociados desde la antigüedad al esplendor de la vida urbana y al consiguiente florecimiento municipal». El Preámbulo reconoce finalmente la historia y las peculiaridades de cada municipio, que han favorecido el fortalecimiento de la actual sociedad española, y le garantiza un papel de protagonista.

En este mismo sentido, e intentando no hurgar demasiado en la Ley del Régimen Local, la norma reconoce implícitamente que cada municipio tiene características propias, concretamente geográficas, sociales, económicas y culturales. El artículo 13.3 establece: «Sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas, el Estado, atendiendo a criterios geográficos, sociales, económicos y culturales, podrá establecer medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios con el fin de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos públicos locales». La norma somete el fomento de la fusión municipal al reconocimiento de ciertos elementos distintivos. *A contrario sensu*, no será posible la fusión cuando no concurren los elementos citados, y esto se debe a que se quiere evitar la fusión de municipios que queden desprovistos de un elemento identitario que finalmente represente el «pegamento» de unión.

El término identitario empieza por lo tanto a entrar en el lenguaje común de los municipios, que asientan en este concepto una nueva idea de ciudad. A título de ejemplo, y entre otros, el Ayuntamiento de Pinto, perteneciente a la Comunidad de Madrid, en su Plan Estratégico de Desarrollo Urbano Sostenible, o Plan Ciudad, indica, en su directriz 4.^a: «Potenciar y mejorar los recursos naturales, culturales y sociales, como valor económico, ambiental e identitario»²⁸. En otras palabras, el potenciamiento de la ciudad está directamente ligado a la cuestión identitaria. Esto avala, si fuera necesario, el discurso según el cual los municipios tienen particularidades propias, unos «rasgos» únicos que deben ser mantenidos para poder conservar la naturaleza de su identidad.

Ahora bien, tras esto, es necesario determinar las herramientas técnico-jurídicas que permitan a los municipios mantener la identidad de la corporación. A nuestro parecer, para lograr este fin, el municipio tiene que prestar

28. *Vid.* <http://www.ayto-pinto.es/plan-ciudad-noticia05102016> (consultado el 7 de junio de 2018). Lo mismo ocurre en el Ayuntamiento de Gijón, con su *Estrategia de desarrollo urbano sostenible e integrado de Gijón*; y en el Ayuntamiento de Lugo, con su *Estrategia de desarrollo urbano sostenible para el Ayuntamiento de Lugo*: <http://lugo.gal/es/actuaciones/estrategia-de-desarrollo-urbano-sostenible-para-el-ayuntamiento-de-lugo> (consultado el 7 de junio de 2018).

aquellos servicios que desarrollan y continúan la identidad de la corporación sin estar estos sometidos a posibles racionalizaciones financieras. Evidentemente se trata de prestar los servicios públicos potestativos que potencian el carácter del municipio, es decir, los identitarios (y no todos los potestativos). Sin embargo, dichas prestaciones pueden verse mermadas, como se ha indicado anteriormente, por políticas nacionales, oposiciones internas a la corporación o crisis financieras. Existe por lo tanto la posibilidad de que se dejen de prestar ciertos servicios, con el alto riesgo de una pérdida paulatina de la identidad propia del municipio.

Es en este entorno, y a nuestro parecer, en el que el municipio debe hacer valer aquellas potestades administrativas que el mismo derecho local le encomienda.

En nuestra visión el pleno municipal, como emblema del consenso democrático, debería poder aprobar un catálogo de elementos identitarios sobre los cuales desarrollar y garantizar un servicio. Evidentemente esto no representa un problema. Cada municipio cuenta con plena autonomía en la ejecución de los servicios dentro de sus competencias. La dificultad reside en evitar que la prestación de los servicios públicos potestativos-identitarios se someta a la austeridad financiera o incumpla con las normas de referencia. Esto puede ser posible transformando los servicios públicos potestativos-identitarios en servicios susceptibles de ser obligatorios. Indudablemente estas prestaciones necesitan de un desarrollo normativo supramunicipal y que al mismo tiempo no incumplan la normativa nacional; por ejemplo, la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En nuestra opinión, la legislación nacional tiene la obligación de garantizar la ejecución de los servicios públicos potestativos-identitarios, ahora convertidos en susceptibles de ser obligatorios, no pudiéndose negar a desarrollar una norma *ad hoc*. Entre diferentes motivos, resaltan los siguientes: primero, la Constitución Española, en su artículo 137, no se limita a garantizar solo la autonomía municipal; concretamente, indica que «Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». En otras palabras, la autonomía debe estar al servicio de la gestión de los intereses del municipio. Segundo, tanto la LRBRL como la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local reiteran, por ejemplo, en sus preámbulos, la aplicación del artículo 137 de la Constitución Española.

Poco antes hemos demostrado que los municipios manifiestan su interés en desarrollar su propia identidad; es una realidad. Por lo tanto, así como un servicio público obligatorio no se somete a cuestiones presupuestarias debido a un plus de exigencia reconocido *ope legis*, de la misma forma un servicio público potestativo-identitario debe poder ser convertido en susceptible de

ser obligatorio a través de un desarrollo normativo específico, puesto que finalmente incluye un plus de pretensión que amplía la capacidad de autonomía de los municipios y al mismo tiempo cumple con el dictado constitucional.

Evidentemente, la legislación nacional no puede ocuparse de cada una de las identidades de los 8124²⁹ municipios españoles, pero sí establecer una ley marco y dejar su desarrollo a la legislación autonómica.

Esto parece representar un compromiso que permite otorgar una verdadera importancia a la historia pasada, presente y futura de los municipios, y que contemporáneamente contribuye a la construcción de la identidad de España que la misma Constitución reconoce en diferentes normas.

7

A modo de conclusión

Vaya por delante que la investigación no tiene el propósito de agotarse en estas escuetas páginas. Hemos intentado plasmar la posibilidad de acercarse a los servicios públicos municipales desde un punto de vista reflexivo y a la vez práctico.

El actual municipalismo español es el fruto de su historia y más concretamente de la historia política, social y jurídica de España.

Hasta ahora, el contexto de los servicios públicos municipales mantiene activo el interés de los investigadores. Esto tiene una explicación: la Administración municipal es la más cercana a la ciudadanía. De esto se ocupa la misma Constitución Española, en cuyo artículo 137 establece una pirámide invertida, manteniendo en la base la figura del municipio. Las corporaciones municipales son por lo tanto los cimientos de la organización territorial de España, y la actividad del municipio se materializa a través de la prestación de determinados servicios.

Ahora bien, nos parece conveniente resumir el grueso de la investigación mediante una gráfica que alude a la tipología de los servicios municipales a los que nos hemos dedicado. La gráfica tiene que ser leída tanto en vertical como en sentido horario, y utilizando las flechas de unión.

29. Datos del Registro de Entidades Locales. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.



Fig. 2.: Esquema de servicios obligatorios, servicios susceptibles de ser obligatorios (normativos) y servicios potestativos («identitarios»).

Elaboración propia

El trabajo ha intentado demostrar que los servicios municipales no se limitan única y exclusivamente a los obligatorios previstos por ley. La realidad local y normativa hace pensar que por lo menos existe otra categoría, es decir, los servicios públicos susceptibles de ser obligatorios. Es evidente que en este caso es totalmente necesario un desarrollo normativo supramunicipal, que finalmente tiene la función de otorgar la obligatoriedad al margen de la Ley del Régimen Local, respetando el criterio competencial. Estos servicios, convertidos en obligatorios, comprometen al municipio, que por ende, e imperativamente, deberá garantizar la prestación.

El practicismo de la labor de los municipios ha hecho que centráramos nuestra atención en aquellos servicios que el municipio presta y que finalmente no se ajustan a las características de obligatoriedad o de susceptibilidad de serlo. Se trata de los servicios públicos potestativos que asumen un perfil discrecional y no obligatorio. La tabla de la Fig. 1 permite reflexionar sobre la categorización de los tres tipos de servicios municipales.

Tras esto, hemos tenido la obligación de identificar el complejo contexto de la identidad de los municipios que mantiene una estrecha relación con los servicios que las corporaciones prestan. Esto ha impulsado la idea de que ciertos servicios no se pueden considerar meramente potestativos, sino que, por su desarrollo, en el seno de las peculiaridades de cada municipio, tienen que asumir un papel especial. Hemos reconocido los servicios públicos potestativos-identitarios que a pesar de incluirse en la categoría de potestativos demuestran cierta fuerza para que, a través de un impulso jurídico-normativo de los municipios, de las comunidades autónomas y del legislador nacional,

necesario e indispensable, puedan transformarse en susceptibles de ser obligatorios. Este traspaso, que se hace necesario para garantizar la identidad del municipio, no altera la legislación nacional o supramunicipal, sino que, al contrario, no hace otra cosa que reivindicar la aplicación profunda del artículo 137 de la Constitución Española. El mismo Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la plena autonomía de los municipios. En este sentido, entonces, la actual Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local no tiene que representar un impedimento para que los municipios presten los servicios públicos potestativos-identitarios.

Como se puede intuir, el servicio público potestativo-identitario representa una prestación inclusiva, cuya autorización por parte del legislador nacional y autonómico coopera a unir aún más a todas la Administraciones, lo que no solo representa la respuesta al desarrollo constitucional, sino que identifica la importancia del municipalismo español.

En definitiva, hemos intentado investigar sobre aquellas perplejidades que muchos municipios manifiestan tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en materia de competencias y de servicios.

El camino es complejo, pero no irrealizable; se trata de priorizar los servicios municipales, entendiendo que la prestación debe sin duda beneficiar a la ciudadanía y a su propia identidad. La conversión de ciertos servicios en susceptibles de ser obligatorios otorga finalmente un blindaje a estas prestaciones. Se trata de un amparo necesario que pone freno a los posibles vaivenes de los regímenes de racionalización, lamentablemente legislaciones cada vez más presentes en la realidad socioeconómica de España.

8

Bibliografía

ABADÍA JOVER, M. y PORTILLO NAVARRO, M.^a J., «El endeudamiento local en los municipios españoles. Situación actual y alternativas», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 127, febrero 2010, p. 33.

BUESO GUIRAO, E. y PÉREZ MIRA, J. M., *Efectos en el sector público local de la Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*, AVS Promotores públicos, 2015, pp. 19-24.

DELGADO SOTILLOS, I., *El comportamiento electoral municipal español, 1979-1995*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997, p. 140.

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 2 volúmenes, Fontemoing, París, 1911.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 17, mayo-agosto 1955, pp. 112-119.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., «Aspectos de la Administración Económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12, septiembre-diciembre 1953, p. 67.

GARRIDO FALLA, F., «El concepto de servicio público en derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 21.

LLOPART SAUMELL, E., *Lo identitario: entre el individuo y la colectividad*, 2017; https://www.upf.edu/web/antenas/el-neologismo-del-mes/-/asset_publisher/GhGirAynV0fp/content/lo-identitario-entre-el-individuo-y-la-colectividad?inheritRedirect=false#.Wxk8Ho4nQa8 (consultado el 7 de junio de 2018).

MAS, D., SALINAS, P. y VILALTA, M. (dir.), *El gasto no obligatorio de los municipios españoles. Ejercicio 2004-2007*, Institut d'Economia de Barcelona, Universitat de Barcelona, 2011, p. 11.

OBSERVATORIO METROPOLITANO, *La apuesta municipalista. La democracia empieza por lo cercano*, Traficantes de sueños, 2014, p. 48.

PARRA MUÑOZ, J. F., *El servicio público local, ¿una categoría a extinguir?*, Instituto Andaluz de Administración Pública. Consejería de Justicia y de Administración Pública, 2006, pp. 69-72.

QUINTANA LÓPEZ, T., *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Civitas, 1987, p. 36.

QUIROSA-CHEYROUZE Y MUÑOZ, R. y FERNÁNDEZ AMADOR, M., *Poder local y transición a la democracia en España*, Diputación de Granada, Cemci, 2010, p. 313.

RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, 1993, pp. 22-32.

SALVADOR CRESPO, M., *La autonomía provincial en el sistema constitucional español: intermunicipalidad y Estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2007, p. 86.

TORNOS MAS, J., «Servicios públicos y remunicipalización», *Revista Derecho PUCP*, núm. 76, 2016, p. 58.

TRÁNCHEZ, J. M., MARTÍN, J., FERNÁNDEZ DE BEAUMONT, I., ALONSO, D. y RODRÍGUEZ, Á., *Los gastos no obligatorios en los municipios de Madrid, Cataluña y Andalucía*, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, p. 5.

VÁZQUEZ PITA, J. M.^a, «Las competencias municipales y de las diputaciones provinciales», en RODRÍGUEZ-ARANA, J. y SARMIENTO ACOSTA, M., *Comentario a la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Cap. 2, Comares, 2014.

VILA I VILA, J., «El endeudamiento de los municipios ¿Una cuestión de comportamiento político?», *Revista presupuesto y gasto público*, núm. 66, 2012, pp. 199-216.

VILLAR PALASÍ, J. L., «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, septiembre-diciembre 1950, pp. 63-65 y 71-73.

VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, 1993.

9

Tablas y esquemas

Fig. 1.: Tabla de servicios obligatorios, servicios potestativos y servicios susceptibles de ser obligatorios. Elaboración propia.

Fig. 2.: Esquema de servicios obligatorios, servicios susceptibles de ser obligatorios (normativos) y servicios potestativos («identitarios»). Elaboración propia.

Inicio y fin de la caducidad en el procedimiento administrativo sancionador

L. ALFREDO DE DIEGO DíEZ
Magistrado - Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Procesal (Universidad
Pablo de Olavide - Sevilla)

1. Momento inicial del plazo de caducidad

- 1.1. La «iniciación» del procedimiento
 - 1.1.1. La fecha de la denuncia
 - 1.1.2. La fecha del acuerdo formal de incoación
 - 1.1.3. La fecha en que se notifique el acuerdo de incoación
 - 1.1.4. La fecha en que «debió» incoarse el procedimiento
- 1.2. Supuestos especiales
 - 1.2.1. Infracciones en materia de trabajo y Seguridad Social
 - 1.2.2. Infracciones en materia de tráfico, circulación y seguridad vial
 - 1.2.3. Infracciones en materia de transportes terrestres
 - 1.2.4. Infracciones en materia tributaria

2. Momento final del plazo de caducidad

- 2.1. Notificación de la resolución sancionadora
 - 2.1.1. Los vaivenes de la jurisprudencia
 - 2.1.2. La peculiaridad de los procedimientos sancionadores por infracciones en el orden social
 - 2.1.2.1. Doctrina legal: la STS de 12 de noviembre de 2001
 - 2.1.2.2. El Tribunal Supremo confirma su doctrina legal pese a la disposición adicional única del Real Decreto 1125/2001
 - 2.1.2.3. La redacción vigente del artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998
- 2.2. Intento de notificación de la resolución sancionadora
 - 2.2.1. ¿Uno o dos intentos de notificación personal?
 - 2.2.2. El día final en el «intento de notificación»

3. Bibliografía

Artículo recibido el 27/09/2018; aceptado el 28/03/2019.

Resumen

Excederse en el plazo máximo de duración de un procedimiento sancionador da lugar a su caducidad y consiguiente archivo. En tal caso, los recursos materiales y humanos empleados en su tramitación habrían devenido inútiles. De ahí la importancia que tiene manejar adecuadamente las claves temporales que regulan el instituto de la caducidad procedimental. Una de ellas la desarrollamos en este trabajo: determinar lo más certeramente posible cuándo comienza y cuándo finaliza el plazo de caducidad en los procedimientos sancionadores, con sus especialidades sectoriales.

Palabras clave: *procedimiento administrativo sancionador; plazos; caducidad.*

Start and end of the limitation period in administrative sanctioning procedures

Abstract

The limitation period and the termination of the case occur when the public administration exceeds the limitation period for deciding an administrative sanction procedure. If it is the case, the human and material resources employed in the procedure become useless. For this reason, is key to adequately manage the timings and requisites that regulate the limitation period. The article focuses on how we can determine with precision when starts and ends the limitation period deadlines in administrative sanctioning procedures, taking into account the sectoral specificities.

Keywords: administrative sanctioning procedure; deadlines; limitation period.

Abreviaturas

art(s).	artículo(s).
cf.	<i>confer</i> (latín: «compara»; equivale a «compárese»).
ed.	edición.
fj	fundamento jurídico.
LGT	Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre).
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre).
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).
núm.	número.
art. cit.	artículo citado.

pág(s).	página(s).
RD	Real Decreto.
RDLeg.	Real Decreto Legislativo.
rec.	recurso.
(S)STS	sentencia(s) del Tribunal Supremo.
(S)STSJ	sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia.

1

Momento inicial del plazo de caducidad

¿A partir de qué momento comienza a correr el plazo de caducidad del procedimiento sancionador? No hay una respuesta válida para todos los casos. Normalmente se atenderá a la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento, dictado por el órgano competente (arts. 63.1 y 64 de la LPAC); aunque también puede ser que el plazo no empiece a correr hasta que ese acuerdo se notifique al interesado (como sucede en materia tributaria: art. 211.2 de la LGT). En ocasiones, será la denuncia de un ilícito administrativo por parte de los agentes de la autoridad la que, *ex lege*, dé comienzo al expediente sancionador y al plazo de caducidad. De todo ello trataremos seguidamente.

1.1

La «iniciación» del procedimiento

El *dies a quo* en el cómputo del plazo de caducidad es el de la «iniciación» del procedimiento. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 21.3.a) de la LPAC al señalar que el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa se contará, «en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación». Que el *dies a quo* en la caducidad de los procedimientos es el de su iniciación se expresa también, por ejemplo, en los artículos 95.1 (caducidad de procedimientos iniciados a instancia de parte), 106.5 (caducidad del procedimiento de revisión de disposiciones y actos nulos) y 107.3 (caducidad del procedimiento para la declaración de lesividad), todos ellos de la Ley 39/2015.

La cuestión es qué debe entenderse como fecha de «iniciación» del procedimiento. Las respuestas pueden ser variadas: la fecha de la denuncia, la del acto formal de incoación, la de su notificación al interesado o, en fin, la fecha en que debió incoarse el procedimiento aunque no se hubiera llevado a cabo, son algunas de ellas. La solución, como seguidamente veremos, no es única, pues dependerá de la normativa sectorial aplicable.

1.1.1 La fecha de la denuncia

En alguna ocasión se ha sostenido que, con carácter general, la denuncia ha de tomarse como inicio del procedimiento sancionador. Al fin y al cabo —se ha dicho— la denuncia es precisamente una de sus formas de iniciación conforme a la ley (*cf.* arts. 58 y 62 de la LPAC)¹.

Este planteamiento es sumamente cuestionable². El artículo 63.1 de la LPAC (como antes hacían los arts. 69.1 de la LRJPAC y 11 del RPS) establece que los procedimientos sancionadores «se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente», aunque este acuerdo pueda venir determinado «por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia» (art. 58 de la LPAC). Así pues, la expresión «por denuncia» no es más que una de las variadas formas que pueden llevar al órgano competente a incoar un procedimiento de oficio (como es el procedimiento sancionador). Ni la orden superior, ni la petición razonada de otros órganos, ni tampoco la denuncia, inician el procedimiento sancionador, sino que sirven de apoyo o de fundamento al órgano competente para, en su caso, incoarlo de oficio.

Como es de sobra sabido, la denuncia no es más que una declaración de conocimiento por la que se transmite la *notitia criminis* (en este caso la noticia de un hecho constitutivo de ilícito administrativo) al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador (art. 62.1 de la LPAC)³. La formulación de denuncia, aunque provenga de un agente de la autoridad, no supone por sí misma que se haya incoado, o que necesariamente se vaya a incoar, un procedi-

1. Un buen ejemplo es la STSJ de las Islas Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 15 de abril de 1998. Ponente: Ilma. Sra. González Delgado. Recurso 1092/1995.

2. Claro es que, en aras del principio de celeridad, hay supuestos en que la normativa sectorial atribuye a una misma actuación la doble condición de ser noticia del hecho constitutivo de la infracción (denuncia) y, al propio tiempo, acto de iniciación del procedimiento sancionador. Esto es lo que sucede con el levantamiento del acta de inspección en las infracciones en el orden social [art. 52.1.a) del RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto] y con el boletín de denuncia en las infracciones de tráfico (arts. 87.3.d) del RDLeg. 6/2015 y 10.1 del RD 320/1994). En estos casos la caducidad se computa también desde la incoación del procedimiento sancionador, lo que sucede es que la propia denuncia es, por imperativo legal, el acto de incoación. De estos supuestos singulares nos ocuparemos más adelante.

3. El artículo 62.1 de la LPAC define la denuncia como «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».

miento sancionador. Es una actuación previa a la incoación del expediente que no vincula su apertura; dicho en palabras de GONZÁLEZ NAVARRO⁴: «La denuncia —como la orden del superior— carece de potencialidad suficiente para iniciar el procedimiento. Su función procesal es más modesta: provocar el acuerdo que inicia el procedimiento». Incluso tras la denuncia, y con anterioridad al acuerdo de incoación, el artículo 55.1 de la LPAC prevé que el órgano competente pueda abrir un período de información previa o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y *la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*. Esto es, el acto de la denuncia y las eventuales actuaciones previas son anteriores e instrumentales del inicio del procedimiento.

En suma, el acto que inicia el procedimiento sancionador es el acuerdo de incoación y no la denuncia; es dicho acuerdo el que genera la obligación de resolver el procedimiento, el que marca el inicio del plazo para dictar resolución y, en consecuencia, el que determina el inicio del plazo para el cómputo de la caducidad.

El Tribunal Supremo, al verificar el cómputo de los plazos de caducidad, ha partido constantemente de la fecha del acuerdo formal de incoación del expediente sancionador por el órgano competente. Así, la STS (Sala 3.ª, sección 4.ª) de 12 de abril de 2000⁵ expone que el cómputo inicial del plazo de caducidad del procedimiento sancionador «ha de efectuarse “desde la iniciación” efectiva del mismo»; y añade que «no pueden confundirse a estos efectos los modos admisibles de promover la iniciación del procedimiento» (detallados hoy en el art. 58 de la LPAC) «y que van desde la resolución adoptada de oficio hasta la simple denuncia, pasando por la orden superior, con el acuerdo formal de iniciación», que ha de reunir los requisitos mínimos del artículo 64.2 de la LPAC⁶.

A pesar de la claridad con que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido al acto formal de incoación del procedimiento como el *dies a quo* en el cómputo de los plazos de caducidad, algún tribunal moduló ese criterio introduciendo el factor de la «inexplicable paralización» en la incoación del procedimiento. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sentencia 547/2004,

4. FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, tomo III, *El acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona, 1997, pág. 668.

5. Ponente: Excmo. Sr. Soto Vázquez.

6. En el mismo sentido se expresan las SSTS (Sala 3.ª, sección 4.ª) de 24 de septiembre y 1 de octubre de 2001. Ponente: Excmo. Sr. Xiol Ríos. Recursos 16/2000, 28/2000, 30/2000 y 32/2000.

de 24 de junio)⁷, aun aceptando que en condiciones normales de actuación administrativa la «iniciación» del expediente se identifica con el «acto formal de incoación», sostuvo que una demora inexplicable y desmesurada de la incoación del procedimiento puede llegar a justificar que se tome en consideración la fecha de la denuncia como inicio del cómputo de caducidad⁸.

1.1.2

La fecha del acuerdo formal de incoación

Con carácter general, será la fecha del acuerdo de incoación la que ponga en marcha el cronómetro de la caducidad. A tal efecto resultará irrelevante tanto la fecha de registro de salida como la de su notificación a los interesados⁹. La STS (Sala 3.^a, sección 5.^a) de 2 de marzo de 2004¹⁰ fue clara al respecto: la determinación de la fecha del inicio del cómputo de caducidad «es la fecha de incoación de expediente [...] debiendo, en consecuencia, rechazarse las otras

7. Ponente: Ilmo. Sr. Arrojo Martínez. Recurso 5233/2000. Los antecedentes del caso eran los siguientes: Desde la fecha de la denuncia (24 de mayo de 1999) no se desarrolló tramitación alguna hasta diez meses más tarde, en que se ordenó la práctica de actuaciones previas (20 de marzo de 2000). El expediente sancionador no se inició formalmente hasta casi un año después de la denuncia. El tribunal gallego razona que los hechos imputados a la persona aparentemente responsable estaban «determinados y conocidos desde el primer momento», por lo que «no se advierte en este supuesto la menor utilidad de tales “actuaciones previas”, acordadas precisamente a través de un acto que por su contenido se aproxima claramente a un verdadero acto de incoación, con mención incluso en aquel de los elementos fácticos y jurídicos de los que derivar las posibles consecuencias sancionatorias que también se apuntaban. En estas condiciones, no advirtiéndose que en momento alguno hubiera la menor duda sobre los hechos y posible persona responsable, las referidas actuaciones previas se presentan como superfluas, pero en todo caso se produce una inexplicable paralización administrativa entre el 24 de mayo de 1999 [fecha de la denuncia] y el 20 de marzo de 2000 [fecha en que se ordenan las actuaciones previas], en absoluto justificada por la demandada».

8. A mi modo de ver, la demora indebida en la incoación del procedimiento, las actuaciones previas innecesarias y cualquier otra actuación «de relleno» previa a la incoación del expediente, pueden justificar que se compute dicho tiempo como plazo de prescripción de la infracción, pero no como plazo de caducidad de un expediente que no ha llegado a ser incoado.

9. Excepción hecha, por ejemplo, del procedimiento sancionador en materia tributaria, cuya caducidad comienza a computarse «desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio» del procedimiento [art. 104.1.a) de la Ley 58/2003, General Tributaria]; no será, pues, la fecha del acuerdo de incoación, sino la de su notificación al interesado, la que ponga en marcha el reloj del plazo de caducidad en esta materia.

10. Ponente: Excmo. Sr. Fernández Valverde. Recurso 3772/2001.

fechas indicadas por la parte recurrente: fecha del escrito de iniciación, fecha del registro de salida del mismo y fecha de la recepción o notificación».

Incluso se ha llegado a rechazar la fecha de la firma electrónica cuando la que consta en el acuerdo es anterior¹¹, lo cual es muy discutible toda vez que un acuerdo no es tal sin la firma que lo asume. En efecto, una resolución, hasta que no es firmada, no existe¹². Por lo tanto, lo relevante a efectos de computar la caducidad es la fecha de la firma electrónica en el acuerdo de incoación. Tal y como ha puesto de relieve GORDILLO, la firma es un requisito fundamental del acto, pues acredita que la voluntad efectivamente ha sido emitida en la forma que el acto indica. Si falta la firma, no hay acto. No se trata de un vicio de forma, sino de la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto. La regla de que un «acto» sin firma no es un acto administrativo, sino un pedazo de papel escrito y nada más, es de estricta aplicación a todo acto administrativo que comporte una decisión individual¹³.

1.1.3

La fecha en que se notifique el acuerdo de incoación

Ya hemos dicho que el cómputo del plazo de caducidad comienza con la «iniciación» del procedimiento. Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 21.3.a) de la LPAC, cuando señala que el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa (plazo de caducidad) se contará, «en los procedimientos ini-

11. Así, la STSJ de Andalucía (sede en Granada, sección 1.ª) núm. 2026/2016, de 25 de julio (rec. 2648/2011). Aun reconociendo que el acuerdo de incoación no fue firmado hasta varios días después de su fecha, el tribunal defiende que, a efectos del cómputo de la caducidad, «no es relevante la fecha en que se produjo la firma electrónica por parte del autor del acto». Este criterio se reprodujo por el mismo tribunal andaluz en su sentencia núm. 560/2017, de 27 de febrero (rec. 1544/2012).

12. En palabras de Tomás HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, 5.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 86, «mientras no exista la firma, el acto materialmente no existe. Si un decreto o una resolución no están firmados, significa que no hay decreto ni resolución. Hay un papel escrito, sin trascendencia jurídica alguna. Podría verse en ello un proyecto, a lo sumo».

13. Por su parte, los medios electrónicos plantean una problemática diversa a propósito de la encriptación de la firma. Si existe un documento en la base de datos que no está identificado con los códigos o consignas que en ella se usen, tampoco podrá ser un acto administrativo. Cf., Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, *El acto administrativo*, 10.ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, págs. X-25 y X-26. Por lo tanto, parece razonable decir que el acuerdo de incoación existe como acto administrativo solo a partir de que es firmado, en este caso digitalmente.

ciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación». Y también del artículo 25.1.b) de la LPAC, toda vez que la caducidad a que el mismo se refiere se produce en los procedimientos «iniciados» de oficio. Estas normas son lo suficientemente claras como para que no requieran otra interpretación que la que se desprende de sus propios términos, sin necesidad de elucubraciones más o menos ingeniosas para favorecer a la ya todopoderosa Administración: la iniciación del procedimiento —y, por tanto, el inicio del plazo de caducidad— se produce cuando se dicta el correspondiente acuerdo de incoación, no cuando este se notifica al interesado¹⁴.

Es lógico que no se tome en consideración a estos efectos la fecha de notificación porque —como explica la STS (Sala 3.ª, sección 5.ª) de 27 de abril de 2004¹⁵— el acto de incoación de un expediente sancionador es eficaz sin necesidad de notificación; de ahí que el día inicial en el cómputo de la caducidad sea la fecha del acuerdo de incoación y no la de su notificación¹⁶.

En suma, a diferencia de lo que sucede con los plazos de prescripción de las infracciones, que se interrumpen por la iniciación del procedimiento sancionador «con conocimiento de interesado», tal exigencia no se requiere cuando el plazo de que se trata es el de caducidad del procedimiento¹⁷.

Pese a todo, no han faltado algunas resoluciones del mismo Alto Tribunal que, sorprendentemente y sin mayores explicaciones, han declarado lo contrario: que «el cómputo del plazo [de caducidad] tiene como *dies a quo* o inicial el de la notificación de la incoación del expediente» (STS de 25 de mayo de 2004)¹⁸; o que «estos seis meses [del plazo de caducidad] deben computarse desde que el interesado tiene conocimiento de las actuaciones, tanto la de in-

14. La Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha establecido en esta materia un cuerpo de doctrina inequívoco: el día inicial del cómputo de la caducidad es la fecha del acuerdo de incoación con los requisitos del artículo 64.2 de la LPAC y no la posterior fecha en que tal acuerdo se notifique a los interesados. Por ejemplo, las SSTS de 12 de abril de 2000 (rec. 241/1998), 24 de septiembre de 2001 (recs. 16/2000 y 28/2000), 1 de octubre de 2001 (recs. 30/2000 y 32/2000), 2 de marzo de 2004 (rec. 3772/2001) y 27 de abril de 2004 (rec. 7333/2001).

15. Ponente: Excmo. Sr. Yagüe Gil. Recurso 7333/2001.

16. El mismo argumento había utilizado la STS (Sala 3.ª, sección 5.ª) de 2 de marzo de 2004 (rec. 3772/2001) frente a la Administración que exigía la notificación del acuerdo de incoación para que se iniciase el cómputo del plazo de caducidad.

17. Así se pronuncia la citada STS (Sala 3.ª, sección 5.ª) de 2 de marzo de 2004. Ponente: Excmo. Sr. Fernández Valverde. Recurso 3772/2001.

18. Ponente: Excmo. Sr. Fernández Montalvo. Recurso 207/2002.

coación del expediente como la de resolución del mismo» (STS de 30 de mayo de 2002)¹⁹.

Siguiendo esta última línea, aunque con matices, la Audiencia Nacional (sección 3.^a) sostiene en su sentencia de 21 de abril de 2006²⁰ que, si el acuerdo de incoación del procedimiento se notifica dentro del plazo de diez días (que entonces señalaba el artículo 58.2 de la LRJPAC y hoy recoge el art. 40.2 de la LPAC), la caducidad se computa desde esa fecha de notificación; aunque seguidamente reconoce que «la solución pudiera ser distinta si la Administración, iniciado el expediente, pospone la notificación más allá de los diez días y, en contra de las exigencias de la seguridad jurídica, se acoge al momento de la notificación tardía que le resulta más beneficioso».

Por lo demás, la legislación sectorial sí tiene ejemplos en los que, *ex lege*, el día inicial para el cómputo de la caducidad es el de la «notificación» del acto de incoación. Así lo dispone el artículo 211.2 de la LGT: El procedimiento sancionador en materia tributaria deberá concluir en el plazo máximo de seis meses «contados desde la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento».

1.1.4

La fecha en que «debió» incoarse el procedimiento

Es posible que, a tenor de la normativa sectorial aplicable al caso, el día inicial en el cómputo del plazo de caducidad sea aquel en que «debió» incoarse el procedimiento, independientemente de que tal incoación se hubiera o no llevado a cabo. Es lo que sucede en la legislación sobre represión del dopaje en materia de disciplina deportiva (Real Decreto 255/1996).

En esta materia, una vez concluido el procedimiento de control antidopaje (art. 8 del citado RD 255/1996), que consiste en la recogida de muestras, análisis pertinentes y comunicación de los resultados —incardinables en las «actuaciones previas» a las que se refiere el artículo 55 de la LPAC—, existe

19. Ponente: Excmo. Sr. Baena del Alcázar. Recurso 640/2000. Causa perplejidad que, en esta resolución, diga el Tribunal Supremo que la forma en que computa la caducidad se establece «en garantía de los particulares». Si bien ello es cierto en cuanto al *dies ad quem*, esto es, la fecha en que se notifique la resolución que finaliza el procedimiento, no lo es en cuanto al *dies a quo*, pues no parece que los particulares obtengan mayores garantías por el hecho de que la Administración pueda demorar deliberada o negligentemente la notificación de un acuerdo de incoación y así retrasar el inicio del plazo de caducidad del expediente en su propio beneficio, no en el de los interesados.

20. Ponente: Ilmo. Sr. Menéndez Rexach. Recurso 685/2004 (JUR 2006\159151).

una norma específica en cuya virtud, si se aprecian indicios de una posible infracción, «el órgano competente deberá iniciar de oficio el correspondiente expediente disciplinario en un plazo no superior a quince días contados a partir de la recepción en la Federación de la notificación del laboratorio de control antidopaje» (art. 9.1 del Real Decreto 255/1996). Es decir, entre la finalización del procedimiento de control y la apertura del expediente disciplinario no pueden transcurrir más de quince días.

El Tribunal Supremo ha entendido que, si la incoación se demora más allá de esos quince días, la caducidad del expediente comienza a computarse desde la fecha en que debió haberse incoado; es decir, a partir de los quince días de haber concluido el procedimiento de control antidopaje. Así lo expresa la STS (Sala 3.^a, sección 7.^a) de 3 de julio de 2006²¹: «[...] Existiendo esa norma singular que establece de forma clara e inequívoca el lapso de tiempo en el que debe iniciarse el expediente sancionador, tiene razón el recurrente cuando señala que a efectos del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento debe tomarse como día inicial *no ya la fecha en que efectivamente fue incoado el expediente sancionador sino aquella en que debió haberse incoado*».

En mi opinión, incumplir la obligación de incoar el expediente disciplinario dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 9.1 del Real Decreto 255/1996 debería traer como consecuencia la preclusión, esto es, la imposibilidad de incoarlo. En efecto, ya se tienen elementos de juicio suficientes para apreciar la existencia de una posible infracción (los análisis se han efectuado y se conoce su resultado); pese a ello, no se incoa el expediente en el plazo fijado legalmente («deberá iniciar...», dice el texto legal). Lo que se produce en tales circunstancias es la *caducidad de la acción sancionadora*²². Y como tal debería ser tratado este caso. Conviene retener que la «caducidad de la acción»²³, tam-

21. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas. Recurso 2141/2001.

22. Es precisamente una nota definitoria de esta caducidad la demora en la incoación del procedimiento sancionador —más allá del plazo fijado legalmente— una vez finalizadas las diligencias previas para el esclarecimiento de los hechos.

23. VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ, *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 152-153, considera desacertada esta denominación, por cuanto el ejercicio de la potestad sancionadora responde a plazos de prescripción y no de caducidad. La dicotomía entre prescripción y caducidad ha de plantearse en el campo de las sanciones administrativas desde la siguiente perspectiva: la prescripción en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora y la caducidad respecto del procedimiento en que aquella se formaliza. De ahí que se haya visto en esta figura un supuesto de prescripción especial en el cual se fija un plazo, más corto, contado a partir del conocimiento de los hechos ilícitos por la Administración en vez de computarse desde su comisión.

bién denominada por algunos «caducidad-carga»²⁴ y por otros «decadencia de derechos temporales»²⁵, es una de las manifestaciones de caducidad manejadas por el ordenamiento jurídico administrativo. El sujeto, en este caso la Administración, tiene la carga de reaccionar iniciando el procedimiento en un plazo determinado legalmente. Si no lo hace, caduca la acción sancionadora y se extingue la posibilidad de perseguir la eventual responsabilidad administrativa²⁶.

1.2 Supuestos especiales

En la legislación sectorial encontramos supuestos especiales en los que la denuncia (acta de infracción, boletín de denuncia) tiene la consideración de acto de incoación del procedimiento sancionador, dando lugar al inicio del plazo de caducidad sin necesidad de que se dicte una específica resolución al respecto por la autoridad sancionadora. Así sucede con las infracciones en el orden social, en materia de tráfico y en materia de transportes terrestres. Por otra parte, es también especial el caso de la legislación tributaria, pues, a diferencia de lo que es norma general, el plazo de caducidad no comienza con la resolución de incoación del procedimiento sancionador, sino a partir de su notificación al administrado.

1.2.1 Infracciones en materia de trabajo y Seguridad Social

La iniciación del procedimiento sancionador en el orden social se produce al levantar el acta de infracción. Lo establece así el artículo 52.1.a) de la LISOS

24. Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 96-97, considera que esta es la «auténtica caducidad», pues coincide en sus contornos con la noción proveniente del derecho privado: plazo fatal de ejercicio de un derecho.

25. Jorge MARTÍN LÓPEZ, «La sedicente caducidad del procedimiento sancionador tributario», en *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, núm. 145, 2010, pág. 101.

26. Un claro ejemplo de esta modalidad de «caducidad» lo encontramos en el artículo 18.2 del RD 1945/1983 (procedimiento sancionador en materia de defensa del consumidor): «Caducará la acción para perseguir las infracciones cuando conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, hubieran transcurrido seis meses sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento».

(RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto): El procedimiento «se iniciará, siempre de oficio, por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

Lo mismo se desprende del RD 928/1998 (Reglamento de Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Su artículo 13.1 considera que el inicio del procedimiento sancionador coincide con la fecha del acta de infracción²⁷. Y en el artículo 20.3 puede leerse que el plazo de caducidad del expediente sancionador comienza «desde la fecha del acta»²⁸.

Como se ve, es el propio ordenamiento jurídico el que atribuye al acta inspectora de infracción la naturaleza de acto iniciador del procedimiento sancionador. La STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 12 de noviembre de 2001²⁹ lo fijó como doctrina legal:

El cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si esta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador.

1.2.2

Infracciones en materia de tráfico, circulación y seguridad vial

También el boletín de denuncia en las infracciones de tráfico tiene la virtualidad de ser el acto de incoación del procedimiento sancionador. El artículo 10.1 del RD 320/1994 señala que, «como norma general, las denuncias de carácter obligatorio, formuladas por agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, se notificarán en el acto a los denunciados, haciendo constar en las mismas... *que con ellas quedan incoados los correspondientes expedientes*».

27. Artículo 13.1 del RD 928/1998: «El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se extenderá y tramitará de acuerdo con lo establecido en este capítulo».

28. Artículo 20.3 del RD 928/1998: «El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente [...]».

29. Ponente: Excmo. Sr. Xiol Ríos. Recurso 256/2000. Véase también la STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 21 de julio de 2004 (rec. 74/2003).

En realidad, la denuncia formulada por los agentes de tráfico va más allá. Está dotada de naturaleza polivalente. No contiene un único acto jurídico, sino una pluralidad de ellos: por un lado es el acto de iniciación del expediente (art. 10.1 del RD 320/1994); por otra parte, puede convertirse en propuesta de resolución si el interesado no presenta alegaciones contra la denuncia [art. 64.2.f) de la LPAC]; y, finalmente, tiene valor probatorio de cargo (arts. 77.5 de la LPAC, 88 del RDL 6/2015 y 14 del RD 320/1994)³⁰.

Pese a todo, no siempre el boletín de denuncia en materia de tráfico se constituye en acto de incoación del procedimiento sancionador. El Tribunal Supremo diferencia dos supuestos: aquel en que la notificación del boletín de denuncia se hace inmediatamente al presunto infractor y aquel otro en que el supuesto infractor es desconocido y es necesario identificarle previamente. En el primer caso, la notificación del boletín de denuncia es el acto que genera el inicio del plazo de caducidad, mientras que en el segundo ha de estarse a la fecha del acuerdo de incoación una vez conocida la identidad del presunto infractor. La STS (Sala 3.ª, sección 4.ª) de 15 de noviembre de 2000³¹ señaló al respecto que «la denuncia únicamente supone iniciación del expediente sancionador en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados, y esa iniciación debe entenderse deferida en otro caso al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente por parte de la Dirección General de Tráfico o de los ayuntamientos respectivos».

De conformidad con ello, la misma sentencia estableció como doctrina legal, para los supuestos en que la notificación de la denuncia no se verificase en el acto, la siguiente:

Conforme al artículo 16 del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por órgano competente una vez conocida la identidad del infractor; que no pudo ser notificado en el acto de comisión de la infracción, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente.

30. Cf. la STS (Sala 3.ª, sección 6.ª) de 19 de diciembre de 2000. Ponente: Excmo. Sr. González Navarro. Recurso 74/2000.

31. Ponente: Excmo. Sr. Soto Vázquez. Recurso 4041/1999.

1.2.3

Infracciones en materia de transportes terrestres

El Tribunal Supremo ha entendido que, también en los procedimientos sancionadores en materia de transportes terrestres, la notificación del boletín de denuncia sirve como acto inicial para computar el plazo de caducidad, aunque en este sector no haya un precepto que expresamente atribuya a dicha denuncia el carácter de acto de incoación del expediente. Así lo determinó la STS (Sala 3.^a, sección 3.^a) de 17 de noviembre de 2003³²: «cuando la denuncia se ha formalizado directamente con el infractor y se ha hecho constar en ella... una sucinta exposición de los hechos, la matrícula del vehículo interviniente en los mismos, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma, cabe decir que el día inicial del cómputo del plazo para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador será el de la denuncia correctamente extendida y notificada, y no el del posterior acto del órgano competente».

Y es que, en palabras de las SSTS (Sala 3.^a, sección 3.^a) de 23 de mayo de 2001³³ y 4 de junio de 2004³⁴, «cumplidas estas condiciones —consignación de datos y notificación—, si bien formalmente no puede hablarse de procedimiento, sí que lo hay materialmente, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos precisos para ello»³⁵.

Pero también ha admitido el Tribunal Supremo que, aun en los casos en que no coincida quien comete materialmente la infracción (el conductor-infractor) con el sujeto responsable de la misma (la empresa de transportes que resulte sancionada), la fecha de notificación del boletín de denuncia al infractor sirve también para iniciar el plazo de caducidad respecto del responsable³⁶. A estos

32. Ponente: Excmo. Sr. Espín Templado. Recurso 128/2002.

33. Ponente: Excmo. Sr. González González. Recurso 3990/2000.

34. Ponente: Excmo. Sr. Espín Templado. Recurso 49/2003.

35. No es fácil entender esa homologación entre un inexistente procedimiento desde el punto de vista formal y la apreciación de su existencia material al margen de aquel reflejo formal. Además, es de reseñar la dificultad que ofrece imponer a la Administración la iniciación de un procedimiento por el mero hecho de que se haya notificado el boletín de denuncia, cuando tal cosa no se establece por norma alguna. En los procedimientos sancionadores de transportes, a diferencia de los de tráfico y seguridad vial (por la singularidad para estos de una norma como la contenida en el art. 10.1 del RD 320/1994), la denuncia no tiene la virtualidad de dar lugar a la iniciación del procedimiento, sino que este solo se inicia por acuerdo al efecto del órgano competente.

36. La ratio de la doctrina legal sentada en la sentencia de 23 de mayo de 2001 —nos dice

efectos, el Tribunal Supremo aplica analógicamente lo dispuesto en el artículo 42.2 de la LPAC (antes el art. 59.2.II de la LRJPAC), en relación con la notificación en el domicilio del interesado a persona distinta del mismo. En materia de transportes, el lugar no ya habitual, sino incluso más apropiado para notificar el boletín de denuncia es el propio vehículo con el que se cometió la infracción, propiedad de la empresa responsable y conducido por un trabajador de esta; circunstancias que llevan a sostener que la correcta notificación del boletín de denuncia al conductor determine el inicio del plazo de caducidad del procedimiento³⁷.

1.2.4

Infracciones en materia tributaria

Conforme determina el artículo 211.2 de la LGT, «el procedimiento sancionador en materia tributaria deberá concluir en el plazo máximo de seis meses *contados desde la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento*». Como se ve, a diferencia de lo que viene siendo la regla general sobre inicio del cómputo del plazo de caducidad, en los procedimientos sancionadores tributarios el *dies a quo* no será el de la adopción del acuerdo de incoación, sino el de su «notificación» al inculcado.

Esta previsión constituye, a juicio —que compartimos— de MARTÍN LÓPEZ³⁸, una merma de la seguridad jurídica del presunto infractor, toda vez que las actuaciones administrativas que pudieran desarrollarse entre la incoación del procedimiento y su notificación estarían en un limbo jurídico, excluidas del límite temporal dispuesto para la caducidad. En la práctica supone otorgar una «patente de corso» a la Administración para retrasar sin control el día de inicio del plazo de caducidad demorando la notificación del acuerdo de incoación³⁹.

la STS (Sala 3.ª, sección 3.ª) de 4 de junio de 2004 (rec. 49/2003)— «sigue siendo igualmente aplicable al supuesto de no coincidencia entre sujeto infractor y sujeto responsable, pese a las consiguientes diferencias en la forma de notificación de la denuncia en un supuesto y en otro».

37. Véase la STS (Sala 3.ª, sección 3.ª) de 4 de junio de 2004. Ponente: Excmo. Sr. Espín Templado. Recurso 49/2003.

38. Jorge MARTÍN LÓPEZ, «La sedicente caducidad...», art. cit., págs. 134-135.

39. Bien es verdad que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 209.2 de la LGT, el procedimiento debe iniciarse en el plazo de tres meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la correspondiente liquidación o resolución al presunto infractor. Pero esta caducidad de la posibilidad de incoar el procedimiento sancionador, o caducidad del ejercicio de la potestad sancionadora en el caso concreto, no evita que, una vez incoado el expediente en plazo, se demore su notificación al presunto infractor alargando arbitrariamente el tiempo para

2

Momento final del plazo de caducidad

Dos son los momentos que deben tomarse en consideración para determinar el día final en el plazo de caducidad: la notificación de la resolución sancionadora y, en ocasiones, el intento de notificación de dicha resolución por cualquiera de los medios legalmente admisibles.

2.1

Notificación de la resolución sancionadora

«Tiene razón la parte recurrente cuando afirma que el cómputo del plazo de caducidad debe computarse desde el inicio del [expediente] hasta la notificación a la parte de la resolución expresa dictada». Así se pronuncia, sin ambages, la STS (Sala 3.^a, sección 3.^a) de 21 de enero de 2016⁴⁰.

Un consistente apoyo para sostener que el momento final de la caducidad es la fecha en que se notifique la resolución sancionadora lo encontramos en la dicción del artículo 25.1.b) de la LPAC (antes el art. 44, párrafo primero, de la LRJPAC). Así, al referirse a la caducidad del procedimiento lo hace en relación con «el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y *notificado* resolución expresa...». También el numeral 2 de ese mismo artículo 25 de la LPAC (antes el art. 44.2.II de la LRJPAC) habla de la suspensión del plazo para «resolver y *notificar* la resolución»; y el artículo 21 de la LPAC, rubricado «Obligación de resolver», indica los plazos máximos en que la Administración está obligada «a dictar resolución expresa y a *notificarla*».

Tales preceptos tratan de garantizar la seguridad jurídica de los administrados frente a eventuales malas prácticas o actuaciones desviadas, que pudieran estar ordenadas a sortear las consecuencias (responsabilidades) del incumplimiento de los plazos. Así, para que se entienda producida la resolución en plazo no basta con dictarla a tiempo, sino que también ha de ser notificada dentro de ese mismo plazo.

su conclusión.

40. Ponente: Excmo. Sr. Córdoba Castroverde. Recurso 2917/2013.

2.1.1

Los vaivenes de la jurisprudencia

Una primera línea jurisprudencial sostuvo que el *dies ad quem* en materia de caducidad era la fecha en que se dictase la resolución sancionadora, sin que tuviese relevancia alguna al efecto el día en que se produjera su notificación⁴¹. Parte esta doctrina de que una cosa es la *validez* del acto administrativo y otra su *eficacia*, de manera que la notificación no es condición de validez de la resolución sancionadora, ni mucho menos de su existencia, sino simplemente de su eficacia frente al interesado⁴². Esto era, además, lo que se desprendía del tenor del artículo 20.6 del RD 1398/1993 (hoy derogado) que aludía, como plazo fatal de caducidad, al hecho de que «no hubiese recaído resolución» transcurrido el vencimiento para ello⁴³.

Esta solución ponía en jaque la seguridad jurídica puesto que, notificada la sanción meses después de la fecha de la resolución, cabía sospechar que aquella fecha no fuera real, sino acomodada interesadamente para evitar la caducidad del procedimiento y, singularmente, para eludir responsabilidades disciplinarias (art. 42.7 de la LRJPAC; hoy art. 21.6 de la LPAC). En un tímido intento de enmendar el problema, alguna resolución adoptó, como criterio para fijar con mayor seguridad el momento final del plazo de caducidad, la fecha del registro de salida del acto administrativo, justificándose la fiabilidad de tal fecha —según considera la STS (Sala 3.^a, sección 6.^a) de 4 de mayo de 1994⁴⁴— porque «ha sido consignada por autoridad y funcionario competentes en el ejercicio de sus cargos».

41. Por ejemplo, las SSTS de 7 de junio de 1984 y 4 de mayo de 1994 (rec. 3242/1991).

42. Sirva, como ejemplo de esta doctrina, lo expuesto por las SSTS de 9 de abril de 1984 y 7 de junio de 1984: La validez supone la concurrencia en el acto de todos los elementos que deban integrarlo según los requisitos propios de cada caso y la competencia del órgano que lo pronunció, gozando incluso de una presunción *iuris tantum* de validez que traslada al impugnante la carga de probar lo contrario; en tanto que la eficacia o producción de efectos viene condicionada por determinados requisitos ulteriores al dictado del acto, como el de estar supeeditada a la notificación al interesado, a partir de cuyo momento empieza el acto a surtir efectos respecto del mismo en todos los órdenes, incluso para promover su invalidez.

43. Así lo defendió la STS (Sala 3.^a, sección 3.^a) de 2 de abril de 2004 (rec. 317/2000). También la STS de 17 de junio de 2003 (rec. 8766/1998) sostuvo, en un caso anterior a la modificación de la LRJPAC por la Ley 4/1999, que el artículo 20.6 del RD 1398/1993 debía aplicarse en su tenor literal, teniendo como día final del cómputo de la caducidad el de la fecha de la resolución y no el de su notificación.

44. Ponente: Excmo. Sr. Goded Miranda. Recurso 3242/1991.

Pero, a salvo alguna extravagante resolución, los tribunales atienden, para determinar el día final en el cómputo de la caducidad del procedimiento, a la fecha en que se notifique al interesado el acuerdo sancionador⁴⁵. La STS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 10 de marzo de 2008⁴⁶, recordando su consolidada doctrina⁴⁷, es muy clara: «la fecha para computar el plazo de caducidad debe ser la de la notificación al interesado y no la que aparece en la resolución administrativa». Y ello porque, como dice la STS (Sala 3.^a, sección 5.^a) de 8 de mayo de 1990⁴⁸, es la única manera en que se «garantiza la seguridad jurídica del administrado y la diligencia debida en la actividad de la Administración».

Contundentemente se expresa la STSJ de Andalucía (Málaga) de 12 de julio de 2001⁴⁹ al señalar que «un acto no existe para el administrado si no está notificado», por lo que este «puede entender, razonablemente, que un procedimiento ha caducado si no se le notifica en el plazo legal una resolución desfavorable». Se conjura así la tentación de antedatar una resolución tardía. La STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 12 de abril de 2000 lo deja bien claro⁵⁰: «el cómputo del plazo de posible caducidad que ha de mediar entre la iniciación del expediente y la resolución que le ponga fin, no puede considerarse válidamente interrumpido en la fecha en que figure adoptada dicha resolución, sino en aquella en que la misma haya sido notificada al interesado, tal como imponen indeclinables garantías exigibles a favor del administrado, que no permiten el que, sobre la base de una presunción de legalidad en el actuar de la Administración, se conceda efecto interruptivo a una resolución de la misma sin proyección *ad extra* y consiguiente puesta en conocimiento del interesado».

45. Así, por ejemplo, en las sentencias de 6 de febrero de 1998 (rec. 1232/1991), 26 de junio de 2001 (rec. 120/1999), 11 de julio de 2001 y 3 de diciembre de 2003 (rec. 4465/1999). La normativa en materia tributaria acogió expresamente este criterio y determinó que la caducidad del procedimiento se produce por el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver «sin que se haya notificado la resolución expresa» [art. 104.4.b) de la Ley 58/2003, General Tributaria].

46. Ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas. Recurso 1608/2004.

47. Doctrina jurisprudencial de la cual son muestra, entre otras muchas, las sentencias de 5 de octubre de 1998 (rec. 7270/1992), 20 de octubre de 1998 (rec. 939/1993), 12 de abril de 2000 (rec. 241/1998) y 1 de octubre de 2001 (rec. 30/2000).

48. Ponente: Excmo. Sr. García Estartús.

49. Ponente: Ilmo. Sr. García Bernaldo de Quirós. Recurso 1649/1996.

50. Ponente: Excmo. Sr. Soto Vázquez. Recurso 241/1998.

2.1.2

La peculiaridad de los procedimientos sancionadores por infracciones en el orden social

La normativa reguladora del procedimiento sancionador en el orden social (Real Decreto 928/1998)⁵¹ siempre ha ligado el final del plazo de caducidad con la *fecha de la resolución*. Así, en su versión original, el artículo 20.3 del RD 928/1998 determinaba que la caducidad del procedimiento se produciría «si no hubiere recaído *resolución*...»; y en las posteriores modificaciones (disp. ad. única del RD 1125/2001 y RD 772/2011) la caducidad se relaciona expresamente con «el plazo máximo *para resolver*...». Nunca se ha llegado a exigir en norma alguna la «notificación» de la resolución expresa como una actuación necesaria para que el procedimiento finalizase dentro de plazo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha mantenido constantemente, pese a la citada literalidad de las normas en juego, que el plazo de caducidad se contaba hasta la notificación de la resolución sancionadora.

2.1.2.1

Doctrina legal: la STS de 12 de noviembre de 2001

Ya hemos dicho que, en su versión originaria, el artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998 refería el plazo de caducidad al hecho de que «no hubiera recaído resolución» transcurridos seis meses desde la fecha del acta. Ninguna alusión se hacía a la necesidad de «notificar» también en ese mismo plazo la resolución para que el procedimiento no caducase. Por lo tanto, bien podía identificarse el día final del plazo de caducidad con la fecha de la resolución sancionadora y no con su notificación.

Pese a todo, estando en vigor la versión originaria de la norma, la STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 12 de noviembre de 2001⁵² fijó, como doctrina legal, que el cómputo del plazo de caducidad de seis meses establecido por el artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998 «termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador»⁵³.

51. Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

52. Ponente: Excmo. Sr. Xiol Ríos. Recurso 256/2000.

53. La STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 21 de julio de 2004 recordó esta doctrina legal. Recurso de casación para la unificación de doctrina 74/2003. En esta ocasión, al Alto Tribunal le resultó «sorprendente» la pretensión del abogado del Estado de que se declarase como doc-

2.1.2.2

El Tribunal Supremo confirma su doctrina legal pese a la disposición adicional única del Real Decreto 1125/2001

Escasamente un mes antes de que el Tribunal Supremo fijase doctrina legal en la sentencia de 12 de noviembre de 2001, una normativa extravagante al procedimiento sancionador (el Real Decreto 1125/2001)⁵⁴ aprovechó su disposición adicional única para establecer lo siguiente:

El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores y liquidatorios por infracciones de orden social y débitos por cuotas a la Seguridad Social, a los que se refieren los artículos 20.3 y 33.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, será de seis meses, produciéndose en caso de falta de resolución en dicho plazo la caducidad del expediente. Cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como se ve, esta disposición adicional se refería nítida y exclusivamente a la «falta de resolución en plazo» —y no a su notificación— a la hora de fijar el límite temporal de la caducidad. Así, aun sin dar una nueva redacción al artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998, esta norma —en palabras de la STC 308/2006— «supuso una alteración sustancial en sus previsiones». Y lo cierto es que, con arreglo a su literalidad, la disposición adicional transcrita permitía sostener razonablemente que el *dies ad quem* del plazo de seis meses para determinar la caducidad de un procedimiento sancionador por infracciones en el orden social era la fecha de resolución y no la de su notificación. Esta interpretación literal, según estimó la STC 82/2009 (fj 8), no podía tacharse de arbitraria, irrazonable o fruto de un error patente.

Con todo, esa literalidad sí podía descalificarse por abandonar la seguridad jurídica del administrado y rehabilitar la tentación de antedatar las resoluciones por parte de la Administración. La solución más garantista, por tanto, era

trina adecuada la que anuda la finalización del plazo de caducidad a la fecha de la resolución sancionadora, porque «existe una amplia doctrina... acerca de que en materia de caducidad del procedimiento esta Sala, bajo la vigencia de las distintas normas que se han sucedido, ha otorgado prioridad a los efectos del cómputo del plazo a la fecha de la notificación al interesado (sentencias de 6 de febrero de 1998 y 20 de diciembre de 1999)».

54. Real Decreto 1125/2001, de 19 de octubre. Modificación del Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

mantener la doctrina legal fijada por la citada STS de 12 de noviembre de 2001. En realidad, si bien se mira, el hecho de que la disposición adicional transcrita se refiriese expresamente a la «falta de resolución en plazo» como causa de la caducidad, no afectaba ni un ápice a la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo sobre el día final de la caducidad de los expedientes sancionadores en esta materia. Ninguna diferencia, a efectos de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo, había entre una y otra norma. El artículo 20.3 del RD 928/1998 atendía al hecho de que «no hubiere recaído resolución» para fijar la caducidad del procedimiento, y la disposición adicional única del RD 1125/2001 lo hacía a la «falta de resolución en plazo».

Así pues, la referencia explícita sobre el plazo de caducidad en ambos textos lo era a la «resolución» de los expedientes sancionadores; luego esta reforma no tenía por qué afectar a la doctrina legal establecida jurisprudencialmente sobre el artículo 20.3 del RD 928/1998, en el sentido de que el día final de la caducidad debía anudarse a la fecha en que se notificase la resolución sancionadora y no a aquella otra en que se dictase tal resolución.

Así lo confirmó el Tribunal Supremo en cuanto tuvo ocasión de pronunciarse sobre ello. La STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 23 de febrero de 2010⁵⁵ mantuvo sin fisuras su anterior doctrina pese al tenor literal de la disposición adicional única del Real Decreto 1125/2001; es decir: en esta materia, el día final del cómputo de la caducidad seguía siendo la fecha de la notificación de la resolución sancionadora. Entre otros argumentos, el Alto Tribunal señala que no es atendible, sin más, la literalidad de las palabras con que se expresa la referida disposición adicional única, por las siguientes razones:

a) Porque no afecta a la jurisprudencia sentada en su sentencia de 12 de noviembre de 2001, donde se fijó como *dies ad quem* del plazo de caducidad el de la notificación de la resolución del expediente⁵⁶. Es irrelevante que aquella jurisprudencia tomase en cuenta el artículo 20.3 del RD 928/1998 y no la disposición adicional única del RD 1125/2001. Una y otra norma empleaban expresiones literales similares: «si no hubiese recaído resolución» y «en caso de falta de resolución». Además, el dictado de la repetida disposición adicional no tenía como objetivo fijar un régimen de caducidad singular para aquellos expedientes, sino, más bien, suprimir del artículo 20.3 del RD 928/1998 el plazo de

55. Ponente: Excmo. Sr. Menéndez Pérez. Recurso 243/2008.

56. Recuerda el Tribunal Supremo que, tras aquella sentencia, el criterio sobre el día final se reiteró, entre otras, en las sentencias de 24 de octubre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 174/2006) y 25 de marzo de 2009 (recurso de casación en interés de la ley núm. 7/2008).

treinta días, adicional al de seis meses para que se produjese la caducidad, y así ajustarse a las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999.

b) Porque la expresión «falta de resolución» (usada por la mentada disposición adicional) tiene un significado poco concluyente. Si la eficacia de una resolución sancionadora está supeditada a su notificación, el deber de resolver no queda plenamente satisfecho hasta que esta se practique. Por tanto, bien puede entenderse que la norma alude a la resolución no solo dictada, sino también notificada.

c) Porque es más correcto atender a aquella interpretación que, siendo posible, no disminuya las garantías propias de un procedimiento sancionador, evitando, en lo que hace al caso que nos ocupa, el eventual abuso de intentar eludir las consecuencias de la falta de resolución en plazo mediante el procedimiento de señalar a la resolución extemporánea una fecha anterior a aquella en que realmente se adoptó.

Pese a la indubitada contundencia con que se expresó el Tribunal Supremo, la Abogacía del Estado volvió a insistir machaconamente en el tema y le obligó una vez más a pronunciarse en la sentencia de 7 de febrero de 2014⁵⁷; esta vez en términos que denotan ya un cierto hastío: «al socaire del presente recurso de casación en interés de la ley lo que se pretende no es que esta Sala fije la doctrina legal solicitada ante una doctrina errónea y gravemente dañosa para el interés general sentada por la sentencia impugnada. No. Lo que se pretende es que esta Sala declare errónea su propia doctrina legal, con motivo de la impugnación de una sentencia que precisamente hace correcta aplicación de la misma» (fj 3). Y, más adelante, recuerda el Alto Tribunal que ha estimado «la concurrencia de error judicial respecto de sentencias que han seguido, precisamente, la doctrina que ahora postula el abogado del Estado» (fj 4).

2.1.2.3

La redacción vigente del artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998

La vigente redacción del artículo 20.3 del RD 928/1998 se debe al Real Decreto 772/2011, que —según reza en su preámbulo— ha pretendido incorporar «el contenido de lo previsto en la disposición adicional única del Real Decreto 1125/2001, de 19 de octubre, respecto del plazo máximo para resolver los expedientes». Su tenor literal es el siguiente:

El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la

57. Ponente: Excm. Sra. Teso Gamella. Recurso 4607/2012.

fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente.

Ahora, con más claridad si cabe, y apartándose de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el legislador señala que el plazo de caducidad se computa «hasta la fecha en que se dicte la resolución». No obstante, no parece previsible que cambie la doctrina del Supremo, habida cuenta de que ya analizó la disposición adicional única que, según el legislador, justifica la modificación del precepto.

2.2

Intento de notificación de la resolución sancionadora

Una vez sentado que el día final en el cómputo de la caducidad es el momento en que se notifique la resolución sancionadora, surge un nuevo problema: evitar que las actuaciones fraudulentas o negligentes del interesado, ocultando su verdadera dirección, cambiando de domicilio sin comunicarlo a la Administración o mediante cualquier otra treta, puedan servir de coartada para eludir la notificación personal de la sanción, dilatar el procedimiento y lograr así la caducidad del mismo.

Es razonable poner coto a estas maniobras y excepcionar estos supuestos de la necesaria notificación personal al interesado para evitar la caducidad. La STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 12 de abril de 2000 (fj 2)⁵⁸ lo dice bien claro: el plazo de caducidad termina en la fecha en que la resolución haya sido notificada al interesado, «a excepción del especialísimo supuesto de que fuese apreciable una actitud injustificada claramente obstativa por parte del administrado en el recibo de la notificación». No es necesario, sin embargo, llegar a justificar esa intención obstativa. Basta con que la actuación morosa o poco diligente no sea imputable a la Administración, para que el intento de notificación personal realizado sin éxito sea suficiente al efecto de fijar el *dies ad quem* en la caducidad⁵⁹; bien entendido que la Administración debe, en cualquier caso, utilizar los medios que tiene a su alcance —y son muchos— para identificar el domicilio actual del interesado y proceder a la notificación personal de la resolución⁶⁰.

58. Ponente: Excmo. Sr. Soto Vázquez. Recurso 241/1998.

59. Véase Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La caducidad del procedimiento administrativo*, Montecorvo, Madrid, 1998, págs. 316-318.

60. Recuérdesse que la notificación es instrumental del derecho de defensa y de ahí que la ficticia comunicación por edictos sea residual, a la que solo puede acudir en último término, una vez agotadas las demás posibilidades de comunicación real. Más ampliamente, sobre los presupuestos y requisitos que se exigen a las notificaciones edictales para su validez y eficacia,

Así pues, a los efectos de estimar concluso el procedimiento dentro de plazo, y evitar por tanto la caducidad del mismo, bastará el intento de notificación de la resolución por cualquier medio legalmente admisible (art. 40.4 de la LPAC y, anteriormente, art. 58.4 de la LRJPAC)⁶¹. La doctrina legal al respecto la estableció la STS (Sala 3.ª, sección 3.ª) de 17 de noviembre de 2003⁶²:

El inciso «intento de notificación debidamente acreditado» que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy art. 40.4 de la Ley 39/2015], se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992 [hoy 41 de la Ley 39/2015], pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

2.2.1

¿Uno o dos intentos de notificación personal?

El artículo 40.4 de la LPAC —que mantiene idéntica redacción que el art. 58.4 de la Ley 30/1992— no aclara cómo debe entenderse la expresión «intento de notificación debidamente acreditado»⁶³. En concreto, y con referencia a las no-

véase L. Alfredo DE DIEGO DíEZ, *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 181-207.

61. También lo establece así expresamente la legislación sectorial en materia tributaria. El artículo 104.2 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre (Ley General Tributaria) dispone que «a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución».

62. Ponente: Excmo. Sr. Espín Templado. Recurso 128/2002. Ulteriores sentencias del mismo Alto Tribunal fueron reflejo de esta doctrina, como, por ejemplo, las de 7 de octubre de 2011 (rec. 40/2010) y 28 de junio de 2013 (rec. 601/2011).

63. El precepto en cuestión señala lo siguiente: «Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado».

tificaciones personales (art. 42.2 de la LPAC), no esclarece si se cumple con el primer intento o es necesario que se practique también el segundo dentro del plazo de caducidad.

Parece razonable exigir que se haya realizado el segundo intento, dentro de los tres días siguientes al primero y en hora distinta (con arreglo a lo previsto en el art. 42.2 de la LPAC), para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo de caducidad⁶⁴. El artículo 40.4 de la LPAC no puede interpretarse aisladamente, sino en consonancia con los requisitos de validez de las notificaciones contemplados legal y reglamentariamente; en concreto, con el doble intento de notificación previsto en el artículo 42.2 de la misma LPAC (antes art. 59.2 de la LRJPAC) y con las exigencias específicas del Reglamento de Correos (Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre). Se trata de un «combo», de un lote o paquete indivisible: la validez de la notificación personal depende de que, si falla la primera notificación en el domicilio, el segundo intento se realice en unas determinadas condiciones temporales (dentro de los tres días siguientes y en hora distinta). Los dos momentos forman parte de lo que se denomina por el artículo 40.3 de la LPAC «el intento de notificación debidamente acreditado».

Así se desprende, además, de los razonamientos de la STS (Sala 3.^a, sección 3.^a) de 17 de noviembre de 2003⁶⁵:

1. Para que el intento de notificación produzca los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos «ha de haberse practicado con respeto de todas las previsiones legales y reglamentarias» (fj 5.2, párrafo VI, penúltimo inciso).

2. Dentro de las previsiones legales y reglamentarias para las notificaciones personales se encuentran no solo las del artículo 42.2 de la LPAC (antes art. 59.1 de la LRJPAC), sino también las específicas del Reglamento de Correos (Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre) (fj 5.2, párrafo VI, último inciso).

3. Las normas que acaban de citarse exigen, en lo relativo a las notificaciones personales, un doble intento de notificación. Por eso, el Tribunal Supremo configura el «doble intento infructuoso de entrega o rechazo de la misma por el destinatario o su representante» como la culminación del «intento de notificación» (fj 6, párrafo IV).

4. Además, cuando el Tribunal Supremo se refiere al intento de notificación apto para no incurrir en caducidad, añade: «intento tras el cual habrá de procederse en la forma prevista en el apartado 4 del artículo 59 de la citada Ley

64. En este sentido, José Antonio TARDÍO PATO, «Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 298-299, 2005, pág. 45.

65. Ponente: Excmo. Sr. Espín Templado. Recurso 128/2002.

[30/1992]» (hoy art. 44 de la LPAC). Es decir, el Alto Tribunal está considerando el *doble intento* de notificación, pues solo entonces procedería acudir a la notificación edictal del artículo 59.4 de la derogada Ley 30/1992 (hoy art. 44 de la LPAC) (fj 6, párrafo III).

Siguiendo esta misma tesis, la Audiencia Nacional (sección 1.^a), en su sentencia de 27 de diciembre de 2011⁶⁶, advierte que el segundo intento de notificación debe llevarse a cabo antes de que finalice el plazo máximo de duración del procedimiento. De lo contrario, se producirá la caducidad. Insiste el tribunal en que el «intento de notificación» (art. 58.4 de la LRJPAC y hoy art. 40.4 de la LPAC), a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, «no puede interpretarse aisladamente sino en consonancia con los requisitos de validez de las notificaciones». En el caso enjuiciado, el primer intento se realizó dentro del plazo, antes de que se produjese la caducidad, pero el segundo —que, además, tuvo éxito y no se quedó en un mero intento, sino que fructificó en una notificación personal— se llevó a cabo transcurrido el plazo fatal de caducidad.

Y, sin ánimo exhaustivo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en la sentencia núm. 499/2014, de 1 de septiembre⁶⁷, sostiene que «el intento de notificación» a que nos venimos refiriendo equivale al «intento completo», esto es, al «intento doble» en día y hora distinto (tal y como exigía el art. 59.2.II, *in fine* de la Ley 30/1992 y hoy el art. 42.2 de la LPAC). Esta sentencia cuenta con un voto particular⁶⁸. Los magistrados discrepantes afirman que «si hay un intento de notificación (aun no doble) dentro del plazo de duración del procedimiento, y otro (eficaz) fuera, nos hallamos propiamente en el caso que el legislador quiso regular en el artículo 58.4 de la Ley 30/1992» (hoy art. 40.4 de la LPAC). Argumentan que ello es así «por la sencilla razón de que “un intento”, que es lo que exige el artículo 58.4, es, justamente, “un intento”, y no “dos intentos”, que es lo que deriva de la interpretación que la mayoría acoge».

Frente al voto particular me permito señalar que la ley no exigía entonces ni exige ahora «un» intento, sino «el» intento de notificación debidamente acreditado. Y, mientras «un intento» denota «uno» y no «dos», «el intento» del artículo 40.4 de la LPAC —aun en singular— requiere una pluralidad de actuaciones para que sea eficaz si el primero falla; concretamente, exige acudir de nuevo al domicilio del interesado para ver si es posible lograr su notificación personal en una segunda ocasión. Este es el significado amplio que la STS (Sala

66. Ponente: Ilma. Sra. Buisán García. Recurso 19/2011.

67. Ponente: Ilmo. Sr. Pérez Yuste. Recurso 664/2010.

68. Ilmos. Sres. Lozano Ibáñez y Estévez Goytre.

3.^a, sección 5.^a) de 7 de octubre de 2011⁶⁹ ha dado a los términos «el intento de notificación», cuando sostiene que su ejecución se verifica «mediante los dos primeros intentos indicados» o «practicados y acreditados los dos primeros intentos de entrega»; o, también, cuando dice que el intento de notificación «ha quedado acreditado» «mediante los dos intentos infructuosos de entrega que exige la reglamentación aplicable».

2.2.2

El día final en el «intento de notificación»

La STS (Sala 3.^a, sección 3.^a) de 17 de noviembre de 2003⁷⁰ también indicó cuál era «el momento en que podía considerarse cumplido el intento de notificación»: «en el supuesto de un intento de notificación por correo certificado, dicho momento será sin duda el de la recepción por la Administración actuante de la devolución del envío por parte de Correos, ya que solo a partir de ese momento quedará debidamente acreditado ante la Administración que se ha llevado a cabo el infructuoso intento de notificación».

Y, como doctrina legal al respecto, fijó la siguiente:

En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente.

Según esta doctrina, si la notificación se practicaba por correo certificado con aviso de recibo, no era suficiente que el segundo intento de notificación infructuosa, o el rechazo de la misma por el destinatario o su representante, se llevase a cabo dentro del plazo máximo para resolver y notificar; también tenía que haber recibido la Administración actuante, dentro de ese mismo plazo, la devolución del envío por parte de la oficina de correos. Dejaba así el Tribunal Supremo la determinación del último día de la caducidad al albur de cuándo se devolviese a la Administración el acuse de recibo; es decir, a expensas de la mayor o menor dilación del servicio de correos.

Esta última exigencia era desmesurada⁷¹, toda vez que de esa posible demora no podía responsabilizarse a la Administración actuante. Pues bien, el Tri-

69. Ponente: Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez. Recurso 40/2010.

70. Ponente: Excmo. Sr. Espín Templado. Recurso 128/2002.

71. Así lo entendió José Antonio TARDÍO PATO, «Consideraciones sobre la caducidad...», art. cit., págs. 45-46, quien defendió que la fecha de devolución del envío no debe ser determi-

bunal Supremo reconoció su error y rectificó esta doctrina en la STS (Sala 3.^a, Pleno) de 3 de diciembre de 2013⁷²:

En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, «el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 [hoy 40.4 de la Ley 39/2015], en la fecha en que se llevó a cabo».

Considera esta última sentencia que la acreditación del intento de notificación «no forma parte del plazo que ha de computarse al efecto [de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento] sino que es solo una exigencia de constatación; de suerte que el período de tiempo que transcurre entre la fecha del intento y la posterior en que se hace constar en el expediente su frustración, no prolonga aquel plazo».

Con la nueva doctrina, el Alto Tribunal pone las cosas en su sitio. La notificación se considera «intentada» en la fecha en que el cartero acuda por segunda vez al domicilio del interesado; ya no hay que esperar a que envíe la documentación a la Administración y a que esta la reciba. Como bien advierte CHAVES⁷³: «El Tribunal Supremo es congruente a fin de no confundir la actividad desplegada por la Administración para “intentar” la notificación a través del cartero como brazo ejecutivo, con las vicisitudes materiales y temporales de la documentación en su retorno a la Administración, que por extraños dueños, a veces llegaba con semanas o incluso meses de distancia respecto de la fecha en que el cartero llamó por segunda vez a la puerta».

3

Bibliografía

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

DIEGO DIEZ, L. ALFREDO DE: *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008.

nante a efectos de computar el final del plazo de caducidad.

72. Ponente: Excmo. Sr. Menéndez Pérez. Recurso 557/2011.

73. José Ramón CHAVES, «Doctrina legal: la caducidad se trunca el día del intento de notificación postal», *post* de 16 de enero de 2014, en el blog *delaJusticia.com*.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Derecho administrativo español*, tomo III, *El acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona, 1997.

GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, *El acto administrativo*, 10.^a ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L.: *La caducidad del procedimiento administrativo*, Montecorvo, Madrid, 1998.

HUTCHINSON, Tomás: *Régimen de procedimientos administrativos*, 5.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2000.

MARTÍN LÓPEZ, Jorge: «La sedicente caducidad del procedimiento sancionador tributario», en *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, núm. 145, 2010, págs. 97 a 143.

TARDÍO PATO, José Antonio: «Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 298-299, 2005, págs. 11 a 53.

La responsabilidad de la Junta de Compensación y de los juntacompensantes

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Funcionario de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.

Director de Urbanismo, Vivienda y Patrimonio del Ayuntamiento de Utrera (Sevilla).

Doctorando en Derecho

1. Introducción
2. El sistema de compensación y la naturaleza jurídica de la Junta de Compensación
3. Regulación autonómica de la Junta de Compensación
4. La responsabilidad en el sistema de compensación y sus garantías. Reclamación de los sobrecostes
5. Vía para la reclamación: contencioso-administrativa / civil
6. Prescripción
7. Conclusión

Resumen

La ejecución del planeamiento es parte de la actividad urbanística, y esta actividad es reconocida como una función pública. En aquella ejecución también pueden participar los particulares, caso del sistema de compensación, en el que se limita la función de la Administración a aspectos de dirección, inspección y control. Para este sistema los propietarios de los terrenos del polígono o unidad de actuación se constituyen en Junta de Compensación, asumiendo tanto esta entidad como sus miembros una serie de obligaciones, básicamente dirigidas a la urbanización como facultad del derecho de propiedad, siendo su fin la ejecución del planeamiento.

Artículo recibido el 20/02/2018; aceptado el 02/04/2019.

En relación con la naturaleza jurídica de las Juntas de Compensación, estas entidades forman parte de la Administración pública, y su naturaleza jurídica es la de una figura típica de autoadministración a la que la ley confiere una función pública supervisada por la Administración.

Además, las obligaciones de sus componentes de abonar las cuotas de urbanización tienen carácter de ingresos de derecho público, de naturaleza no tributaria, porque no son fuentes de financiación, ni instrumentos de política económica general.

Analizaremos las regulaciones autonómicas y la legislación estatal, y básicamente la jurisprudencia, para que la Junta de Compensación pueda verse resarcida por impago de los juntacompensantes, poniendo de manifiesto los pronunciamientos hacia la vía contencioso-administrativa o la vía civil; así como las obligaciones de los propietarios y la vinculación de las fincas de cada uno de ellos a sus obligaciones.

Palabras clave: *responsabilidad; juntacompensantes; compensación; derramas.*

Liability of the Compensation Boards and their members

Abstract

The execution of the planning is part of the urban activity and it is recognized as a public function. In that execution, private parties can participate as it is the case in the compensation system, in which the Administration's role is limited to management, inspection and control. Under this system, the owners of the lands of the polygon or unit of action constitute a compensation board and they assume, both the board and the owners as a part of the board, a series of obligations in order to execute the planning and to urbanize the area as a part of the right to property.

In relation to the legal nature of the Compensation Boards, these entities are part of the public administration and their legal nature is that of a typical figure of self-administration to which the law confers a public function supervised by the administration. In addition, the obligations of the members of the Compensation Boards to pay the urbanization fees have the character of public law income: a non-tax nature because they are not a source of financing or instruments of general economic policy.

The article will analyze the Autonomous Communities' regulations, the central state legislation and the case law (contentious-administrative and civil) on the compensation of the Compensation Board in case of non-payment of the mem-

bers of the Board. The article also will analyze the obligations of the owners and the affectation their lands to those obligations.

Keywords: liability; Compensation Boards; apportionment.

1

Introducción

Para abordar la realidad del planeamiento urbanístico y su realización material a través de su ejecución y su gestión, señalar brevemente que nuestro régimen competencial se delimitó a partir de la STC 61/1997, de 20 de marzo, que, por una parte, recordó competencias legislativas del Estado sobre ámbitos vinculados al urbanismo, como la propiedad urbana (art. 149.1.8 CE), la delimitación e intervención del contenido de la propiedad privada para conseguir la igualdad (arts. 33 y 149.1.1 CE), la expropiación forzosa o la responsabilidad administrativa (arts. 33, 106.2 y 149.1.18 CE), y reconoció, sin embargo, que, «si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 C.E., párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a las que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias, los entes públicos, a saber: La utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 C.E., párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 C.E., párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el art. 53.3, inciso primero, C.E., el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del art. 47 C.E. “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (SSTC 19/1982, fundamento jurídico 6, y 45/1989, fundamento jurídico 4)» (FD 6.º, a).

La ejecución del planeamiento urbanístico y su normativa de referencia está constituida por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU); el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1976 (TRLS/1976); el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística (en adelante, RGU) para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como normativa básica estatal supletoria, y la normativa autonómica.

2

El sistema de compensación y la naturaleza jurídica de la Junta de Compensación

La ejecución del planeamiento es parte de la actividad urbanística, y esta actividad es una función pública, según reconoce el artículo 4.1 TRLSRU: «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». Función pública presente también cuando aquella ejecución la prestan los particulares como en el sistema de compensación, siendo función de la Administración la dirección, inspección y control de la ejecución (STS de 7 de noviembre de 1988). Estamos, pues, ante un supuesto de autoadministración en el sentido de gestión autónoma por los propios interesados de funciones administrativas, actuando en lugar de la propia Administración en el proceso de ejecución del planeamiento.

En el sistema de actuación urbanística de compensación, la Junta de Compensación se configura como pieza esencial y básica con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, al ser considerada como una entidad urbanística colaboradora, pero delimitada su naturaleza (Informe n.º 21/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón), pues, al obedecer a este fenómeno de autoadministración, «son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento, en virtud de una delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquella tiene naturaleza administrativa. Por estas funciones públicas desarrolladas, responde directamente frente a la Administración urbanística de la urbanización completa de la unidad de ejecución y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes, cuando así se hubiera establecido. Y solo cuando actúan en lugar de la propia Administración pública, merecen la consideración semejante a los entes públicos. Es decir, son sujetos privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas».

Consecuencia de esta realidad, por lo que se refiere al derecho a aplicar, saber que no toda la actuación de la Junta de Compensación está sometida al derecho administrativo: en la medida en que aquella gestiona intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, estará sujeta al derecho privado. Es decir, tiene una doble naturaleza (SSTS de 11 de marzo

de 1989 y 24 de mayo de 1994), y por eso la urbanización, como una facultad del derecho de propiedad, hará que la finalidad fundamental de la Junta de Compensación sea la ejecución del planeamiento. Así, la STS de 30 de octubre de 1989 (FD 3.º), recordando de nuevo la integración de la Junta de Compensación en un supuesto de autoadministración, añadió, no obstante, que ello no significa que toda actuación de la Junta de Compensación esté sometida al derecho administrativo; en la medida en que aquella gestiona intereses propios de sus medios, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al derecho privado. De ello deriva, pues, que, al contratar -ejecución de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc.-, no ha de someterse a las formalidades propias del derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas. Ahora bien, hay que saber qué funciones atribuidas por la legislación a la Junta de Compensación han sido calificadas por la jurisprudencia de servicios propios del objeto de los contratos públicos. De esta manera, que la jurisprudencia comunitaria fije que las actuaciones para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto, tales como la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos, son actuaciones propias de un contrato de servicios (SSTUE de 18 de enero de 2007, Jean Aurox y otros contra Commune de Roanne, C-220/05, y de 20 de octubre de 2005, Comisión contra Francia, C-264/03). Eliminándose así la idea de que las Juntas de Compensación obtienen una delegación de poder público, sino que se trata de una delegación exclusiva para la prestación de servicios económicos de mercado.

Por lo que hace a su componente subjetivo, la Junta de Compensación está formada por los juntacompensantes, los propietarios que se constituyen e incorporan a esta entidad urbanística colaboradora (artículo 24.2.a/ RGU). Según su artículo 24: «1. Los interesados podrán participar en la gestión urbanística mediante la creación de Entidades urbanísticas colaboradoras. 2. Son Entidades urbanísticas colaboradoras: a) Las Juntas de Compensación. b) Las Asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación. c) Las Entidades de conservación. 3. Las Entidades urbanísticas colaboradoras se registrarán por sus Estatutos y por lo dispuesto en esta sección, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos específicos contenidos en los capítulos II y III del título V de este Reglamento para las Juntas de Compensación y Asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación y de las previsiones establecidas en el capítulo IV del título II para la conservación de las obras de urbanización». Y por esta razón, los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación quedarán directamente afectados al cumplimiento de

las obligaciones inherentes al sistema, generando una afección real inscrita por nota marginal en el Registro de la Propiedad. Mientras que los terrenos propiedad de quienes no se hubieren incorporado a la Junta serán expropiados y transmitidos a la Junta, convirtiéndose en beneficiaria de la expropiación. Los derechos y obligaciones de los miembros de la Junta, recursos de la Junta, afección de las fincas, aportaciones y expropiación por incumplimientos, se harán constar en sus propios Estatutos (artículos 166 y 167 RGU).

Para saber las responsabilidades de la propia Junta de Compensación para con sus miembros, ella misma puede obligarles a pagar las cuotas en proporción a la superficie de sus terrenos y permitir la ejecución de las obras de urbanización en estos. Y de continuar su incumplimiento, provocarles la consiguiente responsabilidad. En estos términos del artículo 181 RGU se reconoce lo siguiente: «1. El incumplimiento por los miembros de la Junta de Compensación de las obligaciones y cargas impuestas por la Ley y desarrolladas en este Reglamento, incluso cuando el incumplimiento se refiera a los plazos para cumplir dichos deberes y cargas, habilitará a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos a favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria. 2. Cuando el incumplimiento consista en la negativa o retraso en el pago de las cantidades adeudadas a la Junta, esta podrá optar entre solicitar de la Administración actuante la aplicación de la expropiación al miembro moroso o interesar de la misma el cobro de la deuda por vía de apremio. Las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación». Y el artículo 182 RGU reconoce a la Junta de Compensación como «directamente responsable tanto de la urbanización como de las demás obligaciones que resulten del plan de ordenación, de las bases de actuación o del presente Reglamento»; estableciendo el artículo 183.2 y 3 RGU que «2. En cualquier caso la Junta de Compensación podrá repercutir el importe de las multas impuestas a la misma, como consecuencia de las responsabilidades en que hubiere podido incurrir, a aquellos de sus miembros que directamente intervinieran en la comisión de la infracción o hubieren percibido el beneficio derivado de la misma. 3. Para hacer efectiva la repercusión de las multas sobre los miembros de la Junta de Compensación responsables de los actos o acuerdos sancionados, podrá solicitarse de la Administración la exacción por la vía de apremio».

La función de ejecución de obra de urbanización por la Junta de Compensación nos lleva a analizar cuál sea su naturaleza. Para ello, saber que el criterio jurisprudencial (SSTS de 21 de octubre de 1987 y 24 de mayo de 1994) y del Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen n.º 69/2009, de 12 de febrero de 2009, es optar por su naturaleza administrativa, pues la obra

se destinará a un uso público; porque la personalidad de la Junta de Compensación es administrativa; porque la obra se ejecuta conforme a un pliego de cláusulas económico-administrativas aprobado por el órgano contratante. Así que, apreciándose incumplimiento de la empresa contratista, se resolviera por «la resolución del contrato, la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas con arreglo al proyecto (excluyendo las certificaciones de obra aprobadas y su correspondiente liquidación si se ha efectuado) y la incautación de la garantía luego constituida, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse para la Administración contratante por la negligente actuación de la contratista, en lo que exceda de dicha garantía».

La STS de 12 de mayo de 2005, por su parte, precisó y delimitó a la Junta de Compensación como figura clave, órgano de naturaleza administrativa, con personalidad plena y capacidad jurídica, siendo sus actos recurribles en vía administrativa, habilitándola para actuar como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquella y considerándola directamente responsable, frente a la Administración competente, de la urbanización completa de la unidad de actuación. Tales organismos «cumplen primordialmente funciones administrativas de orden urbanístico, es decir, actúan en lugar de la propia Administración pública cuando realizan por encargo de esta...». De esta manera, saber que el incumplimiento de los juntacompensantes por impago o de sus obligaciones, obtiene estos remedios legales para la Junta de Compensación: pago en terrenos, resultando adjudicatarios los socios pagadores; pago en terrenos, donde la adjudicataria será la Junta de Compensación para enajenarlos; expropiación o vía de apremio a instancia de la Junta y ejecutada por el Ayuntamiento.

Así, consistiendo la finalidad del sistema de compensación y de la actuación de la Junta de Compensación¹ en «desarrollar y ejecutar el planeamiento urbanístico de los terrenos comprendidos en el polígono o área de actuación, de tal forma que se adjudiquen a sus miembros integrantes una vez urbanizados, resultará que en sentido estricto, no disponen de fondos propios que cumplan una función similar al capital de las sociedades mercantiles, pues tanto los terrenos recibidos como las aportaciones exigidas a sus miembros, son pasivo exigible, pues se le deberán reintegrar posteriormente», por lo que, con carácter general, apuntó YÁÑEZ VELASCO² las obligaciones fundamen-

1. LÓPEZ DE SA FERNÁNDEZ, P., MARÍN VACAS, V., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y NATERA HIDALGO, R. D., *Las Juntas de Compensación y su tratamiento fiscal*, 2.^a edición, IDEOR, Caja Rural de Córdoba, 1996, p. 35.

2. YÁÑEZ VELASCO, I., «Funcionamiento y responsabilidad de las Juntas de Compensación».

tales de los miembros de la Junta de Compensación: pago de las cuotas en proporción a la superficie de sus terrenos (STSJ de Andalucía de 2 de diciembre de 1998), y permitir la ejecución de las obras de urbanización en sus terrenos (artículo 177.4 RGU). Añadiéndose que la expropiación por impago, sin embargo, es casi inviable en la práctica, ya que el artículo 181.4 del RGU dispone que se puede enervar el procedimiento de expropiación si se paga en cualquier momento antes del acta de ocupación, lo que en la práctica disuade de iniciar el procedimiento expropiatorio por impago, ya que supone un esfuerzo excesivo para que en cualquier momento todo ese esfuerzo pueda quedar sin fruto. Tan solo reseñar que, en cuanto al pago, se exige previamente su requerimiento (artículo 181.3 RGU), como reconoció la STS de 14 de mayo de 1991.

3

Regulación autonómica de la Junta de Compensación

Tras el «auténtico terremoto jurídico», como definieron MAGÁN PERALES y MORENO MOLINA³ al efecto de la STC 61/1997, que hizo saltar en pedazos el modelo urbanístico vigente hasta entonces, desapoderando al Estado de competencia en materia de urbanismo, y dando lugar a una «nueva situación caracterizada por un -si se nos permite la terminología- achique de espacios que han ido siendo llenados por las diferentes legislaciones autonómicas», las múltiples exorbitancias que la naturaleza administrativa confiere a la Junta de Compensación son, como apuntó GÓMEZ MANRESA⁴, las siguientes: la exigencia de las cantidades adeudadas a la misma por sus miembros por vía de apremio, mediante petición a la Administración actuante; la adquisición de la condición de beneficiaria de la expropiación ante el incumplimiento de las obligaciones y cargas legales por los propietarios integrantes de la misma; y la prohibición a los integrantes de la Junta de promover interdictos de retener o recobrar la posesión frente a las resoluciones de aquella, adoptadas en virtud de la facultad fiduciaria de disposición sobre sus fincas. En la otra faz, los titu-

sación y de sus miembros. Impugnación de los acuerdos de las Juntas de Compensación», *Práctica Urbanística*, n.º 4, abril 2002, p. 20.

3. MAGÁN PERALES, J. M.^a y MORENO MOLINA, J. A., «Responsabilidad en materia de urbanismo en el ámbito local», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y, en especial, de las corporaciones locales*, edición n.º 1, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2005.

4. GÓMEZ MANRESA, M.^a F., «La ejecución privada del planeamiento urbanístico», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 17/2008.

lares dominicales pueden, a su vez, impugnar los actos y acuerdos adoptados en el seno de la Junta ante la Administración y la Jurisdicción Contenciosa. Autora que realizó un minucioso estudio comparativo de las regulaciones autonómicas en la materia.

Para canalizar adecuadamente la cuestión es necesario saber cuál sea la naturaleza administrativa de las Juntas de Compensación. Se proclama esta naturaleza en el artículo 127.3 TRLS/1976 y artículo 81.1 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León; el art. 155.1 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón; el art. 83.2 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears; el art. 151.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; en Cataluña, el art. 130.6 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo; en Navarra, el art. 165.1 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo; y el art. 140.1 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.

Consideran a la Junta de Compensación como un ente corporativo de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (art. 134); el art. 108.2.a/ de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y el art. 175 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias. Mientras que en Canarias, la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos, la considera como asociación administrativa de propietarios con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines desde su inscripción en el registro de entidades urbanísticas colaboradoras (art. 227.1). Y en el País Vasco, que denomina sistema de concertación al sistema de compensación, las Juntas de Concertación tienen el carácter de agrupaciones de interés urbanístico y naturaleza administrativa para la ejecución del planeamiento urbanístico en los casos en que el sistema de actuación sea el de concertación, y como tales deberán inscribirse en el Registro de Agrupaciones de Interés Urbanístico (arts. 162.1 y 163 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo).

Estamos ante un sistema de compensación como forma de autoadministración, al organizarse los propietarios en Junta de Compensación que algunos

autores como LÓPEZ RAMÓN⁵ consideran entidad de naturaleza privada que ejerce funciones administrativas, pudiendo beneficiarse de la expropiación forzosa y de la vía de apremio aplicadas por el ayuntamiento. Otros autores -caso de PARADA VÁZQUEZ-⁶ rechazaron que tuviera naturaleza corporativa, por su existencia efímera y por su posición subordinada respecto de la Administración municipal, que ostenta amplios poderes de control y vigilancia, y que en su caso puede llegar a sustituir la gestión de esta Junta de Compensación por la gestión municipal. Resultando, en fin, que su naturaleza administrativa (artículo 26 RGU) se limita a los actos que realice como entidad colaboradora de la Administración y no a los restantes actos, que estarán sujetos al derecho privado.

4

La responsabilidad en el sistema de compensación y sus garantías. Reclamación de los sobrecostes

Analicemos a continuación cuáles serán las obligaciones de los propietarios miembros de la Junta de Compensación y la vinculación de las fincas de cada uno de ellos a sus obligaciones: gastos y costes de urbanización partiendo de una realidad deducida del artículo 26.2 RGU, y es que la Junta de Compensación tiene personalidad propia e independiente de la de sus miembros desde el momento de su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

Entre los gastos de urbanización que deben ser sufragados por la iniciativa privada o los propietarios afectados por una actuación de transformación urbanística, el TRLSRU dispone en su artículo 18.1.c): «Las actuaciones de urbanización a que se refiere el artículo 7.1.a) comportan los siguientes deberes legales: [...] c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos que se estipulen en los convenios que al efecto se suscriban y que deberán ser aprobados por la Administración actuante. En de-

5. LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 141.

6. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, 11.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 406, y ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Manual de derecho urbanístico*, 8.ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 294-295.

fecto de acuerdo, dicha Administración decidirá lo procedente». Y el artículo 18.6 TRLSRU, que «los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes de los apartados anteriores».

Y según el artículo 168 RGU: «1. Constituida la Junta de Compensación, todos los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema. 2. Los terrenos propiedad de quienes no se hubieren incorporado a la Junta serán expropiados, atribuyéndose a esta el carácter de beneficiaria de la expropiación». Y según el artículo 126.1 RGU las fincas resultantes del acuerdo definitivo de reparcelación «quedarán gravadas con carácter real al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne».

Así, en clave autonómica, también prevé el art. 133 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía la afectación real de la totalidad de los terrenos incluidos en el sector o, en su caso, unidad de ejecución al cumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes a dicho sistema. También la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears (art. 86.1) o el art. 228.1 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, en su art. 19, regula la inscripción de esta afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar, que caducará a los siete años de su fecha (artículo 20.1)⁷. A resultas de ello, en materia de prioridad de la afección inscrita, señala el artículo 19: «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el art. 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección». Señalar que el art. 128 RGU dispone: «Esta afección será preferente a cualquier otra y a todos las

7. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El urbanismo y el registro de la propiedad», en *Derecho Urbanístico de Canarias*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2009.

hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado a que se refiere el número 1 del art. 1923 del Código Civil y a los demás créditos tributarios en favor del Estado, que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección a que el presente artículo se refiere». Si bien esta inscripción de los proyectos de compensación y de las reparcelaciones correspondientes no tiene carácter constitutivo, esto es, no es requisito necesario para que dichos acuerdos sean válidos y produzcan la eficacia ejecutiva propia de los actos administrativos (STS de 9 de octubre de 1993).

Apuntar que el artículo 13.2.c) TRLSRU concreta la decisión del propietario dentro del mes siguiente a que este pueda conocer: a) las cargas de urbanización; y b) los criterios de distribución de las cargas entre los sujetos afectados por la actuación urbanizadora. «Y que los gastos de urbanización que se abonen mediante cuotas en metálico serán exigibles una vez se apruebe definitivamente el proyecto de reparcelación o equidistribución correspondiente, la cuenta de liquidación provisional del proyecto, con las correspondientes cuotas de urbanización o desde la aprobación de las cuotas, cuantía y forma de liquidación, cuando se produzca de forma independiente del Proyecto de Reparcelación».

Para situar adecuadamente el sistema de responsabilidad y el uso de facultades administrativas, saber que, con carácter general, se prevé en las diversas regulaciones autonómicas que la propia Junta de Compensación sea responsable de manera directa, frente al ayuntamiento, de la completa urbanización de la unidad de actuación, así como de las demás obligaciones inherentes a ello que prevea el planeamiento (caso de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria -art. 155.1-); y, si se establece expresamente, de la edificación de los solares resultantes (art. 133.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña; art. 127.1 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, y art. 158.1 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón). Pudiendo establecer -regula el art. 167.1 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo- «el ayuntamiento, en el acto de la aprobación inicial del Proyecto de Reparcelación, las garantías necesarias para el cumplimiento de las cargas derivadas de la ejecución de la unidad». Y por esta responsabilidad directa, en la norma murciana se aclara que «no podrá acordarse la disolución de la Junta de Compensación hasta que esta no haya cumplido todos sus compromisos de gestión urbanística» (art. 211.1 de la Ley 13/2015, de 30 de

marzo, de ordenación territorial y urbanística). Y en la vasca, que «las juntas de concertación actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas incluidas en la unidad de ejecución, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Cuando resultara necesario para la ejecución de las obras u otros trabajos relacionados con la ejecución del plan, la Administración municipal podrá imponer a sus titulares de forma forzosa las servidumbres y ocupaciones temporales precisas» (art. 163.4 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo).

Responsabilidad que se acompaña con la facultad de poderse reclamar por vía de apremio los gastos de urbanización impagados, aunque esta no se hubiere terminado y no existiere un saldo definitivo (artículo 19.2 RD 1093/1997), o acudirse a la expropiación. Así que, «por muchas que sean las hipotecas que recaigan sobre una parcela, no afectan a la garantía de los costes de urbanización que le corresponden, ya que estos costes quedan asegurados con garantía real preferente» (STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de febrero de 2016 -FJ 7.º-). Esta vía de apremio se contempla en las normas autonómicas: así, dispone el art. 211 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, que «el incumplimiento por los miembros de la Junta de Compensación de las obligaciones y cargas inherentes al sistema, habilitará al ayuntamiento, previa petición de la Junta, para exigir su pago por la vía de apremio, cuando se trate de cantidades adecuadas a la misma y, en su caso y en último extremo, a expropiar los derechos de aquellos a favor de la Junta, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria». Y en el mismo sentido, el art. 127.2 y 3 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, y el art. 142 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja. Expresamente en la Ley del suelo madrileña se reconoce que «la Junta podrá recaudar de sus miembros, por delegación del municipio, las cuotas de urbanización por la vía de apremio, pudiendo formularse contra las liquidaciones recurso de alzada ante el órgano competente del ayuntamiento» (art. 108.3.e/ de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid). Y, finalmente, citar el art. 205 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León (modificado por el Decreto 45/2009, de 9 de julio), que, en caso de incumplimiento del pago de los gastos de urbanización, reconoce que «el Ayuntamiento puede adoptar alguna o varias de las siguientes medidas, según las circunstancias del caso: a) Recaudar los gastos adeudados mediante el procedimiento administrativo de apremio. b) Ejecutar la garantía de urbanización constituida, previa tramitación de procedimiento con audiencia a los deudores. c) Someter los terrenos afectados al régimen de venta forzosa. d) Expropiar los terrenos afectados».

Afección que es una garantía *propter rem* que afecta a la finca y no a sus titulares, pues estos quedan subrogados en los derechos y en los deberes urbanísticos del anterior propietario para ser garantía del pago de las cuotas de urbanización por parte de los propietarios de las parcelas. Así, en caso de impago, estas parcelas responderán del cumplimiento de esa obligación de pago. Por tanto, además de poder acudir a la vía de apremio para reclamar aquellas cuotas impagadas, tenemos otras vías para el cobro, como es la expropiación de los terrenos por incumplimiento de su propietario de las obligaciones inherentes a la ejecución del planeamiento. Esto es debido al efecto que produce la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación, pues «supone la vinculación directa de las parcelas adjudicadas a las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema» (art. 167.4 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo).

Además, según los artículos 180.2 RGU y 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la Junta de Compensación sabrá que los terrenos incluidos y los adscritos a ellas, las fincas de resultado del expediente de equidistribución, están afectadas con carácter de garantía real al cumplimiento de los deberes de los propietarios (artículos 126 y 178 RGU), al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y a los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística. Añadiendo la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, que las Juntas de Concertación actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas incluidas en la unidad de ejecución, y que, si «resultara necesario para la ejecución de las obras u otros trabajos relacionados con la ejecución del plan, la Administración municipal podrá imponer a sus titulares de forma forzosa las servidumbres y ocupaciones temporales precisas» (art. 163.4).

En caso de impago o atrasos por los juntacompensantes de las cuotas de urbanización, al generar un perjuicio a la Junta de Compensación, este daño y perjuicio habilita a esta para su reclamación alegando daños por los intereses de demora, pudiendo aplicar analógicamente la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Esta reclamación por sobrecostes para la Junta de Compensación podrá nacer adoptándose este acuerdo de reclamar a los propietarios una derrama. Este supuesto fue el que se planteó la STSJ de la Comunidad de Madrid de 16 de junio de 2017, recordando la necesidad de delimitar la naturaleza de la pretensión, y a su vez recordando el criterio de la STS de 17 de diciembre de 2008, para la que no toda decisión de la Junta de Compensación tiene que ser controlada por la Administración, pues la fiscalización descansa no en la en-

tividad tutelada, sino en su actividad, de manera que será residenciada en la vía contencioso-administrativa cuando sea una actividad que afecte e incida en la gestión urbanística.

Delimitó LÓPEZ FARRÉ⁸ la responsabilidad de la Junta por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le corresponden a resultados del plan que se ejecuta, de las Bases de actuación aprobadas o de la propia legislación urbanística de aplicación. Siendo principal la obligación de ejecutar la urbanización completa del polígono o unidad de actuación, de la que es directamente responsable frente a la Administración. Y en caso de incumplimiento de los juntacompensantes, que dificultan la ejecución o no pagan las cuotas, dispondrá de medios jurídicos para hacerles cumplir, por tener la Junta obligación de conseguir ese cumplimiento, y sin que el incumplimiento, al margen de la acción de regreso de que dispone frente a ellos, sea excusa o eximente de su propia responsabilidad directa (STS de 16 de marzo de 1981) en los aspectos técnicos, para la correcta ejecución de las obras, y temporales, de los plazos de ejecución (artículo 182 RGU) (SSTS de 12 de junio de 2001 y 2 de febrero de 2000).

Es obligación de los miembros (artículo 181.2 RGU) la de pago de las cuotas de urbanización; su incumplimiento habilita el requerimiento previo de la Junta de Compensación al moroso (STS de 2 de octubre de 1997), sin perder de vista que los costes a asumir por los miembros no serán los inicialmente previstos, sino los reales a que hayan ascendido los gastos efectuados (STS de 24 de mayo de 1990).

Para quedar delimitada la responsabilidad patrimonial de la Junta de Compensación, esta asume el deber de urbanizar no por un previo contrato celebrado con el Ayuntamiento, sino por disposición expresa de la normativa urbanística. Por esta razón, ante una solicitud de responsabilidad patrimonial, para saber si es la Junta de Compensación la que responderá frente a terceros de los daños causados en dicha ejecución o si, por el contrario, es el ayuntamiento, que tiene obligación de la recepción de dichas obras destinadas al uso público, una vez concluidas, y los espacios afectados por las mismas, en su supuesto de provocarse un daño en un vial donde se encontraba una arqueta en mal estado, a la luz del artículo 182 RGU: «la Junta de Compensación será directamente responsable frente a la Administración actuante de la urbanización completa del polígono o unidad de actuación»; y según su apartado 2: «en

8. LÓPEZ FARRÉ, F. J., «Responsabilidad en las Juntas de Compensación», en LÓPEZ FARRÉ, F. J. (coord.), *Teoría y Práctica de las Juntas de Compensación*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 354-355 y 390.

cuanto a la obligación de urbanizar, la responsabilidad será exigible tanto en lo que afecte a las características técnicas de la obra de urbanización ejecutada como a los plazos en que esta debió terminarse y entregarse a la Administración», se resolvió en la STSJ de Cantabria, de 19 de septiembre de 2000 (FD 8.º), que «a la fecha de producción del accidente, la vía en la que tuvo lugar se encontraba abierta al uso público y en ella se ubicaba la arqueta en mal estado, de tal forma que aunque no haya habido una recepción provisional o definitiva de las obras, extremo este que además se desconoce, lo cierto es que el hecho de que la vía se encontrase abierta al público equivaldría ya a una recepción tácita de aquellas, asumiendo el Ayuntamiento, en cuanto destinatario de las obras de urbanización, la responsabilidad dimanante de las deficiencias de las mismas, que se encuentran ya destinadas al uso público».

Esta responsabilidad directa de la Junta de Compensación por las obras de urbanización que se ejecuten en el polígono o unidad de actuación, le hace asumir a su cargo (artículo 176.1 RGU), frente a la Administración competente, la urbanización completa; responsabilidad que será exigible «tanto en lo que afecte a las características técnicas de la obra de urbanización ejecutada como a los plazos en que esta debió terminarse y entregarse a la Administración» (artículo 182.2 RGU). Así, para la STSJ de Madrid, de 2 de febrero de 2000, FD 2.º y 3.º, en el caso de una inundación, acreditada que «la causa de la inundación padecida residía en la estructuración de la red de fecales ejecutada por la Junta de Compensación, en la que se produjo la unión indebida de las aguas pluviales con las fecales -unión que admite la Junta haber realizado-, y el vertido de todas ellas a través de unos trazados fuera de toda norma al colector de fecales», se resolvió de manera «indubitada, la plena responsabilidad de la Junta de Compensación, sin que sean acogibles sus alegaciones exculpatorias, tendentes a atribuir a otros dicha responsabilidad -Ayuntamiento, promotoras- y que nada prueban. El que se haya procedido a la recepción provisional o definitiva de las obras por parte del Ayuntamiento, en nada aminorar la responsabilidad legalmente contraída». No siendo tampoco admitidas alegaciones en un supuesto de responsabilidad imputable a una Junta de Compensación, como la aprobación definitiva del proyecto de compensación y adjudicación de las parcelas resultantes, parcelas que entiende afectas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes, y que la Administración debería dirigirse directamente frente a los concretos propietarios de las parcelas, por ser ella la que responde directamente frente a la Administración de la urbanización realizada. Responsabilidad directa que en modo alguno tiene por límite temporal, cual pretende el recurrente, el de la aprobación del preceptivo proyecto de compensación, ni tan siquiera el de la recepción definitiva de las obras. Aunque, eso sí, la responsabilidad así contraída deberá ser repartida,

por la propia Junta, a cada uno de sus miembros integrantes. En caso de morosidad, la propia Junta podrá dirigirse a la Administración actuante interesando el cobro de la deuda por la vía de apremio, por cuyo motivo se establece la afección o gravamen real de las fincas resultantes al pago de la cantidad que a cada una corresponda en los correspondientes gastos o costes de urbanización (artículos 169 y 178.1 RGU).

La Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en su art. 156.2, reconoce que, «en tanto no se haya procedido a su recepción por el ayuntamiento, la urbanización quedará afecta en cuanto a su mantenimiento a la responsabilidad de la Junta de Compensación o a los titulares de los inmuebles, que se subrogarán en sus derechos y obligaciones debiendo constituir la entidad de conservación correspondiente». Así que los límites de la obligación de costes de urbanización repercutible a los propietarios de la actuación -delimitó VÁZQUEZ OTEO-⁹ serán los legalmente establecidos, siendo a cargo del titular de la ejecución de la urbanización los gastos adicionales a los que se comprometa mediante su proposición o convenio. Con esta precisión el legislador termina con la posibilidad de la repercusión de las «mejoras» que la iniciativa privada acordase con la Administración actuante y que excedieran de las cargas legales, muchas veces ofrecidas para ser seleccionados como promotores o urbanizadores. Los gastos de urbanización serán los que se exijan en el planeamiento y normativa vigente respecto de las obras, internas y externas, indemnizaciones, así como costes de realojos¹⁰ y retornos. Todo gasto que exceda las anteriores obligaciones será a cargo del promotor de la urbanización y no repercutible a los propietarios. Gastos de urbanización que incluirán (artículo 113.1.c/ Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía) las obras y los gastos derivados de un convenio eléctrico (STSJ de Andalucía n.º 541/2015, de 2 julio de 2015). Lo que explica que, según el art. 131.3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña: «La disolución de una Junta de Compensación, en la modalidad de compensación básica, se puede acordar si: a) Ha cumplido sus obligaciones y ha entregado las obras de urbanización, de conformidad con el proyecto aprobado. b) La Administración competente ha recibido los terrenos

9. VÁZQUEZ OTEO, A., «Gastos de urbanización y cuotas de urbanización», *Práctica Urbanística*, n.º 100, enero 2011, p. 58.

10. FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., «El deber urbanístico de realojo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 179, 2016.

de cesión obligatoria y gratuita. c) Se ha pagado el precio justo, una vez sea firme a todos los efectos, si la Junta es la beneficiaria de la expropiación».

No olvidar que en la actuación de la Junta de Compensación habrán de respetarse los procedimientos básicos de audiencia en caso de estar ante un plan parcial de iniciativa particular. Así, se resolvió la nulidad de pleno derecho en un caso de propietarios de suelo afectados por una actuación urbanística de iniciativa particular, a los que no se les convocó ni notificó para su ordenación y ejecución por el sistema de compensación, resultando en tal caso que «no cabe iniciar el cómputo del plazo para impugnar esa regulación y actos que tan directamente les afectaron, y, en consecuencia, lo hicieron dentro de plazo al haberse dirigido al Ayuntamiento reclamando la nulidad de dicha disposición y actos de ejecución; y [...] esa total falta de notificación, a pesar de haberse ocupado bienes de su propiedad, determina que los actos de ejecución (constitución de la Junta de Compensación, aprobación de sus Estatutos y Bases de Actuación y del Proyecto de Compensación) sean nulos de pleno derecho». Nulidad que no implicará «que hayan de reponerse las actuaciones con el fin de observar rigurosamente los trámites legalmente establecidos, sino que, como plantearon los demandantes ante el Ayuntamiento y después han solicitado en el proceso, tienen derecho, al haberse llevado a cabo la ejecución del Plan Parcial, a ser congrua y debidamente indemnizados» (STS de 15 de marzo de 2011).

Gastos y obligaciones de la Junta de Compensación que en casos de expropiación suponen para ella, como recordó la STS de 6 de julio de 2015, que «el retraso en el pago no afecta en modo alguno a la situación en que se encuentran los expropiados porque aunque el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la demora en el pago del justo precio derivado de la expropiación, sí lo ha hecho el TEDH, que ha declarado que el retraso en el pago de las indemnizaciones debidas por expropiaciones implica un perjuicio que se suma a la expropiación y constituye una carga exorbitante que rompe el justo equilibrio que debe existir entre las exigencias del interés general y la salvaguardia del derecho al respeto de los bienes, razón por la cual en las ocasiones en que así ha sucedido ha considerado vulnerado el derecho a la propiedad protegido por el art. 1 del protocolo n.º 1 del Convenio de Roma (v. SSTEDH de 28 de octubre de 2004, asunto n.º 54531/2000, 22 de abril de 2004, asunto n.º 49657/1999 y 8 de enero de 2004, asunto n.º 42670/1998)». Además, la STSJ de Navarra n.º 408/2016, de 4 de octubre de 2016, en su FD 2, recordando la STS de 24 de mayo de 2007, reconoció que, en supuestos en que se condena a la Junta de Compensación a abonar en concepto de valoración compensatoria una determinada indemnización, el pago de dicha suma corre a cargo de la

Junta de Compensación, y que la Administración municipal, por ser Administración tutelante, tiene el carácter de responsable subsidiaria del mismo.

Responsabilidad de la Junta de Compensación también reconocida en la STSJ de Madrid n.º 1734/2007, de 20 de diciembre de 2007, por ocupación ilegal, y no del Ayuntamiento autor del Proyecto de ejecución de las obras, pues, llevadas a cabo por la Junta de Compensación, produjeron una ocupación ilegal, susceptible de la indemnización por los daños y perjuicios producidos al propietario de un terreno que fue ocupado a través de una auténtica vía de hecho, es decir, fuera de los procedimientos urbanísticos o expropiatorios correspondientes, al quedar demostrado que «los mismos nunca estuvieron incluidos en el Proyecto de Compensación, al no estar dentro de la delimitación del Plan Parcial, por lo que la responsabilidad que la sentencia atribuye al Ayuntamiento, a título de culpa “in vigilando” por aplicación de los artículos 175 y 182 del Reglamento de Gestión Urbanística, resulta improcedente porque, como se ha dicho la ocupación fue extraproyecto de compensación». Y «sin que pueda escudarse en que le corresponde al Ayuntamiento proporcionarle los terrenos o es responsabilidad de la Comunidad de Madrid lo relativo al trazado y ejecución de unos accesos a una carretera».

Responsabilidad de la Junta que no debe olvidar la propia de los junta-compensantes, por lo que aquella no es óbice para reconocerse la posibilidad de aprobar derramas a reclamar por esta misma Junta de Compensación. En este sentido, para su mejor delimitación, recordar la STS de 13 de diciembre de 2000 que manifestara, a la luz del artículo 69 RGU, que la participación de los propietarios en la obligación de conservación y mantenimiento de las obras de urbanización se fijará en función de la participación que se hubiese fijado en la Entidad de conservación, a través de sus Estatutos, pues para otro tipo de gastos extraordinarios se exigirá el *quorum* y el *iter* procedimental específico para la modificación de esas cuotas.

Por su parte incluiremos gastos de urbanización como aquellos necesarios para la gestión urbanística. Así, en un contrato de gestión suscrito por la Junta de Compensación con objeto de los trabajos de gestión y asesoramiento necesarios para conseguir la aprobación del Plan Parcial, incluyendo la redacción, presentación y seguimiento, hasta su aprobación de los Estatutos (STSJ de Castilla y León n.º 54/2014, de 16 de enero de 2014, FD 4.º). Gastos para los que se habilita que en el sistema de compensación, siendo los propietarios los que soportan los gastos de urbanización, «según el RGU de Canarias, los particulares afectados por obras de urbanización en una unidad de actuación, podrán reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de energía eléctrica abastecimiento de agua, saneamiento y telecomunicaciones con cargo a las empresas que prestan en los servicios, salvo la parte que deban contribuir

los usuarios según la reglamentación de tales servicios. La determinación de tales gastos se reflejará en la cuenta de liquidación provisional y se repercutirá la cuota correspondiente a la empresa suministradora por importe del coste de la primera instalación que sea exigible conforme a su legislación específica. Su cobro en caso de impago podrá realizarse por la vía de apremio de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto» (STSJ de Canarias de 29 de junio de 2015, FD 2.º). En el mismo sentido se pronunció la STSJ de Canarias de 22 de marzo de 2016, al mencionar la STS de 23 de diciembre de 1996, que, sobre el artículo 59.2 RGU, afirma que, «“cuando después de señalar que entre los gastos de urbanización que deben ser sufragados por los propietarios afectados se encuentran los de suministro de agua y de energía eléctrica, se añade ‘sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de suministro de agua y energía eléctrica con cargo a las empresas que prestaren los servicios, salvo la parte que deban contribuir los usuarios según la reglamentación de aquellos’, y ello porque dentro de la unidad de ejecución en cuyo interés se ejecuta la urbanización -conforme a este último precepto-, habrá dotaciones que no solo benefician a tales propietarios, sino a toda la colectividad” (fundamentos de derecho primero y segundo)». Asimismo, la STS de 10 de marzo de 2009, tras citar la norma propia de Cataluña (artículo 172 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Urbanismo en Cataluña), y visto el artículo 59.2 RGU, concluyó que «son las empresas suministradoras de agua y energía eléctrica las que han de satisfacer los gastos correspondientes a las instalaciones de las redes de suministro de agua y energía eléctrica, pues, si bien dichos preceptos incluyen dichos gastos entre los de urbanización que han de satisfacer los propietarios, a continuación, también contemplan y establecen el derecho de los citados propietarios para reintegrarse de los mencionados gastos “con cargo a las empresas que presten los servicios” (artículo 172), o bien “con cargo a las empresas concesionarias” (artículo 59.2) de dichos servicios». Gastos que provocaron la nulidad de los Estatutos de una Junta de Compensación por «no incluir entre los gastos de urbanización, las indemnizaciones a propietarios y arrendatarios y demás gastos que procedan para la extinción de servidumbres y derechos de arrendamiento cuando son incompatibles con el planeamiento urbanístico o su ejecución, estableciendo, por el contrario, que es a costa del propietario afectado, liberar la finca de su propiedad de todo tipo de cargas, gravámenes y arrendatario» (STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2009, FD 3.º).

Estos gastos llevaron al Tribunal Supremo a acudir al artículo 59.1 b/ RGU en relación con las denominadas obras de saneamiento que afectan a una determinada unidad de actuación o polígono. Dicho artículo prevé que «el

importe de las obras de urbanización que corre a cargo de los propietarios de un polígono o unidad de actuación comprenderá los siguientes conceptos: [...] b) Obras de saneamiento, que comprenden colectores generales y parciales, acometidas, sumideros y atarjeas para aguas pluviales y estaciones depuradoras, en la proporción que afecte a la unidad de actuación o polígono». El Tribunal resolvió que, en su conjunto, la obra de saneamiento podía ser calificada como sistema general del saneamiento, no tratándose de una obra aislada, circunscrita y cerrada en el ámbito de un determinado polígono, ya que, por el contrario, con la citada obra de saneamiento, se trataba de dar continuidad al sistema general de saneamiento (de aguas pluviales y fecales), de adaptarlo al nuevo polígono que la Junta gestionaba, y de permitir su desarrollo en otros futuros polígonos; «el servicio a una estructura urbanística superior al propio polígono, es, entre otras circunstancias, lo que ha determinado un dimensionamiento superior al concreto y específico del polígono; ello unido a razones de otra índole, de necesaria ponderación, como son las de carácter técnico y las de seguridad en el mantenimiento de las conducciones». Aunque llamando la atención sobre el hecho de que «ello no puede significar que la Junta de Compensación quede liberada de toda contribución a los gastos del sistema, ya que el mismo artículo 59, al que antes nos hemos referido, contiene una clara y expresa alusión al principio de proporcionalidad, viniendo a establecer la regla de que el importe de los de saneamiento, correría a cargo de los propietarios de un polígono o unidad de actuación “en la proporción que afecte a la unidad de actuación o polígono”». Para concluir que, «aun tratándose de un sistema general, son las peculiares características del nuevo polígono las que -en gran medida- obligan a reforzar su estructura (para soportar un relleno de más de once metros) y alterar su trazado (para que no discorra bajo naves de propiedad privada)» (STS de 24 de mayo de 2006, FD 6.º y 7.º).

Además, no olvidemos la regulación prevista en los artículos 82, 100 y 128 RGU. De manera que si, conforme al artículo 82 del RGU, el proyecto de reparcelación deberá contener una cuenta de liquidación provisional, que incluirá las indemnizaciones que correspondan a las diferencias de adjudicación que se hayan producido (artículo 100 RGU), se añade que el coste de las obras de urbanización se calculará con arreglo a los presupuestos aprobados y, en su defecto, mediante una cifra estimatoria, y que los gastos de urbanización se distribuirán a prorrata entre todos los adjudicatarios de las fincas resultantes, con arreglo al valor de estas. Finalmente, el art. 128 RGU señala que la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando se concluya la urbanización de la Unidad reparcelable, teniendo exclusivamente efectos económicos, sin afectar a la titularidad sobre los terrenos. Es, por tanto, la liquidación definitiva, que es posterior al proyecto de reparcelación, la que cierra los efectos

económicos de esta, pues hasta entonces los saldos se entienden provisionales, y si bien el importe de la indemnización viene establecido en el proyecto de reparcelación, su abono se efectúa con cargo al proyecto de reparcelación en concepto de gastos de urbanización que se han de distribuir entre los adjudicatarios de las fincas resultantes, por lo que, en definitiva, son los propietarios de los terrenos los que han de sufragar los costes de urbanización (art. 120 TRLS/76). En consecuencia, según STSJ de Madrid de 12 de julio de 2006, «una cosa es el momento de la fijación del criterio para el importe de una indemnización, otra la disponibilidad para efectuar el pago, que dependerá del momento en que se consignen las cantidades correspondientes por los propietarios y otra tercera, la elaboración de la cuenta definitiva que concluye el proceso económico» (FD 2.º).

Y visto el contenido del artículo 167 RGU respecto a las Bases de Actuación, y que, con sujeción a lo establecido en dichas Bases, se formula por la Junta el correspondiente Proyecto de Compensación, de definitiva aprobación por la Administración municipal, es en dicho Proyecto de Compensación donde se materializan los elementos básicos de las Bases, con una importante aproximación a la técnica de redistribución propia del sistema de cooperación, dada la remisión a la reparcelación. El Proyecto de Compensación permite dar cumplimiento a los deberes de equidistribución y cesión, predeterminando el coste de urbanización previsible, en principio, a cargo de cada una de las parcelas adjudicadas. Su determinación o contenido material viene fijado en el art. 172 RGU, y en él será donde, entre otros aspectos, se cuantifique el derecho de cada partícipe, se determinen las cargas y gravámenes que afecten a cada parcela adjudicada por no ser incompatible con el planeamiento, las compensaciones en metálico, si fueran procedentes por diferencias en las adjudicaciones, indemnizaciones a abonar por bienes o derechos que se extinguen, cuenta de liquidación provisional, etc. Será, por tanto, entonces -resolvió la STSJ de Andalucía de 2 de junio de 2000, FD 4.º-, «cuando se aprueba el Proyecto de Compensación, cuyos efectos jurídicos son los mismos que los de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, cuando se determine, en su caso, el importe de la indemnización que pudiera corresponder al actor y no por acuerdo adoptado en el seno de la Junta de Compensación y no incluido en el Proyecto. En la medida entonces en que todavía no se ha producido la aprobación definitiva por la Administración actuante del Proyecto de Compensación no resulta posible, no solo determinar el *quantum* sino ni siquiera declarar el derecho del recurrente a indemnización o compensación alguna por su aportación a la Junta de Compensación de terrenos con instalaciones, edificaciones y arbolado incompatible con el planeamiento».

Aclarar, sobre la naturaleza jurídica del crédito por obras de urbanización, que la ejecución de unas obras de urbanización es obra de naturaleza pública cuya titularidad corresponde a la Administración actuante (STS de 24 de mayo de 1994 y STSJ de la Comunidad de Madrid de 17 de febrero de 2016 –FJ 7.º–). Lo que unir al reconocimiento que se ha pronunciado sobre el carácter privilegiado y preferente de las cargas urbanísticas a favor de la Junta de Compensación (STS de 15 de julio de 2014). En definitiva, el ayuntamiento solamente podía ejecutar subsidiariamente las obras no ejecutadas por la Junta en los mismos términos y con las mismas unidades previstas en el proyecto aprobado (art. 175.3 RGU), sin perjuicio de actualizar los precios a la fecha de ejecución de las obras. Nos recordó así ABEL FABRE¹¹ que «la Junta de Compensación no actúa en nombre de otros, ni por autorización de otros, sino en nombre propio sobre bienes ajenos, para la consecución de un objeto común a cuantos se han incorporado a ella, e incorporados se asumen derechos y obligaciones. Participando de los beneficios que conlleva el desarrollo del planeamiento (participar en el aprovechamiento lucrativo (metros techo edificables) susceptible de apropiación privada y asumiendo obligaciones como las cargas del plan, tales como participar proporcionalmente en los costes de urbanización, hacer las cesiones de suelo de obligado cumplimiento y las específicas que imponga cada plan. Además hay que diferenciar las responsabilidades de los miembros incorporados respecto a la propia Junta, como son el pago de las cuotas o derramas para cubrir el presupuesto previstos de los actos de urbanización (STS 2 de octubre de 1997) siempre que este presupuesto fuera aprobado por el órgano de la Junta de Compensación) según el funcionamiento de la propia Junta (art.177 y 178 RGU) y de las deudas que pueda contraer la misma Junta de Compensación con terceros o por el incumplimiento de sus obligaciones frente a la Administración». Responsabilidad de los miembros (artículo 178 RGU) por impago de cantidades adeudadas (artículo 181 RGU) y responsabilidad de los miembros de la Junta frente a terceros, según ABEL FABRE, que «se limita al presupuesto aportado, tanto por el principio de justo respeto de beneficios y cargas y por la propia naturaleza de la Junta, como Entidad “ob rem” que se ha constituido “forzosamente” sin poder escoger compañeros de empresa, a los que solo les une la localización de su propiedad en un ámbito territorial predeterminado. Aunque diferencia en cuanto a esa limitación de la responsabilidad cuando esta responsabilidad nazca de la ejecución del planeamiento, donde sí actúa esa limitación de responsabilidad, de las que nazcan

11. ABEL FABRE, J., COBO OLVERA, T. y GUTIÉRREZ JULIÁN, F. J., *El sistema de compensación urbanística*, 4.ª edición, Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, pp. 116-118.

de conductas anómalas de miembros para con la Junta. Caso de obstrucción injustificada en la ejecución del plan que origine pérdidas importantes, o la comisión de infracción urbanística que haga que la Administración sancione a la Junta, impago de derramas cuando la Junta asuma la edificación... en estos supuestos no hay limitación de responsabilidad, sino que debe regirse por los principios generales». En última instancia recordar que, para la STS de 9 de julio de 1990, los costes de urbanización, vistos los artículos 126 y 178 RGU, quedan asegurados con garantía real preferente a cualquier otro y a todas las hipotecas y cargas anteriores, encontrándonos ante una hipoteca legal tácita.

Por su parte, según la STSJ de Andalucía de 5 de febrero de 2000, advirtiéndole que las Juntas de Compensación formadas por los propietarios afectados por un polígono o unidad de actuación disponen de plena capacidad, se admitiría que en sus bases de actuación se fijen los intereses que deben abonar los miembros en caso de retraso en el pago de cantidades adeudadas. Y «la circunstancia de que el art. 181 RGU faculta a las Juntas de Compensación para que interesen de la Administración actuante el cobro de la deuda por la vía de apremio, no significa que los intereses han de ser fijados siguiendo el art. 109 del Reglamento General de Recaudación, dado que ese procedimiento de apremio no puede instarse, según el art. 181.3 RGU, sino transcurrido un mes desde el requerimiento de pago efectuado por la Junta de Compensación al miembro moroso, requerimiento que comprenderá no solo el principal, sino también los intereses señalados en las Bases de Actuación». No obstante esto, saber que las cuotas de urbanización de naturaleza pública vinculadas a una actividad pública de interés general, que se vinculan a la ejecución del planeamiento urbanístico y al cumplimiento de sufragar los gastos de urbanización, no tienen, pues, naturaleza civil (STS 26/2015). Cuotas de urbanización que no tienen el carácter de tributos, sino de ingresos de derecho público de naturaleza parafiscal (STS de 11 de julio de 2007), como prestaciones patrimoniales de carácter público de imposición coactiva al propietario. Siguiendo este criterio, las cuotas urbanísticas las deben abonar «los propietarios en cumplimiento de una obligación legal urbanística, la de costear la urbanización del sector en el que se encuentren sus fincas. El giro de cuotas urbanísticas no deja de ser un sistema de atender al justo reparto de beneficios y cargas urbanísticas entre propietarios afectados» (STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2008). Sin olvidar que según la STS de 3 de diciembre de 1999, sobre el pago de cuotas de urbanización por los juntacompensantes, los costes de urbanización deben ser sufragados por los propietarios en un sistema que es de autoadministración, por lo que adquiere relevancia el principio de adopción de acuerdos. De este modo, son los estatutos los que tienen que señalar cómo acordar estos actos de pago que no agotan la vía administrativa hasta tanto no haya transcurrido

el plazo para interponer el recurso de alzada por su destinatario. Afirmando la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2015, FD 4.º, y recordando su Sentencia de 11 de octubre de 2013, que las cuotas de urbanización no tienen naturaleza de deuda tributaria. Se sigue así el criterio de la STS de 11 de julio de 2007, al expresar que «las cuotas de urbanización no son tributos (en ninguna de sus categorías de impuestos, tasas o contribuciones especiales) sino ingresos de derecho público de naturaleza parafiscal». En la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2013 se afirmó que «las cuotas de urbanización no constituyen tributos, en ninguna de sus vertientes, es decir, impuestos, tasas o contribuciones especiales, sino que se trata de cargas distintas, derivadas de la obligatoria pertenencia de los propietarios de parcelas incluidas en ámbitos de gestión».

En el contenido propio de la ejecución del planeamiento se encuentran -diferenció VÁZQUEZ OTEO-¹² tanto la gestión como la ejecución material de las obras de urbanización, su organización temporal, las operaciones de cesión y, en su caso, equidistribución, y la realización de los proyectos técnicos y jurídicos precisos, tal y como se desprende del artículo 86 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Asumir los costes de urbanización es una de las obligaciones legales que, con carácter real, impone la legislación general para los suelos urbanos y urbanizables (artículos 14 y 18 LRSV) y que desarrolla la propia Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía en sus artículos 51, 52 y 54. Obligaciones que permitieron recordar a las SSTS de 30 de octubre de 1989 y 21 de diciembre de 1983¹³ que la Junta de Compensación actúa como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios que son sus miembros. Titularidad que habilita a la Junta para disponer de las fincas mediante el Proyecto de Compensación, dentro del cual puede reservarse aquella superficie o parcelas para enajenarlas directamente con el fin de sufragar los gastos de urbanización (arts. 172 d/ y 177.1 RGU). Para interpretar la aportación fiduciaria de una finca por los propietarios a la Junta de Compensación, BALLESTEROS FERNÁNDEZ¹⁴ señaló que «la Junta, más que fidu-

12. VÁZQUEZ OTEO, A. J., «Andalucía. El agente urbanizador, no propietario, en los sistemas de expropiación, cooperación y compensación», en *El Agente Urbanizador*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2005.

13. MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y VILLAR EZCURRA, J. L., «El sistema de compensación como forma de ejecución del planeamiento urbanístico», en *Aspectos Tributarios de las Juntas de Compensación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 38 y 45.

14. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., «El Sistema de Compensación», *El Consultor*, n.º 21, 1993, p. 2607, y VEGA SORROSAL, L., «Naturaleza jurídica de la transmisión de terrenos a favor de las Juntas de Compensación por los propietarios incorporados al sistema (la “posesión

ciaria, actúa como mandataria o representante de los propietarios, quienes, en el supuesto normal de no transmisión de sus propiedades a la Junta, conservan la plena disponibilidad de los mismos».

Y respecto a la naturaleza jurídica de las cantidades adeudadas como cuotas de urbanización, se encuentra discutida en la doctrina y la jurisprudencia, apurando CHINCHILLA PEINADO¹⁵ las dos posturas cuando intervienen las asociaciones de propietarios. De una parte se afirma que las cuotas urbanísticas debidas por los miembros de las diferentes asociaciones de propietarios, aun cuando sean percibidas por los ayuntamientos utilizando el procedimiento de apremio, no tienen la condición de ingresos de derecho público (STSJ del País Vasco de 8 de octubre de 2004). Al respecto se aduce que resulta evidente que los ayuntamientos, aun cuando para su recaudación utilicen una facultad administrativa reconocida en la ley, sin embargo no pueden disponer de los importes correspondientes para satisfacer necesidades públicas, sino que han de entregarlos a las Juntas de Compensación o Conservación, que son las entidades materialmente acreedoras de las deudas de los propietarios incumplidores (STS de 10 de octubre de 2007). Por ello su recaudación no puede ser objeto de delegación en organismos autonómicos bajo la cobertura de los arts. 7 y 8 del 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. Sin desconocer esta realidad, de otra parte se afirma que las cantidades objeto de apremio traen causa de los costes de urbanización de una concreta actuación urbanística, lo que hace que estas cantidades, en atención a los fines de interés general que deben atender y a la norma de carácter público que las impone, deban merecer la consideración de prestación de derecho público (STSJ de Madrid de 8 de abril de 2005). Esta última postura parece más adecuada. La consecuencia es que se aplica el plazo de prescripción regulado en el art. 15.1 de la Ley General Presupuestaria. Además, al configurarse como un ingreso de derecho público, la utilización de la vía de apremio determina la procedencia del recargo del 10 o del 20 %, en función de que se proceda a su pago antes o después de la notificación de la providencia de apremio (STSJ de Castilla y León –Valladolid- de 4 de junio de 2004).

En cualquier caso resultará imprescindible que la Junta de Compensación acredite mediante informe pericial la relación de causalidad de esta morosidad

fiduciaria de la junta”)), *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 24, 1998, 3552.

15. CHINCHILLA PEINADO, J. A. y SÁNCHEZ GOYANES, E., «Artículo 45. Ejecución forzosa y vía de apremio», en *Ley del Suelo. Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, LA LEY, Madrid, 2009.

como causa de los sobrecostes, así como quiénes sean los morosos para reclamarles (STSJ de la Comunidad de Madrid, de 26 de febrero de 2016).

5

Vía para la reclamación: contencioso-administrativa / civil

Vista la naturaleza jurídica de la Junta de Compensación se puede sostener que cuando ejecute actos internos, al ejercer su función pública, se acudirá a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues en estos casos actúa como Administración pública, pero cuando sean actos que no sean propios de esa función pública: contratación de personal, venta de terrenos, petición de créditos..., se podrá someter la impugnación de estos actos a jurisdicción civil.

Entre los llamados por BENGOTXEA ARRIETA¹⁶ «artificios procesales» para reclamar cuotas de urbanización a terceros adquirentes en los sistemas de cooperación y compensación: jurisdicción civil, arbitraje y naturaleza de la afección urbanística, en el supuesto de que el tercer adquirente ha adquirido una finca cuyos propietarios anteriores no han abonado las cuotas de urbanización, el demandante debería haber iniciado el mecanismo coactivo de pago en especie previsto en el convenio, y que consiste en solicitar al ayuntamiento la aprobación de una modificación del proyecto de reparcelación, en la que se adjudique al demandante una parcela con la edificabilidad equivalente a las cuotas de urbanización que reclama en metálico en la vía civil. Cualquier cuestión sobre el cumplimiento, efectos y extinción del convenio corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y es así porque nos encontramos ante un convenio urbanístico de ejecución del planeamiento (STS de 28 de noviembre de 2007). Recordando el criterio de la STS, Sala de lo Civil, 262/2007, de 28 de febrero, consistente en que, si se tiene en cuenta que la exigencia de responsabilidad por impago de las cuotas de urbanización trae causa, esencialmente, de la normativa urbanística, debe conocerse que «i) ante la ausencia de relación contractual con la demandada y de una norma civil que ampare directamente la pretensión y ii) que el verdadero núcleo para decidir la pretensión sea la interpretación y aplicación de la normativa urbanística resulta competente la jurisdicción contencioso-administrativa».

A pesar de lo dicho, ABEL FABRE¹⁷ afirmó que «la verdad es que su naturaleza jurídica y el hecho de que el artículo 65 del Reglamento de Gestión

16. BENGOTXEA ARRIETA, F., «Artificios procesales para reclamar cuotas de urbanización a terceros adquirentes en los sistemas de cooperación y compensación: jurisdicción civil, arbitraje y naturaleza de la afección urbanística», *Diario La Ley*, n.º 8380, 2014.

17. ABEL FABRE, J., *El sistema de compensación urbanística*, Bosch, Barcelona, 2000,

establezca que el incumplimiento por los propietarios de suelo de las obligaciones y cargas que se fijan en este Reglamento dará lugar a la exacción de las cuotas de urbanización por la vía de apremio o a la expropiación por la Administración de los terrenos afectados al cumplimiento de las cargas, parece inclinar la balanza en favor de la tesis que mantiene que las reclamaciones de las entidades urbanísticas a sus miembros morosos son actos que quedan dentro del ámbito administrativo de aquellas, sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues lo cierto es que para resolver la cuestión controvertida no se ha de atender a la naturaleza jurídica pública o privada de la entidad urbanística, sino al carácter de la relación jurídica de la que emana la actuación reclamatoria de la entidad, pues si el aspecto público o administrativo queda amparado a través de la legislación urbanística, el aspecto privado o civil vendrá normado por el acuerdo o compromiso establecido con el ayuntamiento donde se ubique la urbanización -sus estatutos-, quedando sujetas a la jurisdicción civil las controversias que en este específico orden jurisdiccional se produzcan, pues de esta jurisdicción solo quedan excluidas las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo (art. 9.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo cierto es que las relaciones existentes entre las entidades urbanísticas y sus miembros en aras a hacer efectivo por estas el cobro de las cantidades adeudadas por aquellos, se convierte en un acto de derecho privado, pues se incardinan en el ámbito privado de las relaciones de la entidad con los propietarios y por tanto sujeta al enjuiciamiento de la jurisdicción civil, al no versar sobre la revisión de ningún acto administrativo o de carácter público, si bien en estos casos el legislador ha dotado a las entidades urbanísticas, como privilegio concedido por la importante función que desarrollan, de procedimientos administrativos adicionales para hacer efectivas las obligaciones dinerarias asumidas frente a las mismas por sus beneficiarios, cuales son la vía de apremio y la expropiación [...], pero sin que ello signifique imposibilidad de recurrir a la vía civil ordinaria para su reclamación si renuncian a acudir a esos procedimientos adicionales, por lo que resulta clara la competencia de la jurisdicción civil en dichos supuestos».

Para complicar aún más el asunto citar que la procedencia de la jurisdicción civil en la resolución de las reclamaciones dinerarias efectuadas

pp. 158, 163, 165 y 169; LÓPEZ FARRÉ, F. J., «Entidades urbanísticas colaboradoras: su naturaleza jurídica y competencia de la jurisdicción civil en las reclamaciones efectuadas a sus miembros, sus acuerdos, similitud con otro tipo de figuras, legislación aplicable en sus relaciones y procedimientos civiles para su reclamación», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 24, 1999, p. 3797, y CORRAL GARCÍA, E., «Las Entidades de Conservación», *Práctica Urbanística*, n.º 16, mayo 2003, p. 14.

por las entidades urbanísticas de colaboración contra sus beneficiarios viene avalada por nuestra jurisprudencia. En este sentido citar las SSTS de 31 de octubre de 1992 y 24 de junio de 1996, así como las Audiencias Territoriales de Toledo, Sentencia de 26 de noviembre de 1997, o de Murcia, Sentencia de 21 de octubre de 1997. Por contra, la doctrina contraria a la competencia de la jurisdicción ordinaria se concreta fundamentalmente en la Audiencia Provincial de Murcia, Secc. 4.^a, sentencias de 14 de septiembre de 1995, 19 de septiembre y 25 de noviembre de 1996, y la Audiencia provincial de Zaragoza, Secc. 4.^a, Sentencia de 12 de mayo de 1998.

Resulta clave en esta disyuntiva acudir al giro que provocaron la STS de 10 de febrero de 2015 y el Auto TS de 18 de marzo de 2015, al ser favorable a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de actos de la Junta de Compensación que entren en el campo de la gestión urbanística, caso de las cuotas de urbanización (STS de 24 de mayo de 1994). Así, analizando la STSJ de Aragón de 3 de octubre de 2014, recurso 122/2014, HERNÁNDEZ JIMÉNEZ¹⁸ concluyó que «si la Junta de Compensación, en el ejercicio de la actividad urbanizadora que le es propia, mantiene deudas con terceros y estas son reconocidas por sentencia firme, a falta de liquidez de la Junta de Compensación deudora para dar cumplimiento a la sentencia condenatoria, los integrantes de la Junta de Compensación, serán quienes deban asumir el deber de cumplimiento del fallo de la sentencia objeto de ejecución».

En definitiva, para entender la dificultad de dónde residenciar la reclamación, citar la Sentencia Civil n.º 41/2015, AP de Segovia, Sección 1, Rec. 53/2015, de 7 de abril de 2015, que expuso esa evolución jurisprudencial señalada que ha pasado de la doctrina clásica, caso de las SSTS de 31 de octubre de 1992, 24 de junio de 1996 o 31 de octubre de 1996, y las sentencias AP Valladolid de 19 de julio y 7 de noviembre de 2012, AP Barcelona, secc. 19.^a, de 3 de julio de 2008, o AP Madrid, secc. 21.^a, de 22 de enero de 2001, que admitían la vía civil para residenciar las reclamaciones económicas por actos derivados de su carácter administrativo de las Juntas de Compensación, a la actual que las residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa (SSTS 116/2012, de 29 de febrero, o 172/2013, de 6 de marzo, que manifestó: «esta Sala tiene declarado (STS de 29 de febrero de 2012, RIP núm. 1881/2009), que corresponde al orden jurisdiccional civil, según el artículo 9.1 LOPJ, el conocimiento de los conflictos *inter privatos* (entre particulares), puesto que

18. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H., «No limitación de responsabilidad de los propietarios integrantes de una Junta de Compensación respecto de las deudas de esta», *Práctica Urbanística*, n.º 133, 2015.

se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (STS de 2 de abril de 2009, RC núm. 1266/2009). El orden jurisdiccional contencioso-administrativo es competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos administrativos sujetos al derecho administrativo, de acuerdo con el artículo 9.4 LOPJ (SSTS de 16 de junio de 2010 y 2 de abril de 2009)». Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer y aplicar un convenio transaccional suscrito por el presidente de una Junta de Compensación, en representación de la misma, con uno de los miembros, con la finalidad de solventar discrepancias (STSJ del País Vasco, de 23 de marzo de 2016, FD 7.º). Actualmente, por tanto, la postura jurisprudencial es residenciar estas cuestiones en la vía contencioso-administrativa cuando se engloben en la gestión urbanística de la Junta de Compensación.

Acreditada la relación de causalidad y cumplidas sus obligaciones, a la Junta de Compensación, caso de sufrir perjuicios económicos por impago o demora de alguno de los propietarios, se le ha de abrir una vía contencioso-administrativa para su satisfacción. De no reconocerlo podríamos estar ante un supuesto de enriquecimiento injusto, pues los propietarios morosos verían incrementados sus beneficios a costa de los cumplidores. Para ello deberán analizarse los actos de la Junta de Compensación, y entre estos, diferenciar cuándo se incluyen en la gestión urbanística y cuándo son de contenido privado entre la propia Junta de Compensación y sus miembros.

No olvidemos que, en el sistema de compensación, la ejecución de la urbanización por los propietarios incluidos en el perímetro de la unión de ejecución lo es con solidaridad de beneficios y cargas, y una derrama aprobada en asamblea de la Junta de Compensación, puede ser considerada como decisión interna entre aquella y alguno de sus propietarios incumplidores para residenciarla en sede civil. Así, si en el sistema de compensación la función de la Administración, además de velar por la debida ejecución de la urbanización, es resolver los recursos de alzada interpuestos contra los actos aprobados por sus órganos de gobierno, ello nos habilita para pensar en la vía civil para reclamar las derramas, pues los actos objeto del recurso de alzada lo serán tan solo cuando tengan trascendencia pública, cuando afecten a la actividad administrativa, y no de ser decisiones particulares de derecho privado, pues la tutela y fiscalización municipal está orientada no a la entidad, la Junta de Compensación, sino a su actividad (STS de 24 de mayo de 1994).

Ahora bien, para la búsqueda de una vía civil para residenciar reclamaciones a los juntacompensantes, citar que la STSJ de Madrid, de 16 de junio de 2017, manifestó que, «incluso, no se acierta a discernir si en su alegato final se comprende o no la ablación de la vía civil para acudir a solventar cuestiones

como las que allí se tutelaba». Por tanto, si tras las obras de urbanización el sobrecoste para la Junta tuvo origen en la demora, para satisfacer sus pérdidas podrá aprobar una derrama exigible al moroso.

Ahora citar la Sentencia AP de Burgos 262/2012, de 28 de junio (FD 3.º), advirtiendo que la Junta de Compensación es un órgano de colaboración de la Administración en materia urbanística, la obligada a realizar las obras de urbanización correspondientes (artículos 175, 176 y 182 RGU), y viniendo obligados los propietarios a abonar los gastos de ello derivados en proporción a su cuota de participación en dicha Junta de Compensación (artículo 58); está facultada dicha Junta para reclamar las cantidades debidas por motivo de las obras de urbanización, acudiendo incluso a la vía de apremio (artículo 181.2), aclarando que «la posibilidad de acudir a la vía de apremio contra el moroso ha sido considerada, no obstante, como un privilegio que no impide a las Juntas de Compensación o Entidades Urbanísticas Conservadoras acudir a la vía civil; distinto es que las Juntas de Compensación deban necesariamente acudir a la vía de apremio a través del ayuntamiento correspondiente, pues lo cierto es que pueden renunciar a ello acudiendo a los tribunales, siendo claro entonces que los tribunales competentes serían los civiles, pues sería imposible acudir a la vía contencioso-administrativa para reclamar lo que en definitiva son cuotas para la conservación, mantenimiento y servicios de determinada urbanización (STS de 31 octubre 1992, 24 junio 1996 y 19 diciembre 2003)». Concluyendo el FD 3.º: «claramente favorable a la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones de cuotas por las entidades colaboradoras en temas urbanísticos respecto a las deudas de sus integrantes, pese a su clara naturaleza administrativa, sin que afecte a tal competencia el hecho de que los acuerdos aprobando las respectivas cuotas hayan sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

En la práctica, de instarse la vía de apremio (artículos 70 y ss. del Reglamento General de Recaudación), la Junta de Compensación puede encontrar una enorme dificultad ante la posible inactividad del ayuntamiento. En estos casos debemos recordar, con la jurisprudencia, la obligación del ayuntamiento de hacer frente a esta solicitud, con los daños que esta pasividad provocaría en los propietarios diligentes en el pago y «primordialmente para el interés público que demanda que el Plan se realice en sus términos y plazos» (STS de 26 de abril de 1988). En estos supuestos se instará por la Junta de Compensación interponer recurso contencioso-administrativo contra esa inactividad municipal, y solicitar no solo que se le obligue a actuar, sino también una indemnización por el perjuicio causado por el funcionamiento anormal del servicio (artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), generando una inejecución del Plan.

Recordar además que la STS de 31 de octubre de 1992 puso de manifiesto la facultad de reclamar por la vía de apremio como un privilegio para la Junta de Compensación. Y que para el Auto del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2012 «carece de sentido sostener la competencia de la jurisdicción civil para declarar la existencia de una obligación de carácter administrativo que, además, resulta exigible directamente mediante la vía de apremio, con las consiguientes garantías jurisdiccionales de otro orden, sin que pueda admitirse que los estatutos de la propia entidad puedan contener normas que determinen la jurisdicción que ha de resultar competente, habilitando -como en este caso sucede- a la propia entidad para seguir a su elección la “vía de apremio” o la “vía civil”, de modo que, como sostiene la parte recurrente, la primera sea un privilegio concedido por el legislador, que puede usar o no, pero que *no puede suponer una renuncia o imposibilidad de acudir a la vía civil*».

Recordar asimismo la calificación que el Tribunal Supremo atribuye (SSTS de 15 de julio y 21 de julio de 2014) de *créditos concursales con el privilegio especial* del artículo 90.1.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de preferencia de los créditos de la Junta de Compensación que radica en la naturaleza de garantía real que se crea sobre las fincas, pues los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes urbanísticos. Y sin impedir que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial (artículo 90.2 Ley 22/2003, de 9 de julio).

En conclusión, para saber a qué vía jurisdiccional acudir hay que conocer qué incluimos en gastos de urbanización, para dilucidar qué tipo de responsabilidad asumen los propietarios copartícipes. La STSJ de Castilla y León de 18 de mayo de 2007 optó por un concepto muy amplio de los gastos de urbanización, precisando que «el proyecto de urbanización no es conforme a derecho cuando prevé que los costes por limpieza y descontaminación de los suelos y subsuelos se imputan a los propietarios de las parcelas contaminadas por cuanto que también tales gastos, al igual que los demás costes de urbanización exigidos por la presente gestión urbanística, deben ser sometidos a reparto y equidistribución entre los propietarios del sector; [...], y todo ello sin perjuicio del derecho a repercutir dichos gastos que se reconoce a la Junta de Compensación frente al causante de dicha contaminación en aplicación de la legislación sectorial correspondiente».

Así, la STS de 31 de octubre de 1992, en un supuesto de reclamación civil por cantidades adeudadas a la Junta de Compensación por los miembros de la misma, declaró que el procedimiento de apremio administrativo de que goza como privilegio no le impide acudir a los órganos jurisdiccionales del orden civil para exigir la efectividad de tales deudas; doctrina que reiteró la STS de

24 de junio de 1996 y que permite la plena aplicación a este supuesto, habida cuenta de que la cantidad reclamada a la Junta procede de relaciones civiles en relación con la urbanización. Y como más reciente podemos citar la STS de 19 de diciembre de 2003 en el mismo sentido.

Sobre la actividad contractual de la Junta de Compensación, calificada de sorprendente según TEJEDOR BIELSA¹⁹, prácticamente nula vigencia de la normativa de contratación del sector público en relación con determinados ámbitos de la actividad urbanística y, en particular, con la actividad urbanizadora; según la STS de 19 de julio de 2003, se residenciará la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver las cuestiones relativas a los contratos perfeccionados por las Juntas de Compensación por entender que, al ser estas Administración pública, aquellos son contratos administrativos (STS -Sala de lo Civil- de 23 de junio de 2010). Doctrina jurisprudencial que descansa, esencialmente, en la apelación al artículo 127.3 del TRLS 1976, y cuya aplicación se justifica en la calificación de la obra de urbanización como obra pública y en su ejecución como el fin específico de la creación de la junta de compensación.

En fin, no olvidar la dificultad que supusieron para acudir a la vía civil la STS de 10 de febrero de 2015 y los AATS de 30 de mayo de 2012 y 18 de marzo de 2015, en que en una reclamación de cuotas por parte de una entidad urbanística a uno de sus comuneros se dispuso «la falta de competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento del presente asunto».

Mientras que por su parte la STS de 19 de diciembre de 2003, analizando la naturaleza de los actos de la Junta de Compensación, manifestó que alguno de estos actos, no obstante la naturaleza administrativa de la Junta, son actuaciones eminentemente privadas, sometidas al orden civil, pues «es lo cierto que poseen personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y que a las mismas se les encomienda una serie de actuaciones de carácter evidentemente privado, como son, por ejemplo, el pago de los proyectos de urbanización, la contratación de las obras para su ejecución así como la enajenación de terrenos o la concertación de créditos con garantía hipotecaria de las fincas pertenecientes a propietarios que sean miembros de ellos para hacer frente a los gastos generados. No puede dudarse que en el desarrollo de todas o de alguna de estas actuaciones de naturaleza evidentemente no pública, sino privada, pueden surgir conflictos cuyo conocimiento necesariamente corresponderá a la jurisdicción civil». Citar también a

19. TEJEDOR BIELSA, J., «Hacia un urbanismo sostenible», en *Estudios sobre la modernización de la Administración local: teoría y práctica*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2009.

la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, que en su Sentencia de 19 de julio de 2012 (FJ 5.º), siguiendo la doctrina de las SSTs de 24 de junio y 31 de octubre de 1996, en una reclamación de cuotas efectuada por una entidad urbanística a uno de sus miembros, estudiando si pertenecía a la esfera civil o administrativa, además de acudir a la vía de apremio, lo calificó de privilegio de las entidades urbanísticas colaboradoras, al que podían renunciar para acudir a la jurisdicción del orden civil.

6

Prescripción

Por una parte, apuntar que el artículo 128.1 RGU 3288/1978 estipula que «la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando se concluya la urbanización de la unidad reparcelable y, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación».

Hay que tener en cuenta que nuestra jurisprudencia ha declarado que el citado plazo de cinco años es de carácter prescriptivo y plazo límite para aprobar la liquidación definitiva a través de una interpretación literal del precepto (STS de 8 de noviembre de 2002). Y en este mismo sentido se pronunció el TSJ de Madrid en su Sentencia de 10 de mayo de 2007, al afirmar que «la aprobación provisional de la cuenta definitiva, es el momento final del plazo prescriptivo y no la aprobación definitiva». También la STS de 13 de mayo de 2010 consideró el plazo de 5 años como un plazo límite para aprobar la liquidación definitiva. Y según la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de enero de 2001 «es la liquidación definitiva de la reparcelación la que debe aprobarse, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación, sin que de tales preceptos resulte la posibilidad de aprobar sucesivas cuentas de liquidación provisional ante el transcurso del citado plazo de cinco años».

Y por otra parte, para la reclamación para exigir el pago de cuotas de urbanización se dispone de un plazo de prescripción. No obstante, saber la inaplicación a las cuotas de urbanización del plazo prescriptivo de cuatro años previsto para los tributos, como opción de las SSTSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2004, de 6 de julio de 2010 y de 7 de mayo de 2012, STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2006, y STSJ de la Comunidad de Madrid de 6 de marzo de 2015. Mientras que aplicó el plazo de 4 años la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2002. En conclusión, aplicándose el plazo prescriptivo para el cobro de la liquidación de tales cuotas como obligación personal del propietario de los terrenos de costear las obras de urbanización, hay que estar a lo dispuesto en los artículos 1964 y 1107 del Código Civil.

Así, la STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2013 recordó que «las cargas urbanísticas no tienen un término especial de prescripción y por ello se debe estar de forma supletoria a lo dispuesto para la prescripción de las acciones personales»; y la STSJ de Cataluña n.º 250/2012, de 30 de marzo de 2012, llega a determinar que al ser un ingreso de derecho público, pero tener naturaleza urbanística, que no tributaria ni presupuestaria, y no estableciéndose algún plazo de prescripción específico, se ha de estar al plazo de prescripción de las acciones personales establecidas en el art. 1964 del Código Civil, y que es el de quince años. Criterio reflejado en la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2013, para la que no es correcto acudir a la Ley General Tributaria y a la General Presupuestaria, a las que remite la Ley de Haciendas Locales, ante la falta de regulación específica en la legislación urbanística, sino que el plazo de prescripción que rige en esta materia es el establecido en el Código Civil (STS de 21 de octubre de 1987), en razón, como expresamente señala esta sentencia, a que la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación, «en la gestión compensatoria de este sistema de actuación urbanística, no quiere decir que las reclamaciones que surjan, *inter privados*, se vean favorecidas, para los incumplidores, con los breves plazos prescriptivos imperantes, por lo general, en el derecho administrativo».

7 Conclusión

La Junta de Compensación²⁰ es una «entidad urbanística de derecho público, persona jurídico-administrativa. Urbanística visto su objeto o fin, como es la ejecución del planeamiento. Y de carácter sectorial que actúa en un ámbito concreto, constituido por el polígono, unidad de actuación o ejecución y dentro de los cuales tiene limitada su competencia. Además como mínimo a efectos procedimentales es Administración pública. Sin que esto, no conlleve de manera implícita que todos sus actos sean administrativos. Además de añadirse las notas de ser atípico como ser persona de derecho público, al formarla particulares que persiguen un fin lucrativo privado y que para alcanzarlo se ven forzados a colaborar con la Administración en el desarrollo urbanístico, urbanizando y cediendo parte de su patrimonio a la colectividad. Además son descentralizadas pues nacen a partir de la voluntad de

20. ABEL FABRE, J., COBO OLVERA, T. y GUTIÉRREZ JULIÁN, F. J., *El sistema de compensación urbanística*, 4.ª edición, Bosch, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2014, pp. 116-118, y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., «Los sistemas de compensación y cooperación», en *Derecho Urbanístico de Andalucía*, edición n.º 2, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2006.

sus propietarios de ejecutar el sistema y a la que solo se incorpora un representante de la Administración para coordinar y tutelar, sin dependencia orgánica de ningún ente administrativo (STS 12 de mayo de 2005) y finalmente son auto administradas (STS de 11 de marzo de 1989), pues serán los propietarios incorporados los que desarrollan la función pública de ejecución del planeamiento, elaboran el Proyecto de Urbanización y el Proyecto de Compensación/Reparcelación, eligen los técnicos que consideren y contratan con las empresas urbanizadoras sin necesidad, si lo desean, de concurso público ejecutando las determinaciones del planeamiento mediante gestión privada».

Las cuotas de urbanización no son tributos a los efectos del artículo 2.2 LGT (SSTS de 27 de enero de 2012, FJ 6.º, y de 10 de diciembre de 1997, FJ 4.º). Resultando que si la aprobación del proyecto de reparcelación produce la afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente, para RODRIGO MORENO²¹ no es sino que «la carga real garantiza el pago de las cuotas de urbanización por parte de los propietarios a la Junta de Compensación y, además, la responsabilidad de la Junta de Compensación ante el ayuntamiento por razón de la urbanización completa y demás obligaciones dimanantes de la gestión urbanística».

No obstante, el intento de acudir a la vía civil, siendo la doctrina jurisprudencial actual la de residenciar en sede contenciosa las reclamaciones por derramas, puede apoyarse en la STSJ de Madrid, de fecha 16 de junio de 2017, y la Sentencia de la AP de Ourense, de 21 de febrero de 2017. Además, obligaciones como son las cuotas de urbanización tienen la condición *propter rem*, por lo que de ellas responde el bien (artículo 18.6 TRLS 2015), y como ha manifestado el Tribunal Supremo, son una especie de hipoteca legal tácita; por esta razón, a efectos de prescripción, al igual que para las obligaciones urbanísticas, mientras no se practiquen las liquidaciones y se aprueben y notifiquen las cuotas no existe prescripción, pues el bien responde de las obligaciones urbanísticas que le son inherentes. Así, por lo que respecta a la naturaleza de crédito derivado de una derrama, facturada por una Junta de Compensación, sobre créditos concursales con privilegio especial (STS 9 de julio de 1990), se tratará de considerar las obligaciones derivadas de los planes

21. RODRIGO MORENO, F., «Tres problemas urbanísticos: integración de los edificios en el Patrimonio Municipal del Suelo, destino de los bienes integrantes de este patrimonio y extensión subjetiva de la carga real en el sistema de compensación», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 6, 2000, p. 997.

de ordenación urbanística como obligaciones reales, preferentes para su cobro sobre el bien afectado (STS 379/2014, de 15 de junio).

Ahora bien, vista la naturaleza de la Junta de Compensación, deben diferenciarse los actos de la misma que se encuentren entre los actos de gestión urbanística, los gastos de urbanización, y las cuotas residenciadas en sede contencioso-administrativa, de los actos de desarrollo interno, y, para estos, acudir a la vía civil. Por tanto, vista la doctrina del Tribunal Supremo, serán los tribunales quienes, caso a caso, deberán aclarar la opción a emplear. En este sentido, saber que en una reclamación de gastos y costes de urbanización la AP de Málaga, en la sentencia 650/2016, de 24 de noviembre, recordó como regla actual la vía contenciosa para conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos administrativos sujetos al derecho administrativo, incluida la reclamación de cuotas, pero conociendo la sede civil para los conflictos entre particulares dentro de la Junta de Compensación. Así, para la STS de 17 de diciembre de 2008, «no significa que toda decisión de la Junta de Compensación tenga que ser controlada por la Administración, pues la razón de esta fiscalización no descansa tanto sobre la entidad tutelada como sobre la actividad que aquella realiza, así cuando la actividad incide en la gestión urbanística juega la vía administrativa, pero de estar ante una reclamación de cantidad, nos encontramos con una actividad ajena a la Administración, y por eso no tiene sentido su intervención». Por su parte, la Sentencia de la AP de Navarra 276/2015, sección 3.ª, Rec. 843/2014, de 15 de julio de 2015, no aplicó el Auto del TS de 30 de mayo de 2002, en el que se residencia en sede contencioso-administrativa la reclamación de las cuotas de urbanización, por «ser cuestión sobre la ejecución de un acuerdo administrativo revisable únicamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa», sino que optó por la vía civil para reclamar una cantidad derivada de un arrendamiento de servicios (se trataba de honorarios en la elaboración del proyecto de reparcelación y de urbanización) situados en una relación contractual de naturaleza civil.

Recordando jurisprudencia al respecto por parte de REQUERO IBÁÑEZ²², pues siendo objeto de la Junta de Compensación la ejecución de la urbanización, «nada puede sorprender que se le atribuya arts. 127.3.º LS y 26 RGU personalidad jurídica propia, plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y sobre todo en lo que ahora importa naturaleza administrativa. Ciertamente, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al derecho administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones públicas, y que, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a nuestro específico ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas entidades realizan funciones

22. REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Las corporaciones de derecho público en el proceso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, n.º 23, 2001, p. 891.

públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa. Se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en juego». Cabe así saludar por MARTÍN VALDIVIA y CUESTA REVILLA²³ la aclaración introducida por la Ley 2/2012 en la nueva redacción que se da a los números 2 y 3 del art. 134 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, al optar por que «no cabe la existencia de una Junta de Compensación cuando la gestión sea llevada a cabo por propietario único o por agente urbanizador, mientras que en el caso de que la iniciativa corra a cargo de todos los propietarios su constitución “tampoco será preceptiva”, de donde podemos deducir que, no siendo necesaria a juicio del legislador, sí es posible que se promueva su creación». En el mismo sentido, la STS de 30 de octubre de 1989 señaló que «ha de recordarse que la Junta de Compensación integra un supuesto de autoadministración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración de suerte que aquella tiene naturaleza administrativa (art. 127.3 del texto refundido). Ello no significa que toda la actuación de la Junta de Compensación esté sometida al derecho administrativo: en la medida en que aquella gestiona intereses propios de sus medios, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al derecho privado. De ello deriva, pues que al contratar (ejecución de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc.) no ha de someterse a las formalidades propias del derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas» (STS de 25 de mayo de 1994).

Siendo el criterio jurisprudencial apuntado por CANO MURCIA²⁴ que, en las SSTs 26 de abril de 1985 y 22 de noviembre de 1993; STSJ Cataluña 29 de abril de 2004, 14 y 21 de noviembre de 2003; STSJ Madrid 17 de octubre y 23 de diciembre de 2002, 7 de abril de 2003 y 26 de abril de 2004; STSJ Canarias 22 de enero de 1998 y 25 de marzo de 2004; STSJ País Vasco 10 de octubre de 2003; y STSJ Comunidad Valenciana 2 de marzo de 2001, «transcurrido el plazo máximo para

23. MARTÍN VALDIVIA, S. M.^a y CUESTA REVILLA, J., «Las nuevas políticas públicas de ejecución urbanística en la Ley andaluza 2/2012. La adaptación de la LOUA a la legislación estatal de suelo (y II)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 26, 2013, y CARUZ ARCOS, E., «La participación de los propietarios no adheridos a la Junta de compensación y los miembros incumplidores en el sistema de actuación por compensación regulado en la Ley 7/2002 de ordenación urbanística de Andalucía», *Práctica Urbanística*, n.º 27, 2004, p. 23.

24. CANO MURCIA, A., «Los proyectos y obras de urbanización en la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía», *Práctica Urbanística*, n.º 43, 2005, p. 13, y «La urbanización en el sistema de compensación», en *Proyectos y Obras de Urbanización*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2006.

la recepción de las obras, sin que esta haya tenido lugar, se entenderá producida por ministerio de la ley, quedando relevado el solicitando de su deber de conservación y comenzando a partir de dicho momento el cómputo del año de garantía. Esta recepción es la que se ha consolidado por la jurisprudencia con el concepto de recepción tácita». Dicha recepción, como bien afirmara CORRAL GARCÍA, supone para la empresa urbanizadora y para la Administración²⁵ la consideración de ser «aquella empresa que tiene que ejecutar las obras de urbanización, adquiriendo así una responsabilidad delimitada por el artículo 176 RGU al contenido material mínimo del contrato de ejecución de obra, para conformar sus obligaciones y consiguientes responsabilidades que son asumir el compromiso de realizar las obras de conformidad total con el proyecto de urbanización aprobado, permitir la labor de inspección del ayuntamiento, y asumir supuestos de incumplimiento que puedan dar lugar a la resolución del contrato así como las indemnizaciones que correspondan por no cumplir las características técnicas de la obra o de los plazos de ejecución».

En fin, la STSJ de Canarias 264/2014, de 26 noviembre 2014, y la STSJ de La Rioja 304/2016, de 24 octubre 2016, reconocieron la obligación solidaria de una Junta de Compensación y una aseguradora, de ejecutar las obras de reparación necesarias de un inmueble y de indemnizar al propietario de una terraza por la imposibilidad de su utilización. Así, finalmente apuntar que el ayuntamiento no será responsable de las deudas de la Junta de Compensación. Una cosa es que sea Administración actuante, vigilante y fiscalizadora, y otra que haya de responder de las deudas contraídas por la Junta, que actúa y ejecuta por sí misma, y a su costa, las previsiones del planeamiento. Así, reconoció la STSJ de Andalucía n.º 207/2017, de 25 enero 2017, FD 4.º, que la Junta de Compensación no había sido disuelta, «precisamente por no constar al Ayuntamiento -a quien compete declarar la disolución- que haya zanjado todas las obligaciones que le atañen con los propietarios, y las obligaciones económicas de la Junta son independientes de su inactividad en relación a las obras de urbanización que fueron concluidas», a lo que sumar que, no obstante, la Administración no podrá desatender su función de dirección y control de todo el proceso de ejecución de planeamiento.

25. CORRAL GARCÍA, E., «Entrega y recepción de las obras de urbanización», *Práctica Urbanística*, n.º 60, 2007, p. 8.

QDL49

**Ponencias,
crónicas y
notas**

Reflexiones en el ámbito local con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO
*Secretario general de la Diputación de Sevilla y del Con-
sorcio de Transportes Metropolitano del Área de Sevilla*

1. Diagnóstico evolutivo

- 1.1. Temor inicial del municipalismo español: de los anteproyectos a la Ley
- 1.2. La aprobación de la LRSAL: la contraofensiva autonómica

2. Incidencia de la Ley en:

- 2.1. Los propios municipios
- 2.2. Repercusión ciudadana
- 2.3. El sector público local (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades públicas, consorcios locales, fundaciones...)
- 2.4. El papel de las diputaciones provinciales
- 2.5. Mancomunidades y consorcios

3. El estado de la cuestión tras las sentencias del Tribunal Constitucional

4. Resumen de consideraciones de la STC 107/2017, de 21 de septiembre, que resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local

5. Idea-epílogo

Artículo recibido el 15/01/2019; aceptado el 12/03/2019.

Resumen

El Tribunal Constitucional, de forma progresiva y secuenciada a través de sus sentencias, ha puesto a la LRSAL en su sitio. Aquellas turbulentas aguas -conocidas como LRSAL- que bajaban desde el legislador estatal hasta los entes locales españoles, tras la travesía del Tribunal Constitucional, han menguado en su intensidad hasta convertirse en un río relativamente tranquilo en el que se puede «navegar». El posicionamiento diseccionado del Tribunal Constitucional sobre la reforma de la LBRL permite ya aplicar una ley con criterios de seguridad jurídica que, cinco años antes, pocos eran capaces de predecir.

Palabras clave: *autonomía local; comunidades autónomas; competencias; recursos de inconstitucionalidad.*

Some thoughts in the local sphere about the Spanish Constitutional Court's case law on the Law on Rationalization and Sustainability of the local administration

Abstract

The Spanish Constitutional Court has progressively addressed the challenges of the Law on Rationalization and Sustainability of the local administration. The initial controversy about this piece of legislation has decreased thanks to the Constitutional Court. The intervention of the Court allows the application of the law with certain legal certainty and this seemed unpredictable five year ago.

Keywords: local autonomy; Autonomous Communities; competences; constitutional complaint.

1

Diagnóstico evolutivo

Conviene recordar el contexto inicial de la situación, es decir, qué pasó en el mapa territorial local español desde que aparecieron los primeros anteproyectos de la, a la postre, Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) -BOE de 30 de diciembre de 2013-, y cómo esa sensación inicial que ahora describiremos se fue agudizando a medida que iban apareciendo nuevos anteproyectos de ley en una casi interminable espiral de estos.

1.1

Temor inicial del municipalismo español: de los anteproyectos a la Ley

Para no hurgar en las heridas del pasado, veamos tres botones de muestra que ejemplarizan el sentir del municipalismo español ante la nueva Ley y cuya visualización social se asomaba desde los propios medios de comunicación.

Así, el diario *El Mundo*, en su edición de 8 de marzo de 2013, incorporaba un artículo de opinión de los catedráticos Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuentes que, bajo el título «Una reforma alicorta», subtitulaba «Los autores opinan que el Gobierno no conseguirá modernizar la Administración local».

Por su parte, el *Diario de Sevilla*, en su edición de 24 de noviembre de 2012, incluía un artículo de Rafael Salgueiro y Román Gómez-Millán, que afirmaban que el «Anteproyecto de Ley supone una modificación profunda del marco legal de los ayuntamientos con el objetivo de racionalizar su estructura, clarificar sus competencias y fortalecer su control presupuestario».

El último ejemplo, entre los muchos que se pueden encontrar, lo constituye un artículo de esos años en la *Revista Democracia y Gobierno Local*, de la Fundación Democracia y Gobierno Local, que se titulaba «Los Gobiernos locales enseñan su cartas ante la reforma del régimen local», y en el que se sintetizaba el posicionamiento de la FEMP, con una serie de medidas alternativas a las que se proponían desde el Anteproyecto de Ley, ya que este no convenía a los municipalistas.

Finalmente se publica la LRSAL -parece mentira que ya hayan pasado 5 años-.

No podemos dejar pasar por alto dos hitos jurídicos que ya advertían y ponían en tela de juicio parcial los postulados de la reforma, como fueron los dos dictámenes del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Ley. Estos dictámenes fueron el 567/2013, emitido sobre el Anteproyecto de 26 de mayo, y

otro posterior, el 338/2014, solicitado por el alcalde de Barcelona, con motivo de la interposición del conflicto en defensa de la autonomía local.

Especialmente crítico con la Ley fue el primero de ellos, que obligó al Gobierno a una modificación sustancial de los aspectos más espinosos del Anteproyecto en relación con su posible inconstitucionalidad. El segundo de ellos sigue poniendo en la duda de la constitucionalidad tanto el papel de coordinación de las diputaciones provinciales en relación con los servicios públicos prestados por los municipios con un excesivo coste efectivo, como la posible sustitución de acuerdos plenarios por la junta de gobierno si aquel no consiguiera aprobar determinados asuntos con el quórum requerido (ya declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional).

1.2

La aprobación de la LRSAL: la contraofensiva autonómica

Aunque sea una ley estatal que tiene como destinatarias a las entidades locales, no puede desconocerse la incidencia de la misma en el régimen competencial de las comunidades autónomas, en base a las competencias que han ido asumiendo estas en materia de régimen local en sus estatutos de autonomía. En otras palabras, si en una de las interpretaciones más rígidas de la LRSAL las entidades locales no pudieran asumir competencias que tuvieran reconocidas por las leyes autonómicas existentes a la entrada en vigor de aquella, ello supondría un desapoderamiento competencial a las comunidades autónomas, con un claro desplazamiento no solo de su normativa legal y reglamentaria, sino también, lo que es más grave, de sus propios estatutos de autonomía.

Esta reflexión motivó esencialmente las reacciones contrarias a la Ley por parte de varias comunidades autónomas, paradójicamente de diferentes signos políticos, lo que dio lugar a dos iniciativas jurídicas para contrarrestarla:

- Interposición de diversos recursos de inconstitucionalidad (BOE n.º 132, de 31 de mayo) por las Asambleas o Parlamentos de Extremadura, Andalucía, Cataluña, Asturias, Navarra, y los Gobiernos de Andalucía, Cataluña y Canarias.

- Aprobación por las comunidades autónomas de disposiciones normativas propias de aplicación (interpretación) «disuasorias» de la Ley también, y -continúa la paradoja- de distinto signo político. Por ejemplo:

- Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León.

- Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, del Gobierno de Andalucía, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL.

- Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL en Galicia.

- Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y continuidad de los servicios públicos en La Rioja.

- Decreto-ley 3/2014, de 17 de junio, de medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la LRSAL.

..., así hasta once.

Estas normas autonómicas supusieron una tregua o «alto el fuego» en el convencimiento de que lo más conveniente y sensato para todos era esperar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. La prueba evidente de esta tregua fue que el Estado no interpuso ningún recurso de inconstitucionalidad contra las normas autonómicas disuasorias –al menos que yo conozca-, lo que podía haber hecho perfectamente si hubiese entendido que eran normas dictadas para eludir la aplicación de la LRSAL.

De hecho este «alto el fuego» se plasmó, por ejemplo en Andalucía, con el Acuerdo de 30 de julio de 2014 de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL en Andalucía, y que concluyó con el Acuerdo interpretativo de 18 de febrero de 2015, publicado en el BOJA de 23 de marzo de 2015.

2

Incidencia de la Ley en:

2.1

Los propios municipios

Inicial.- Las entidades locales han sufrido un proceso de transición iniciado con el desasosiego y la incertidumbre que generó la necesaria aplicación de la Ley por su entrada en vigor. La dificultad interpretativa de la misma, las diferentes versiones doctrinales sobre su aplicación, el cumplimiento de los primeros plazos que obligaban a la adopción de acuerdos, la confusión del régimen competencial y prestacional de servicios públicos, etc., provocaron una dispersa, desigual, atomizada y heterogénea aplicación inicial de la misma, con el lema subyacente de los responsables políticos –de todo signo- de «no queremos ser los últimos en aplicarla pero tampoco vayamos a ser los primeros».

La oposición a la Ley de la mayor parte del municipalismo español no se hizo esperar. De tal forma, comenzó a ponerse en marcha el tortuoso engranaje procedimental para la presentación por parte de los municipios y provincias del «conflicto en defensa de la autonomía local» que, finalmente, fue presentado con el apoyo de más de 2300 municipios de España.

Intermedia. - En aquellas comunidades autónomas en las que no se aprobaron normas autonómicas para la aplicación de la LRSAL, su efectiva observancia por sus entidades locales no ha perdido los calificativos que se han enunciado con anterioridad. Los políticos y técnicos municipales la han ido aplicando a su leal saber y entender, bombardeando a las comunidades autónomas respectivas con numerosas consultas sobre «posibles duplicidades» para poder ejercer competencias distintas de las propias y de las delegadas. Este cierto desconcierto aplicativo de la Ley se acompañaba de sucesivas «notas explicativas» que el Ministerio de entonces publicaba en su web, sin el más mínimo rigor ni carácter jurídico, y a las que los operadores jurídicos nos aferrábamos como si de un maná iluminativo caído del cielo se tratara; y ello sin contar las numerosísimas consultas que entonces se realizaron al Ministerio, incluidas las de los Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local.

Tampoco me consta que se haya empezado a abordar de manera firme y decidida la aplicación real de las consecuencias que pudieran derivarse del cálculo de los costes efectivos de los servicios públicos para poder tomar las decisiones que la Ley prevé, sobre todo por las diputaciones provinciales. Quizá ello esté provocado por el serio aviso que el Consejo de Estado realizó al Gobierno sobre lo que a la postre sería una inconstitucionalidad de la Ley en este aspecto.

Sin embargo, en aquellas comunidades autónomas con normativa propia de aplicación más allá de la LRSAL se produjo una «suspensión aplicativa» *de iure* de esta Ley estatal, por haber aquellas «blindado» el régimen competencial autonómico de los entes locales que existía con anterioridad a la entrada en vigor de la LRSAL. Por tanto, salvo en supuestos concretos –normalmente los vinculados a plazos–, no se ha notado ningún cambio destacado en estos municipios, ni desde el punto de vista organizativo, ni desde el punto de vista competencial-funcional-prestacional.

La situación financiera de las entidades locales es un termómetro cierto de la realidad actual. Las cifras hablan por sí solas. Si ha habido una Administración respetuosa y cumplidora de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera esa ha sido la Administración local. La reducción de su déficit y su minoritaria cifra de endeudamiento en comparación con el global del resto de Administraciones públicas es un hecho incontestable, reconocido

por el propio Ministerio. La revista *La Administración Práctica* de mayo de 2018, en las págs. 19 a 21, detalla las cifras a este respecto:

«Hay que recordar que el subsector de entidades locales tiene superávit presupuestario desde 2012. En 2016, este superávit alcanzó el 0,6 % del PIB tras un esfuerzo de consolidación fiscal desde 2011 de 11 180 millones de euros, de los que 5671 han sido por reducción del gasto. Además, ese superávit ha llevado a disminuir su nivel de deuda a un ritmo muy intenso. Su endeudamiento en 2016, último con datos oficiales, fue del 2,9 % del PIB (32 094 millones de euros por debajo del objetivo fijado para 2020 por la L.O. 2/2012 de 27 de abril LOEPySF), tras una reducción de 12 000 millones de euros en cuatro años».

En consecuencia, uno de los motivos en que se sustentaba la reforma emprendida por la LRSAL ha perdido su sentido, pero no porque en este aspecto esa Ley haya tenido virtualidad alguna, sino porque ha heredado una situación positiva en las finanzas locales por aplicación de las medidas contenidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

La herramienta utilizada principalmente para tal objetivo han sido los planes de ajuste que muchos municipios han tenido que utilizar y en los que las medidas más dolorosas han sido, sin duda, los expedientes de regulación de empleo. Ciertamente es que otros muchos municipios estaban en una situación financiera bastante aceptable y no tuvieron que acudir a tal herramienta para cumplir sus objetivos de déficit, por ejemplo los de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

2.2

Repercusión ciudadana

Poco importaba al ciudadano, preocupado por intentar sobrevivir en la crisis que afectaba a las familias, quién tiene o debe prestar los servicios públicos. Lo que quiere el ciudadano es que no se los recorten y que no suban los precios de los destinados a satisfacer las necesidades más primarias.

En ninguna encuesta aparece, ni por asomo, que la planta local, el papel de las diputaciones provinciales o el mantenimiento de la autonomía local de los municipios constituya no una preocupación, sino ni siquiera una ocupación en la mente sociológica de los ciudadanos. Sí aparece en primera línea la regeneración democrática, el menosprecio a los servidores públicos, especialmente a los políticos, y la lucha contra la corrupción. Confiamos en que la efectiva aplicación de las leyes estatal y autonómicas de transparencia y

buen gobierno ayude a fortalecer la credibilidad ciudadana en las instituciones públicas.

2.3

El sector público local (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades públicas, consorcios locales, fundaciones...)

La LRSAL modificaba la disposición adicional novena LBRL, que ordenaba un redimensionamiento del sector público local, con tres consecuencias diferenciadas:

- Necesaria adscripción de estos entes a una entidad local.
- Necesidad de saneamiento financiero mediante un plan de corrección con amenaza de automática disolución si no se cumpliera.
- Transmisión obligatoria de participaciones en este tipo de entidades en los supuestos que la Ley prevé.

Sin datos objetivos que lo corroboren, solo de las informaciones que me llegan de los compañeros secretarios de los ayuntamientos, puede afirmarse que han sido pocos los ayuntamientos que han dado cumplimiento a los plazos y obligaciones contenidas en dicha disposición adicional, sobre todo en las previstas «disoluciones automáticas», que nunca nadie llegó a saber cómo se materializaban en expedientes administrativos.

En relación con la adscripción a una entidad local de los entes del sector público local, me consta que algunas entidades locales de mayor entidad -como la Diputación de Sevilla- sí han procedido a clasificar los entes en alguno de los grupos que establece la Ley, así como a adecuar los contratos que existieran de sus directivos. Pero esto se ha producido en mayor medida respecto a organismos autónomos y sociedades de capital íntegramente municipal, estando pendiente respecto a consorcios o fundaciones, ya que el propio Ministerio plantea dudas de adscripción de este tipo de entes a alguna de las Administraciones que lo integran.

2.4

El papel de las diputaciones provinciales

Las diputaciones provinciales no estaban ni están preparadas para la prestación directa de la mayoría de los servicios públicos municipales a que la Ley les obliga en el supuesto de que el coste efectivo de estos en los ayuntamientos sea mayor que el de la diputación.

Es cierto que la diputación mantiene su labor de entidad consultora y de asesoramiento técnico, económico y jurídico a los ayuntamientos, pero debe

iniciar un proceso de transformación en función de las nuevas competencias prestacionales que se le atribuyen, bien directamente (art. 36), bien en su función de coordinación con los municipios de su territorio, probablemente mediante el mantenimiento de la planta de mancomunidades y consorcios, curiosamente entidades a cuya línea de flotación la LRSAL apuntó directamente.

Esta segunda función coordinadora prestacional subsidiaria (art. 26.2) constituye, sin duda, una de las fundamentaciones jurídicas de mayor peso para avalar la inconstitucionalidad de esta parte de la Ley, como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen de 22 de mayo de 2014, emitido con motivo de la interposición del conflicto en defensa de la autonomía local suscrito por más de 2300 ayuntamientos, cifra que supera la de 1160 que la Ley exige para la interposición y que supone una población de unos 16,5 millones de habitantes, superior a la de 7,9 millones –aproximadamente- que se exigen para dicha interposición.

2.5

Mancomunidades y consorcios

Respecto a las mancomunidades debemos afirmar que el texto final de la Ley ha amortiguado sobresalientemente las previsiones iniciales que sobre estas entidades supramunicipales contenían los distintos anteproyectos, que llegaron a abogar por una supresión masiva de estas.

El único aspecto de interés para las mancomunidades se contiene en la disposición transitoria undécima LRSAL, que establecía un plazo de seis meses para adaptar sus estatutos a lo dispuesto en el art. 44 LBRL, que, curiosamente, no se ha modificado finalmente, aunque en los anteproyectos se preveían distintas regulaciones de él.

Si las mancomunidades solo pueden tener por objeto obras y servicios de los enumerados en los artículos 25 y 26 LBRL, desde la aprobación del Decreto 7/2014 por la Comunidad Autónoma de Andalucía, por ejemplo, se entendió, en una interpretación extensiva, que también podrán incluir o mantener en su objeto cualquiera de las competencias o los servicios públicos establecidos en la Ley de Autonomía Local de Andalucía para los municipios.

En lo referente a los consorcios, se ha producido una importante modificación de su régimen jurídico, no tanto por la aprobación de la LRSAL cuanto por la modificación de la LRJAP y PAC mediante la introducción de una disposición adicional vigésima, cuya principal consecuencia es la adscripción de estos entes supramunicipales a alguna de las Administraciones

que lo integran, y, posteriormente, por la regulación actualmente vigente de la Ley 40/2015 (LRJSP).

De las 1020 mancomunidades y de los 195 consorcios que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tenía catalogados en 2013, desconozco qué porcentaje de ellos ha iniciado o terminado su proceso de adaptación estatutaria. Me temo que pocos.

3

El estado de la cuestión tras las sentencias del Tribunal Constitucional

Los ataques constitucionales a la LRSAL provenían de diferentes fuentes:

- Ocho recursos de inconstitucionalidad fueron formulados por los Gobiernos de las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña y Canarias, por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por los Parlamentos autonómicos de Extremadura, Cataluña y Andalucía, y por el Parlamento Foral de Navarra.

- Uno, por representantes de los grupos parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural, UPyD y Mixto en el Congreso de los Diputados.

- Otro, como planteamiento de conflicto en defensa de la autonomía local formulado por más de 2300 ayuntamientos.

- El presentado por el Defensor del Pueblo frente a la disposición adicional tercera.

En 2014, con motivo de una intervención en el Centro de Estudios Andaluces, ya aventuré que resultarían decisivos los pronunciamientos que tenían que producirse por el Tribunal Constitucional con motivo de los recursos (más el conflicto en defensa de la autonomía local) interpuestos:

Entonces ya vaticinaba una:

- Estimación total (poco probable)

- Desestimación total (poco probable)

- Estimación parcial (probable)

Si se desestimaban los recursos, y por tanto se consideraba por el Tribunal Constitucional que la Ley era conforme con el bloque de constitucionalidad, ello conllevaría la anulación de la normativa autonómica disuasoria, aprobada con posterioridad a la LRSAL, a la que hemos hecho referencia en el apartado 1.2 de estos comentarios.

Siguiendo a Antoni Bayona Rocamora (*Cuadernos de Derecho Local [QDL]*, n.º 43, febrero de 2017, págs. 284 y ss.), comentamos fundamentalmente las SSTC 41, 111, 168 y 180 de 2016.

Estas cuatro sentencias han centrado su atención en temas de notable trascendencia desde la perspectiva del sistema de distribución de competencias legislativas entre el Estado y las comunidades autónomas, al tratarse de recursos interpuestos por estas, por lo que parece lógico esperar que el debate constitucional del impacto de la LRSAL sobre el principio de autonomía local fuera resuelto en relación con el conflicto en defensa de la autonomía local.

Estructuremos, como ha hecho el autor del artículo, el estudio de las conclusiones de sentencias en cuatro grandes apartados:

a) El régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

A pesar de que algunos estatutos de autonomía de segunda generación han incorporado determinaciones para acentuar el carácter «intracomunitario» del régimen jurídico de los entes locales, un primer aspecto a destacar de las sentencias dictadas sobre la LRSAL es la reiteración de la doctrina establecida por el Tribunal en la STC 82/1982, respecto al carácter «bifronte» de las relaciones entre los entes locales y el Estado, por un lado, y la comunidad autónoma a la que territorialmente pertenecen, por otro. Se trata, por tanto, de un marco regulador de los entes locales «compartido» entre el Estado y las comunidades autónomas.

En cualquier caso, las sentencias sobre la LRSAL consideran que la competencia básica del artículo 149.1.18 CE permite al Estado ejercer la libertad de configurar el contenido de la autonomía local, tanto ampliando las competencias como reduciéndolas al mínimo tolerable, por la garantía institucional que se desprende de la Constitución. Esta doctrina sobre la «flexibilidad» o «bidireccionalidad» de la legislación básica supone una novedad, pues el Tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora respecto de una legislación de clara tendencia reductora o limitadora de algunas competencias tradicionalmente reconocidas a los entes locales.

Respecto a la distribución de competencias estatales y autonómicas sobre la Administración local, las medidas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica y estabilidad presupuestaria pueden ampararse también en la competencia básica del artículo 149.1.18 CE, esto es, en la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Así, las sentencias de la LRSAL presentan la importante novedad de inscribir en el artículo 149.1.18 CE la competencia estatal para establecer normas básicas locales derivadas del artículo 135 CE, más allá de las previstas en la Ley Orgánica a que remite este precepto constitucional (Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

b) El mapa municipal y las entidades locales de ámbito inferior al municipio.

La LRSAL ha tenido un notable impacto sobre las competencias de las comunidades autónomas relativas a la definición del mapa municipal especialmente, creación de nuevos municipios y fusión de los mismos, y regulación de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio.

La LRSAL ha alterado este marco legal originario de la LBRL, estableciendo importantes límites a la capacidad de decisión sobre el mapa municipal y reformulando el propio concepto de descentralización municipal.

El Tribunal recuerda la doctrina establecida en la STC 103/2013, que ya había anticipado que la competencia del art. 149.1.18 CE permite al Estado regular un modelo municipal «común», siendo por tanto una opción posible, pero no la única, la de haber dejado a las comunidades autónomas un amplio margen de decisión sobre el mapa municipal, como hizo el legislador básico en el año 1985.

Ciertamente, y habida cuenta del amplio margen de actuación concedido a las comunidades autónomas por la legislación básica anterior a la LRSAL, puede convenirse en que aún existe en esta materia un amplio margen para la decisión autonómica.

Con todo, el impacto de la LRSAL ha sido más grande aún en lo que concierne a la configuración de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio. La opción del legislador ha sido la de eliminar este tipo de entidades locales, y transformarlas en estructuras desconcentradas del municipio. Con esta medida desaparecen estas entidades locales de ámbito inferior al municipio, y se reconvierten al modelo de gestión desconcentrada ya previsto en la LBRL originaria. Esta medida proyecta sus efectos sobre las entidades ya existentes.

El Tribunal Constitucional considera que la LRSAL solo ha introducido un cambio relativo a la «subjektividad» de estas estructuras locales, de modo que el legislador básico no ha ocupado un espacio normativo mayor, sino solo modificado el sentido político de su regulación. Se trasluce una filosofía del legislador de clara desconfianza hacia los entes municipales descentralizados, en lo que afecta a su desempeño económico y presupuestario.

En cambio, sí tacha de inconstitucionalidad el que el legislador estatal llegue a determinar que órgano autonómico debe adoptar, en su caso, el acuerdo de disolución, pues eso ya corresponde a la potestad de autoorganización de la comunidad autónoma.

c) La nueva ordenación de las competencias locales.

La LBRL, en su versión originaria de 1985, había establecido un marco especialmente amplio y flexible en lo que atañe al reconocimiento y la atribución de las competencias locales, especialmente en el ámbito municipal.

La LRSAL ha incidido sobre este esquema competencial mediante diversas medidas de reforma de la LBRL, cuyo efecto final supone una notable limitación de las competencias municipales, limitación que opera sobre todo en las cláusulas generales habilitantes y en los ámbitos materiales en los que las leyes sectoriales pueden reconocer competencias propias a los municipios.

La LRSAL reduce o sencillamente suprime algunas materias incluidas en el listado original del artículo 25.2 LBRL. Lo mismo puede decirse de los servicios mínimos municipales del artículo 26 LBRL.

El Tribunal Constitucional aborda y resuelve esta cuestión considerando en primer lugar que la desaparición, en la nueva redacción dada al artículo 25.2 LBRL por la LRSAL, de algunas materias recogidas en la anterior, no puede considerarse contraria a la garantía constitucional de la autonomía local, pues esto solo significa que el legislador no está obligado ahora a reconocer competencias en estos ámbitos, pero sin que ello excluya tal posibilidad, pues el legislador sectorial competente según la materia conserva la capacidad de distribuir «poder local» en esos ámbitos.

La doctrina anterior lleva al Tribunal Constitucional a declarar, en la STC 41/2016, la inconstitucionalidad de las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la LRSAL, y también de la disposición adicional undécima, directamente ligada a las tres transitorias, no tanto por el hecho de reconocer que competencias anteriormente locales pasan a ser ahora autonómicas, cuanto por la imposibilidad de poderlas «devolver» a los entes locales, si así lo quiere el legislador autonómico y se cumple con las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 LBRL.

En el ámbito local y sobre todo en el nivel municipal, se han reconocido tradicionalmente cláusulas generales habilitantes para que los municipios, además de las competencias propias atribuidas específicamente por la ley, puedan promover actividades o servicios en beneficio de sus vecinos. Este tipo de cláusula genérica también la reconoce la Carta Europea de Autonomía Local en su artículo 4.1.

La LRSAL no ha eliminado esta capacidad de actuación, pero sí que la ha limitado notablemente con la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 25 y la supresión del artículo 28 LBRL.

El Tribunal, en la STC 41/2016, considera que es un modelo básico que ya atribuye directamente determinadas competencias a los entes locales (los servicios mínimos del artículo 26 LBRL) y que permite a las leyes sectoria-

les estatales o autonómicas atribuir específicamente competencias propias, o incluso obliga a que lo hagan «en todo caso», en determinados ámbitos materiales, no pudiendo apreciarse una vulneración de la autonomía local.

La solución al recorte competencial: el reconocimiento como competencias propias locales de las que cada legislación autonómica sobre régimen local ha reconocido a las entidades locales. Véase, a modo de ejemplo, la amplitud de competencias de los municipios andaluces por aplicación de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

d) Las funciones de coordinación y cooperación provincial sobre los servicios municipales.

El artículo 26.2 encarga a la diputación o entidad equivalente la coordinación de los servicios más importantes mencionados en el art. 25.1 respecto de los municipios con población inferior a 20 000 habitantes. Esta función de coordinación puede consistir en la prestación directa de los servicios por la diputación, o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas de cooperación. Aunque, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, la función de coordinación supramunicipal no resulta incompatible con la gestión autónoma de las competencias, no hay duda alguna de que los instrumentos de coordinación, según cómo se establezcan y definan, puede incidir de forma relevante sobre aquella.

El Tribunal Constitucional afirma que las técnicas de coordinación previstas por el art. 26.2 LBRL no ponen en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada, «habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas».

Pero, para el Tribunal, este precepto plantea un problema constitucional de otra índole que afecta a las competencias de las comunidades autónomas, ya que prevé la intervención de la Administración del Estado en el ejercicio de la función de coordinación provincial. El artículo 26.2 LBRL establece que la diputación debe proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación de los servicios, y que este «decidirá» sobre la propuesta formulada. El Tribunal Constitucional constata que esta clase de competencia la tienen atribuida las comunidades autónomas tanto respecto de los servicios afectados como respecto de la competencia sobre régimen local. En consecuencia, la considera inconstitucional.

El problema derivado que esta «depuración» parcial del precepto suscita es que el artículo 26.2 LBRL no establece ahora ningún condicionante sobre la actuación de las diputaciones, pues la anulación de las referencias al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas no implica su sustitución automática por la intervención de un órgano autonómico equivalente.

Como reconoce la STC 111/2016, los planes provinciales de cooperación se incardinan en el núcleo funcional característico de las diputaciones. El Tribunal añade ahora que esta función provincial sirve también para garantizar objetivos constitucionales indeclinables, como son los de eficiencia en el uso de los recursos públicos y estabilidad presupuestaria, como norma de conducta impuesta a los poderes públicos por la reforma del artículo 135.2 CE.

El Tribunal Constitucional admite que el artículo 36.2 a) LBRL no predetermina de forma suficientemente clara la competencia provincial atribuida. Y esta indeterminación podría llevar a que la coordinación establecida por las diputaciones al aprobar los planes se concrete en el ejercicio de facultades «virtualmente autoatribuidas», es decir, a que el alcance del «cierto poder de dirección» que implica la coordinación sea decidido por la propia diputación.

Esta interpretación no toleraría el contraste con los artículos 137 y 140 CE. El Tribunal entiende que este resultado no deriva necesariamente del precepto, y que caben otras interpretaciones compatibles con la autonomía local, motivo por el cual entiende que cabe una interpretación conforme a la Constitución, y decide llevarla a fallo.

En cualquier caso, es evidente que la inclusión en los planes provinciales de cooperación de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal suscita un problema de índole constitucional, correctamente apuntado por el Tribunal, que las diputaciones deben tener especialmente en cuenta en el momento de confeccionar sus planes.

4

Resumen de consideraciones de la STC 107/2017, de 21 de septiembre, que resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local

Como punto de partida, y como afirma la propia sentencia, «que estemos ante un conflicto promovido por múltiples ayuntamientos españoles en defensa de su autonomía frente a una profunda reforma de la legislación estatal sobre bases del régimen local y haciendas locales no está exento de consecuencias. Los municipios recurren la LRSAL porque, afirman, vulneraría su autonomía constitucionalmente garantizada al atribuir determinados poderes a las comunidades autónomas, razonando así motivos de impugnación que, naturalmente, no han planteado los Gobiernos y Parlamentos autonómicos».

La Sentencia también reconoce que entre los recursos de inconstitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local existen los mismos razonamientos impugnatorios en determinados temas que ya han ido resolviéndose por las sentencias precedentes. Por ello aquí solo vamos a destacar,

resumidamente, los fundamentos jurídicos de los tres temas novedosos con respecto a los recursos de inconstitucionalidad.

1.- Sobre posible vulneración de la autonomía garantizada a los municipios por el art. 7.4. LBRL

Estas competencias que el artículo califica como «distintas de las propias», el Tribunal Constitucional las ha adjetivado como «propias generales» (STC 41/2016, FJ 10, y 54/2017, FJ 3). Subraya el TC que hay que posicionar este artículo en un contexto normativo determinado, destacando que los informes a que aquel precepto remite para ejercer otras competencias no son, técnicamente, controles administrativos, sino «técnicas para la delimitación de competencias locales».

La prohibición de ejecución del mismo servicio incluida en este artículo no significa que se inhabilite al municipio para realizar las anteriormente llamadas competencias complementarias del art. 28, ya que el precepto viene a atribuir directamente competencias locales en materias de competencia autonómica y, en general, en cualesquiera ámbitos de interés local.

La consecuencia de la duplicidad competencial no ha de ser necesariamente el informe contrario al despliegue de la prestación en el nivel municipal. Si el servicio que el municipio pretendiera «duplicar» fuese autonómico, la solución más ajustada a los principios de autonomía local y de proximidad puede ser el repliegue de la propia Administración autonómica y el consiguiente ejercicio de la competencia en el nivel local. Así, tendencialmente, cuando la ponderación de los intereses locales y autonómicos involucrados arroje un saldo favorable a los primeros.

No cabe identificar el concepto complementariedad con duplicidad. Una actividad complementaria no es, necesariamente, una actividad duplicada. Las comunidades autónomas, tanto cuando desarrollen como cuando apliquen la previsión controvertida, estarán vinculadas a la garantía institucional de la autonomía local y a la propia legislación básica.

El hecho de que este artículo, respecto al ejercicio por los municipios de competencias «propias generales», confíe a otras instancias políticas poderes decisorios mediante informes vinculantes, no infringe los arts. 137, 140 y 141 CE. La exigencia de estos informes se justifica en intereses de alcance supralocal (STC 41/2016, FJ 11b)]. Tampoco es *per se* contrario a la garantía institucional de la autonomía local que municipios similares en términos poblacionales o socioeconómicos puedan alcanzar distintos volúmenes competenciales. Consecuentemente, el contenido de la cartera de servicios municipales puede ser muy diferente según las opciones políticas que desarrolle cada comunidad autónoma respecto de los entes locales de su ámbito territorial, en el marco de las coordenadas básicas estatales.

El art. 7.4 LBRL, al confiar un informe vinculante a la Administración competente por razón de la materia, lo que pretende es evitar duplicidades sin vulnerar el sistema constitucional de distribución competencial. Además, las Administraciones informantes -normalmente las comunidades autónomas, por la actual distribución de competencias- no podrán entrar en consideraciones de oportunidad.

2.- Impugnación del art. 26.2 LBRL, tras la depuración realizada por la STC 111/2016, FJ 12 d)

Sin negar la existencia de intereses específicos de la provincia, ni la sustantividad propia institucional de esta entidad territorial (STC 27/2016, FJ 4), destaca el TC la estrecha conexión entre los intereses y la organización provinciales y los municipales, ya que, en efecto, las diputaciones y los ayuntamientos conforman un mismo nivel local de Gobierno. Las tareas previstas en el art. 26.2 LBRL, cuando son desarrolladas por las diputaciones provinciales, presentan, en consecuencia, la siguiente característica: a través de los concejales que forman parte de la diputación, los ayuntamientos intervienen no solo en la programación de las medidas relativas a la gestión de aquellos servicios municipales, sino también en su aplicación y desarrollo (STC 111/2012, FJ 12 c)). Esta sentencia ha razonado que, en la aplicación del art. 26.2 LBRL por las diputaciones provinciales, el criterio determinante no es el económico, ni tampoco la decisión de otra Administración pública; es la voluntad municipal misma.

El art. 26.2 LBRL no determina precisamente las circunstancias habilitantes de una u otra técnica de coordinación voluntaria, pero, según razona la sentencia, ello no pone en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada, habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas.

3.- Impugnación del art. 116 bis y de la disposición adicional novena LBRL, por entender que estas disposiciones penetran en el ámbito material reservado a ley orgánica por el art. 135.5 CE

Resume el Tribunal Constitucional de forma expresa y concluyente que ni la infracción de la CE, en general, ni el incumplimiento de sus normas sobre el sistema de fuentes, en particular, conllevan necesariamente la vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local.

5

Idea-epílogo

Apenas se habla ya de la LRSAL. Después de ser objeto de ríos de tinta el Tribunal Constitucional ha sentado los límites de su interpretación, que, en un gran porcentaje, ha sido declarada conforme a la Constitución y a la garantía institucional de la autonomía local. Pero claro, para lo demás, como una de las consideraciones y conclusiones más importantes del Alto Tribunal, siempre nos quedarán las comunidades autónomas...

Municipalismo y Policía Comunitaria. Un estudio administrativo y psicosociológico para un nuevo modelo policial

PABLO-DARÍO IBÁÑEZ CANO
Licenciado en Derecho.
Licenciado en Criminología.
Funcionario del Ayuntamiento de Valencia
pdibanez@valencia.es

1. Introducción

2. La potestad municipal de autoorganización como base de la existencia de la Policía Comunitaria

3. El marco constitucional de las Policías Locales

4. Lo que debería ser la Policía Comunitaria al amparo de lo expuesto

- 4.1. Policía Comunitaria como institución
- 4.2. Policía Comunitaria como concepto
- 4.3. Características que debe reunir la Policía Comunitaria
- 4.4. La Policía Local como modelo más próximo al concepto de Policía Comunitaria
- 4.5. Valores institucionales y principios de actuación de la Policía Comunitaria
- 4.6. Las competencias sociales que informan la Policía Comunitaria

Resumen

La Administración local, como proveedora de servicios de seguridad pública, sobre la base legislativa actual debe evolucionar su modelo policial hacia un nuevo tipo de servicio integral que satisfaga las necesidades

Artículo recibido el 03/09/2018; aceptado el 26/03/2019.

de la sociedad en la que sirve. La alternativa se llama «Policía Comunitaria».

Palabras clave: *Administración local; legislación; nuevo modelo policial; Policía Comunitaria.*

Municipal cause and Community Policing. An administrative and psycho-sociological study for a new police model

Abstract

The local administration, like a provider of public safety, from the current legislation must evolve its policing model to a new type of comprehensive service that meets the needs of the society where it serves. The alternative is called «Community policing».

Keywords: Local administration; legislation; new police model; community policing.

1

Introducción

«Cuando en el S. XV –con el desarrollo de las ciudades-, los nuevos escenarios de situaciones peligrosas y el derrumbamiento de las formas de vida vigentes hasta entonces, surge el concepto de *Policey*, dicho concepto no hacía alusión, como hoy, a una institución, sino a un estado de cosas: nada más y nada menos que un orden correcto de la comunidad, las personas y los bienes dentro de un Estado.

Ello significa tres cosas: “La Policía” representa, al comienzo de su carrera como institución en la época moderna, la imagen de una sociedad organizada de forma justa; y ese orden justo no se debe exclusivamente al Estado, sino también a todas las personas que viven en esa sociedad. Esa comprensión de la “buena policía” permanece mucho tiempo inalterada. VON JUSTI, investigador de temas relacionados con la policía de mitad de S. XVIII, lo expresa así: “La policía es, por consiguiente, una ciencia que organiza la constitución interna

de un Estado de tal manera que el bienestar de cada familia y el bienestar general estén unidos y relacionados de forma clara y estable”»¹.

Concepto e institución se han desarrollado de forma simbiótica, hasta el punto de que hoy en día no distinguimos entre el primero y la segunda. Existe una retroalimentación entre ambos, de forma que el concepto ha modelado la institución, y la institución ha absorbido al concepto. Y eso mismo puede ser la esencia de un problema que está ya presente, por cuanto que la utilización política que en las distintas instancias administrativas, institucionales y territoriales se hace de los Cuerpos de Policía, no siempre constituye, a criterio de la generalidad, el orden correcto de las cosas. Sirvan para ello como muestra las frecuentes críticas sociales de los últimos tiempos a determinadas acciones policiales ante movimientos de vindicación ciudadana.

Las evoluciones sociales en cuanto a miembros, composición, organización y necesidades, producen efectos que no pueden ser ajenos a la institución policial, por cuanto que el anacronismo de procedimientos y respuestas no hace sino generar rechazo del propio grupo humano que la aloja; y ello es necesariamente consecuencia del inmovilismo y la intemporalidad en el gobierno de una institución tan importante en nuestras sociedades como es la policial.

En nuestro país, como en la mayoría de las sociedades modernas, hemos conocido —en no muchos años— el tránsito de un modelo policial a otros más ajustados al tiempo y lugar. Es la forma que la sociedad tiene para llevar a cabo estos ajustes necesarios en su intento de lograr mantener el «buen estado de las cosas». Y así hemos conocido una institución que ha transitado desde un modelo puramente represivo a otro represivo-preventivo, y este a otro represivo-preventivo-asistencial. En ese *iter* evolutivo la institución debe seguir modulándose, pues su propia existencia tiene la finalidad de servir a la sociedad en la que se integra. Cualquier otra forma de coexistencia, así como su intemporalidad, provocaría desequilibrios, rechazos y desajustes injustificables.

Luego... las preguntas que surgen, de forma ineluctable, son dos, básicamente:

¿Hacen nuestros administradores un uso adecuado de la institución?

¿Existe la contingencia de que el actual modelo policial deba evolucionar en otra dirección?

Estas preguntas son las que nos hacemos a la hora de iniciar esta reflexión, y a las que trataremos de dar respuesta con nuestra argumentación.

1. HASSEMER, Winfried: «La Policía en el Estado de Derecho», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999 (traducción de DÍAZ PITA y MUÑOZ CONDE), p. 102.

2

La potestad municipal de autoorganización como base de la existencia de la Policía Comunitaria

«Siempre que los hombres se reúnen en sociedad, al instante, y por la sola fuerza de las cosas, se eleva en medio de ellos una potestad reguladora»².

Así ha sido defendido no solo por los juristas, sino también por los antropólogos y sociólogos. El hombre es un ser social que tiende a agruparse para asegurar su existencia. Es entonces cuando, siguiendo a los iusnaturalistas, aparece la necesidad de regular las relaciones entre ellos en pro de la efectiva coexistencia dentro del grupo. Surge el derecho como herramienta que intentará regular estas relaciones, indicando lo que está prohibido y lo que no, lo que es lesivo y lo que no lo es, y asignando a prohibiciones y actos lesivos las consecuencias penales cuyos fines han evolucionado desde la pura retribución a la reeducación y la resocialización, siendo sus fines la coacción y la prevención.

Abordaremos la cuestión del poder municipal de autoorganización como base de la existencia de la Policía Comunitaria, dado que el municipal es el primer y más cercano escalón de la Administración pública para el ciudadano, poder municipal incardinado en la Constitución española de 1978 y a ella debido, como justificación de la necesidad y correlativa obligación de establecimiento de sistemas públicos de seguridad, y en cuyo fundamento se encuentra la creación y mantenimiento de los Cuerpos de Policía como servicio público:

«Debajo de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial existe otro, el cuarto, que siendo a la vez público y privado, reúne en sí la autoridad del magistrado y la del padre de familia: el poder municipal.

Aunque inferior a los otros tres, este poder es, sin embargo, el más antiguo de todos. En efecto, es el primero cuya necesidad se hace sentir: no hay caserío que en el mismo instante de su formación no haya sentido la necesidad de una administración interior y de una policía local. Esta administración, esta policía, exigían diligencia y vigilancia, y fueron encomendadas a los hombres que se consideraban más sensatos. Estos regidores, elegidos al principio entre aquellos cuya edad garantizaba la prudencia, han sido sucesivamente conoci-

2. HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas: *Del poder municipal y de la policía interior de los municipios*, Ministerio para las Administraciones Públicas (Colección «Estudios», Serie «Administraciones Públicas»), Madrid, 1990, p. 41. Edición, traducción e introducción de JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ. Traducción basada en la cuarta edición de *Du pouvoir municipal*, 1840.

dos bajo las denominaciones de ancianos, gerentes, ediles, duunviros, cónsules, escavinos, alcaldes y oficiales municipales»³.

En este mismo sentido, pero muchos años después, y con relación a la Policía Local, se pronuncia ROMERO CARO⁴: «La Policía Local debe ser el pilar básico de la seguridad más inmediata de los ciudadanos, por razones obvias de proximidad física. Las Policías Locales son, por definición, las Policías de la localidad, del pueblo, de la ciudad y, por tanto, las que están más próximas a la ciudadanía, estando en mejor posición que cualquier otra para conocer de una manera más profunda el entramado social y la problemática de los ciudadanos, dado que estos funcionarios han nacido, generalmente, en las localidades donde prestan sus servicios».

La Constitución Española aborda en su Título VIII, Capítulo III, dedicado a las comunidades autónomas (artículos 143 a 158), la organización territorial del Estado, sin olvidar una tercera instancia territorial, la municipal.

Tal como afirma el artículo 103 de la Constitución, a las Administraciones públicas del Estado, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, les corresponde la labor de «servir con objetividad los intereses generales»⁵, actuando para ello «de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

A *contrario sensu*, el ciudadano espera de su Administración que esta preste eficazmente todos los servicios que son de su responsabilidad y competencia en el tráfico jurídico y administrativo diario, cuyo fin no es otro que resolver los problemas de la vida cotidiana. Servicios tales como la educación, la sanidad, los transportes, las comunicaciones, el urbanismo, la protección del medio ambiente, el fomento de la cultura... y cómo no, la seguridad personal⁶.

Para ello, en sus relaciones con los particulares, las Administraciones públicas someten su actividad a la disciplina del derecho administrativo; un derecho «que les otorga importantes privilegios que no poseen los particulares:

3. HENRION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 37.

4. ROMERO CARO, Manuel: «La coordinación de las Policías en España», en LINDE PANIAGUA (coord.), *La Coordinación de las Policías*, CC.OO. y Colex, Madrid, 2003.

5. HENRION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 33: «(...) bajo la égida del poder municipal, la ley ha colocado los intereses generales de los municipios, es decir, la seguridad, la tranquilidad de los vecinos, y la administración y la conservación del patrimonio común».

6. *Ibidem*, p. 54: «El mandato que confiere a un pequeño número de vecinos la administración de los negocios comunes debe, pues, imponerles también la obligación de hacer disfrutar a todos los habitantes las ventajas de una buena policía o, lo que es lo mismo, mantener en el recinto habilitado la seguridad, la tranquilidad, la limpieza y la salubridad».

la potestad sancionatoria, la potestad expropiatoria, la potestad recaudatoria y, muy especialmente, la potestad de la autotutela en virtud de la cual los actos de la Administración se presumen válidos y pueden llegar a ser ejecutados forzosamente»⁷.

Estos privilegios citados son los instrumentos de que goza la Administración para cumplir las finalidades que la Ley y la Constitución le atribuyen, sin olvidar que el derecho administrativo tiene una doble vertiente, en la que la contraparte es la protección de los derechos de los ciudadanos. Y ello porque la Administración no representa a nadie, sino que sirve a los intereses generales⁸. La Administración debe asumir los valores democráticos y constitucionales, y debe ser eficaz, objetiva y transparente. Y así la Constitución, en el Título I, Capítulo III, bajo la rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica», en los artículos 39 a 51 recoge los derechos ciudadanos y correlativas obligaciones para la Administración, aunque fuera ya de ese núcleo duro de los derechos fundamentales que constituye el Capítulo II.

Los principios rectores tienen una virtualidad que depende de la ley. Su misión es informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Pero no pueden ser alegados directamente, sino que deberán ser desarrollados por leyes posteriores según establece el artículo 53.3 de la Constitución. Esto no significa que carezcan de valor, ni mucho menos. Se trata de fines ideales hacia los que ha de tender la Administración; criterios interpretativos que eventualmente podrían conducir a la inconstitucionalidad de una ley que fuera contraria a ellos. Viven en el ámbito de la política y no son normas sin contenido, por lo que hay que tenerlos presentes⁹.

Estas son características generales de la Administración pública, sin más referencia a su territorialidad. Nos corresponde a nosotros en este estudio fijarnos en la instancia territorial municipal, que es en la que se incardinan los Cuerpos de Policía Local, llamados por naturaleza a ejercer las funciones de

7. MARTÍN REBOLLO, Luis: *Constitución española* (Colección Códigos básicos, edición especial), Thomson-Aranzadi, 2003, p. 45.

8. Exposición de Motivos, apartado I de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: «La experiencia histórica demuestra de modo irrefutable que el florecimiento de la vida local presupone el disfrute de amplia autonomía nutrida por la participación auténtica de los vecinos. Es igualmente indudable que los entes locales precisan recursos suficientes, susceptibles de satisfacer las necesidades y de procurar los servicios que el administrado requiere y reclama».

9. *Vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11), F. 7; y 19/1982, de 5 de mayo (RTC 1982, 19), F. 6.

Policía Comunitaria y, principalmente, por lo destacado de la interacción entre la Administración Local y sus ciudadanos:

«El poder municipal está en contacto inmediato con todos los ciudadanos; presente por doquier, está actuando continuamente y sobre todos los hombres. Es siempre el poder mejor, y a menudo el único, conocido por las clases inferiores de la sociedad, y como estas solo ven tal poder, es a través de él como juzgan a los restantes. Estas clases aman, bendicen al gobierno, si la administración municipal, constantemente tutelar, se muestra bajo formas dulces y fraternales»¹⁰.

Dice el artículo 137 de la Constitución Española, en sede de «Principios generales» (Capítulo I), «De la Organización Territorial del Estado» (Título VIII), que «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses».

Y es la propia Constitución la que refuerza este principio de autonomía local en el Capítulo II del Título VIII, preceptuando el artículo 140 lo siguiente: «La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos ayuntamientos, integrados por los alcaldes y los concejales. Los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto».

Sobre la autonomía municipal resulta imprescindible citar el Fundamento 3.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 (RTC 1981, 32), por cuanto que asienta la doctrina de que la autonomía municipal constituye una «garantía institucional»¹¹.

10. HENRION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 33, en la «Advertencia del autor en la segunda edición», sobre los motivos que han movido al autor a publicar esta obra.

11. Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981: «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible para el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las formaciones que las protegen son, sin duda, formaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio Texto Constitucional, en estas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario al que no se fija más límite que el reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un conteni-

Lo que la Constitución garantiza no es un elenco de asuntos locales, sino el derecho de todos los entes municipales a intervenir en los asuntos que afectan a su comunidad con independencia del dato de la relevancia local o supra-local. Pero el hecho de que el mecanismo reaccional frente al legislador que desconozca esta garantía institucional solo pueda serlo el recurso de inconstitucionalidad frente a la ley, provoca la disfunción práctica que resulta de la falta de legitimidad de las corporaciones locales para interponerlo¹².

Por ello el Tribunal Constitucional tuvo que salir al paso y convertir en doctrina reiterada¹³ el contenido del Fundamento 2.º de la Sentencia 27/1987, de 27 febrero (RTC 1987, 27), que viene a afirmar que «dicha autonomía hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término, y debe ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal».

De esta importantísima doctrina constitucional se deriva que no hay asuntos exclusivamente locales; que la autonomía local es un poder limitado de autoorganización que implica el reconocimiento de potestades para actuar como tal Administración o poder público, pero que no dice nada de su extensión y alcance en los distintos sectores materiales de actividad, y que el contenido competencial de los entes locales vendrá determinado por la legislación sectorial y consistirá en competencias propias, con distinto alcance, y en competencias delegadas.

La regulación constitucional citada se enmarca dentro de lo previsto por la Carta Europea de Autonomía Local, del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, y en vigor en España desde el 1 de marzo

do concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace».

12. MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, p. 150.

13. *Vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero (RTC 1981, 4); 32/1981, de 28 de julio (RTC 1981, 32); y 40/1998, de 19 febrero (RTC 1998, 40), Fundamento 39.

de 1989. Y ello porque los preceptos constitucionales, aun cuando anteriores a esta Carta Europea, no se contradicen con lo en ella dispuesto, que no es otra cosa que la reafirmación de la autonomía local¹⁴. Y así podemos destacar de ella:

A) Entre los Considerandos:

-Que las entidades locales son unos de los principales fundamentos de un régimen democrático;

-Que en el nivel local el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos puede ser ejercido más directamente;

-Que la existencia de entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano; y

-Que la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder.

B) En el articulado:

-El artículo 2 establece que el principio de autonomía local debe estar recogido en la legislación interna de los Estados firmantes, y de ser posible, en la propia Constitución.

-El artículo 3 establece el concepto de autonomía local:

«1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes¹⁵.

2. Este derecho se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden

14. Autonomía Local que ha sido igualmente reafirmada en la legislación interna, de acuerdo con el espíritu insito en la Carta Europea. Y así, en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local, se dice: «Para empezar, el sentido de la autonomía local no puede prescindir de esa referencia fundamentadora de nuestro orden constitucional en que España, designándose a sí misma como sujeto real y protagonista de su historia, se constituye en Estado social y democrático de derecho; anticipando así la formalización de ese dato en la fórmula concisa de residenciar toda soberanía en el pueblo español. La autonomía local ha de situarse, pues, a la luz de ese principio y en la perspectiva de los principios nucleares que la Constitución contiene para la total estructuración del Estado».

15. Por su parte, la Ley de Bases de Régimen Local plantea la dificultad de definir la autonomía local, y ello con base en que «La autonomía local no puede definirse de forma unidimensional desde el puro objetivismo localista o regionalista, sino que requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado».

disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la ley».

- El artículo 4, sobre el alcance de la autonomía local, establece los siguientes principios:

«1) El de libertad plena, dentro del ámbito de la ley, para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o venga atribuida a otra autoridad.

2) El ejercicio de las competencias públicas debe incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos.

3) Las competencias encomendadas a las entidades locales deben ser normalmente plenas y completas, sin que puedan ser puestas en tela de juicio o limitadas por otra autoridad central o regional fuera del ámbito estricto de la ley.

4) Las entidades locales deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afectan directamente».

- El artículo 8, sobre control administrativo de las entidades locales, asienta firmemente la imposibilidad de que dicho control pueda ser ejercido sino según los casos y las formas previstos por la Constitución y la ley.

- El artículo 11, en sede de protección de la autonomía local, establece la necesidad de que las autonomías locales dispongan de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto del principio de autonomía local consagrado en la Constitución o en la normativa interna.

- Finalmente, el artículo 13 hace referencia a las entidades a las que es de aplicación esta Carta, extendiéndola a todas las categorías de entidades locales existentes en el territorio de la parte contratante.

Una vez ya en el ámbito de la legalidad ordinaria, nuestra legislación ha pergeñado una norma básica para la regulación del municipio: la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Esta norma de Bases, en su prolija y erudita Exposición de Motivos, viene haciendo referencia a los asuntos que previamente mencionábamos al estudiar la configuración constitucional y el aporte de la Carta Europea de Autonomía Local. Y por ello especifica que el municipio, «claro es, no equivale sin más a la ciudad, a la materialidad de sus calles y edificios. El municipio es la organización jurídica peculiar del núcleo urbano y también, con frecuencia, de su entorno geográfico».

A esta influencia de la configuración constitucional se refiere también la Exposición de Motivos en los siguientes términos: «Uno de los ámbitos en que

mayores efectos produce y ha producido ya la aprobación de nuestra querida Constitución es el relativo a la Administración local tan necesitada de adaptación a la nueva realidad. En el día son numerosas las pruebas de la urgencia de definir desde el Estado el alcance de la autonomía que se reconoce a estas entidades tan ricas en historia y en muestras de su importante contribución a la defensa y engrandecimiento de España, pero tan expuestas a sufrir los males que puedan derivarse de una abusiva limitación de su capacidad de actuación en los asuntos que son del procomún de las villas, pueblos, parroquias, alfores, comunidades y otros lugares que con distintos nombres son conocidos en las diferentes regiones de nuestra patria».

Y a los efectos de la potestad de autoorganización, la propia Exposición de Motivos adelanta lo que en el articulado se reflejará como potestad municipal para el ejercicio de sus competencias: «Por el régimen local, para cumplir su función de garantía de la autonomía e, incluso, su cometido específico en cuanto norma institucional de la Administración local, precisa extravasar lo puramente organizativo y de funcionamiento para penetrar en el campo de las competencias, las reglas de la actividad pública y el régimen de los medios personales y materiales. Obvio resulta decir que, en este campo, la regulación legal ha de tener muy presente la opción constitucional, expresada en el artículo 149.1, apartado 18, en favor de una ordenación común, configurando las inevitables peculiaridades de la Administración local desde ese fondo homogéneo, para su integración coherente en el mismo».

Fuera ya de la parte literaria de esta Ley, su articulado va a recoger la trascendencia otorgada al ámbito municipal como forma de organización territorial, pese al virulento ataque para la autonomía municipal que supuso la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local:

-«Artículo 1.1: Los municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades».

-«Artículo 2.1: Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con

estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

-«Artículo 11: 1. El municipio es la entidad local básica de la organización territorial del Estado. Tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. 2. Son elementos del municipio el territorio, la población y la organización».

-«Artículo 25: 1. El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

2. El municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística (...) ¹⁶.

b) Medio ambiente urbano: en particular (...) ¹⁷.

c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales ¹⁸.

d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad ¹⁹.

e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social ²⁰.

f) Policía Local, protección civil, prevención y extinción de incendios ²¹.

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano ²².

16. Con anterioridad a la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, el apartado a) se refería a la «seguridad en lugares públicos».

17. La modificación por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, eliminó la referencia a la competencia sobre «ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas».

18. Anteriormente a la reforma citada este apartado recogía la «protección civil, prevención y extinción de incendios».

19. Antes de la reforma: «Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales».

20. Antes de la reforma: «Patrimonio histórico-artístico».

21. Antes de la reforma: «Protección del medio ambiente».

22. Antes de la reforma: «Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores».

h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local²³.

i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante²⁴.

j) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre²⁵.

k) Cementerios y actividades funerarias²⁶.

l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre²⁷.

m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales²⁸.

n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial»²⁹⁻³⁰.

- «Artículo 27: 1. El Estado y las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los municipios el ejercicio de sus competencias.

La delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

23. Antes de la reforma: «Protección de la salubridad pública».

24. Antes de la reforma: «Participación en la gestión de la atención primaria de la salud».

25. Antes de la reforma: «Cementerios y servicios funerarios».

26. Antes de la reforma: «Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social».

27. Antes de la reforma: «Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales».

28. Antes de la reforma: «Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo».

29. Antes de la reforma: «Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria».

30. La Ley 27/2013 añade un apartado ñ): «promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y comunicaciones».

La delegación deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de esta, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos, que esta asigne sin que puedan suponer un mayor gasto de las Administraciones públicas.

La delegación deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas»³¹.

También podemos encontrar referencias a esta potestad municipal de autoorganización en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales:

-«Artículo 2.1: El gobierno y administración municipal, salvo aquellos municipios que legalmente funcionen en régimen de concejo abierto, corresponde al ayuntamiento, integrado por el alcalde y los concejales».

-«Artículo 4.1: El municipio, la provincia y la isla gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, en los términos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, les corresponden en todo caso:

- a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.
- b) Las potestades tributaria y financiera.
- c) La potestad de programación o planificación.
- d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.
- f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.
- g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.
- h) La inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes, las prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas».

31. Previamente a la reforma por la Ley 27/2013, este punto establecía: «La Administración del Estado, de las comunidades autónomas y otras entidades locales podrán delegar en los municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. La disposición o el acuerdo de delegación debe determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de esta, así como el control que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que esta transfiera».

- «Artículo 5.1: Las entidades locales sirven con objetividad los intereses públicos que les están encomendados y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

Como conclusión a este primer apartado, diremos que la Constitución Española ha pergeñado un sistema territorial del Estado basado en el municipio como entidad básica, por ser la Administración municipal la que más cerca está del ciudadano-administrado. Sobre esta base, toda la construcción jurídica gira en torno a la necesidad de dotar a los municipios de una potestad propia, de una autonomía; en definitiva, de un poder municipal de autoorganización para regular las relaciones entre los ciudadanos y las de estos con la Administración, para lo cual ha sido igualmente necesario dotar al municipio de las consiguientes potestades administrativas.

En el marco de esta autonomía se incardina la creación de los Cuerpos de Policía Local, dependientes de los ayuntamientos que les dan vida y bajo la superior autoridad de los alcaldes, que necesitarán en muchas ocasiones de estos Cuerpos para la consecución de los fines que los municipios están obligados a buscar.

***) Comentario sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.**

Conforme a las modificaciones que esta Ley lleva a cabo en la Ley de Bases de Régimen Local, creemos que es relevante realizar unas observaciones sobre esta Ley, por cuanto que afecta a servicios básicos que se prestan a la sociedad.

De entrada, decir que esta Ley se construyó, básicamente, sobre dos premisas falsas: la necesidad económica de reformar la Administración local y la asunción de competencias impropias.

La Exposición de Motivos de la Ley 27/2013 intenta justificar su existencia con los siguientes argumentos:

1.«Con este propósito se plantea esta reforma que persigue varios objetivos básicos»:

-«clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio “una Administración una competencia”»;

-«racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera»;

-«garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y»

-«favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas».

2.«En efecto, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, diseñó un modelo competencial que ha dado lugar a disfuncionalidades, generando en no pocos supuestos situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que los ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello, dando lugar al ejercicio de competencias que no tienen legalmente atribuidas ni delegadas y a la duplicidad de competencias entre Administraciones. El sistema competencial de los municipios españoles se configura en la praxis como un modelo excesivamente complejo, del que se derivan dos consecuencias que inciden sobre planos diferentes».

3.«Las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por tanto, solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública. De igual modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre administraciones y la eliminación de duplicidades administrativas».

4.«Otra de las medidas adoptadas en la Ley es la de reforzar el papel de las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes o la atribución a estas de nuevas funciones como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros o las labores de coordinación y supervisión, en colaboración con las comunidades autónomas, de los procesos de fusión de municipios».

Con relación al punto primero, y concretamente al aspecto económico de la reforma, decir que el argumentario del Gobierno no se sostiene si se tiene en cuenta el reparto real de la deuda pública. En efecto, y según datos publicados por el propio Ministerio de Hacienda, la deuda pública en 2012 se distribuía de la siguiente forma:

-Administración local: 3'7 %

-Administración autonómica: 17'3 %

-Administración del Estado: 80 %

Los argumentos económicos de «racionalización de la estructura organizativa de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera», de «garantía del control financiero y presupuestario» y de la «evitación de intervenciones administrativas desproporcionadas», decaen cuando la intervención legislativa estatal se ve constreñida a la Administración local, que además de ser la que con gran diferencia menos deuda pública acumula, es la que ha demostrado ser más eficiente en la racionalización de sus recursos con relación a los servicios que presta. A poco que se hubiera intervenido en la Administración del Estado, los resultados económicos de la intervención habrían supuesto un beneficio enormemente mayor que interviniendo en la Administración en la que menos se podía recortar, que es sin duda alguna la local. Por tanto, no se justifica tal intervención reformista, si no se entiende desde la injerencia estatal en la autonomía local.

A mayor abundamiento, decir que esta Ley afectaba especialmente a los ayuntamientos de los municipios con población inferior a cinco mil habitantes, y prácticamente nada a los grandes municipios (como Madrid o Valencia), que eran los que acumulaban el 75 % del total de la deuda pública de la Administración local, lo que deja al descubierto, de forma más flagrante aún si cabe, la sinrazón de la reforma.

Los argumentos de clarificación y evitación de duplicidades competenciales también decaen por sí solos. El Gobierno insistió —y así se puede ver en la propia Ley— en la existencia de «competencias impropias de la Administración pública», acusando a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de diseñar un modelo competencial que dio lugar a disfuncionalidades, en el que los ayuntamientos prestaban servicios sin un título competencial específico habilitante. Pero, ciertamente, este argumento es totalmente absurdo, por cuanto que era una Ley de Bases (la de Régimen Local) la que otorgaba tales títulos competenciales a los ayuntamientos, por lo que no puede hablarse de competencias impropias, ya que tales competencias eran otorgadas, precisamente, por la Ley de Bases, lo que las convierte en competencias propias y específicas.

Este intento de minimizar las competencias municipales, unido al declarado interés del *legis lator* de favorecimiento de la iniciativa económica privada, resulta una práctica evidente de la aplicación de políticas neoliberales en el ámbito de la Administración local y un ataque a los derechos ciudadanos.

Ciertamente, ante la persistente ineficacia o el ocasional desinterés de la Administración estatal y de la autonómica por asuntos como la sanidad, la educación, la asistencia social o la seguridad pública, fueron los ayuntamientos los que, con base en las competencias que les atribuía la Ley Reguladora de

las Bases de Régimen Local, cubrieron las vergüenzas de las otras instancias territoriales administrativas mediante la normalización de prestación de unos servicios que estaban perfectamente racionalizados mediante los presupuestos municipales anuales. Esta Ley supuso cuatro consecuencias lesivas a la constitucional autonomía municipal y a los derechos ciudadanos:

1. La desregulación de competencias históricamente municipales.
2. La injerencia desproporcionada en la estructura de la Administración local bajo la excusa de la racionalización.
3. El control económico-financiero y presupuestario riguroso por parte del Estado, bajo la amenaza, en caso de incumplimiento, de la privación de los recursos económicos que el Estado debe dispensar a los ayuntamientos.
4. El favorecimiento de la iniciativa económica privada en áreas municipales susceptibles de producir beneficios, sobre todo en aquellas áreas relacionadas con las necesidades más perentorias de la ciudadanía.

Por lo que se refiere a las competencias municipales en materia de seguridad pública, si bien la referencia a la «seguridad en lugares públicos» ya era escueta, queda más restringida aún, si cabe, al modificar el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, como vimos anteriormente. Además, hay que poner en relación esta reforma con las coetáneas reformas de la Ley de Seguridad Privada por la Ley 5/2014, de 4 de abril; con la reforma de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo; y la amplia reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

3

El marco constitucional de las Policías Locales

La Constitución Española ha vertebrado un sistema público de seguridad interior en tres niveles: municipal, autonómico y estatal. Pero no lo ha hecho de una manera taxativa y rotunda, porque a la hora de determinar las competencias de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, caracterizadas en este sentido por su asimetría, estas no aparecen con la claridad que hubiera sido deseable.

Dice el artículo 104.1 de la Constitución que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

De aquí destacamos, en primer lugar, que al hablar de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lo hace en general, y sin establecer una concreta dependencia te-

ritorial para el cumplimiento de este cometido, por lo que debemos remitirnos a la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que establece que son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las del Estado, las dependientes de las comunidades autónomas y las dependientes de las corporaciones locales.

En segundo lugar, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin más distinción entre unas y otras Policías, siguiendo las líneas marcadas por la «Declaración sobre la Policía» del Consejo de Europa, Resolución 690 de 1979; el «Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1979; y la Recomendación Rec. (2001) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el «Código Europeo de Ética de la Policía», de 19 de septiembre de 2001, establece los principios básicos de actuación al estilo de «Código deontológico», vinculando a todos los colectivos policiales sobre la base del respeto a la Constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, el secreto profesional, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función, entre otras.

En tercer lugar, fija una dependencia funcional al Gobierno de todos estos Cuerpos, remisión que no cohonesta con lo que la propia Constitución Española establece en el artículo 149.1.29, cuando dice que se considera competencia exclusiva del Estado la «seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de Policías por las comunidades autónomas en la forma que se establezca en los respectivos estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica»; a lo que hay que añadir el artículo 148.1.22, que posibilita la asunción de competencias por las comunidades autónomas en materia de «vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las Policías Locales en los términos que establezca una ley orgánica».

Pues bien: existiendo ya esas leyes orgánicas, habiéndose creado algunos Cuerpos autonómicos, y ejercida la coordinación de los Cuerpos locales por parte de todas las comunidades autónomas, parece evidente que la pretendida competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública ya no es tan exclusiva, sino que prevista «sin perjuicio», ya está siendo competencia de otras instancias territoriales distintas del Gobierno de la Nación; y ello por las demostradas carencias de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas

y Cuerpos de Seguridad³², que han venido siendo reiteradamente criticadas por la doctrina³³.

No obstante, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pretendió reconducir esta práctica pérdida de exclusividad y en su artículo 1 declaró:

«1. La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación.

2. Las comunidades autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos que establezcan los respectivos estatutos y en el marco de esta Ley.

3. Las corporaciones locales participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos establecidos en la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley.

4. El mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Hoy resulta más que patente la disfuncionalidad entre el texto legal y la realidad social, criminológica y policial española. El modelo policial creado en 1986 viene demostrando de largo las debilidades de las que adolece, y resulta injustificablemente rígido en lo que a las Policías Locales se refiere, pues no permite satisfacer las necesidades de muchos municipios y de su ciudadanía. La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece entre los distintos Cuerpos de Seguridad un sistema no desarrollado de colaboración y cooperación³⁴ que se ha mostrado reiteradamente insuficiente por ineficaz. Y

32. CRESPO HELLÍN, Félix: «El artículo 104 de la Constitución y la nueva regulación de la institución policial: sus disfuncionalidades», *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, p. 111.

33. CRESPO HELLÍN, Félix: «El nuevo encuadre constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (separata), en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos: «En cualquier problema con trascendencia social, ocurre que siempre encontraremos, por una parte, las intenciones o los proyectos que se quieren realizar y, por otra, la imagen simple y llana de las verdaderas necesidades. Ha sido patente la disfuncionalidad entre el texto de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y la realidad social. No se ha solucionado la mayoría de los problemas importantes, y casi podríamos decir que esa Ley histórica con que se iba a regular la institución policial debería tener ese calificativo por la oportunidad que se ha perdido para realizar un verdadero cambio en la Policía».

34. MARTÍN ALONSO, Pablo: «La cooperación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: perspectivas de futuro», en LINDE PANIAGUA (coord.), *La Coordinación de las Policías*, CC.OO. y Colex, Madrid, 2003, p. 222: «La concurrencia competencial de Administraciones y Cuerpos de Seguridad va a requerir unos principios de relación basados en la lealtad institucional respecto del ejercicio de las competencias que corresponden a otras Administraciones,

en este contexto podemos traer a colación las palabras de BARCELONA LLOP³⁵ cuando dice: «Tales circunstancias aconsejan por sí mismas una reflexión sobre el papel que las Policías Locales deben razonablemente tener en el teatro de nuestra policía; pero esa reflexión es imperativa si, al socaire de las preocupaciones a que me refería al principio, se demanda de ellas que participen más activamente en la lucha contra la criminalidad, en el mantenimiento del orden en las calles y, en definitiva, en todo aquello que contribuya a la mejora de la seguridad ciudadana. Todo indica que se está descubriendo el Mediterráneo de la Policía Local como auténtica Policía de Seguridad, que es justamente la condición que el legislador de 1986 no quiso reconocerle; si se desea seguir en esa dirección, es imprescindible afrontar una reforma normativa de fuste, que hay que meditar muy bien y siendo conscientes de que modificar una pieza del modelo policial (la local, por ejemplo) exige tocar también todas las demás si queremos que el resultado sea un poco armonioso»³⁶.

[...] El resultado final es una enorme tensión entre las previsiones legales y lo que pasa en muchas calles de ciudades y pueblos; lo que no es nada bueno pues constituye una fuente potencial de problemas y porque otros quedan sin resolver ya que la ordenación jurídica de las Policías Locales no permite hacerlo»³⁷.

No todos los Cuerpos policiales ejercen las mismas funciones. La situación es tan heterogénea como las correlativas necesidades de los distintos municipios, pues como se comprenderá, bien distintas son las necesidades de un municipio de cinco mil habitantes y las de otro de varios millones. Es una realidad que cuanto mayor es un municipio, más proclive es su Policía Local a realizar funciones que exceden de las rígidamente impuestas por la ley, sin que ello tenga consecuencias para el derecho. Puesto que en la práctica parece imposible distribuir de forma estanca las competencias de los distintos Cuer-

la información recíproca, la coordinación en la actuación y en la prestación de los servicios, y en la colaboración y cooperación, que incluya la asistencia mutua».

35. En el mismo sentido, *vid.* MARTÍN ALONSO, *op. cit.*: «La Policía Local ya viene realizando hace años las funciones generales de seguridad ciudadana y policía judicial que le atribuye la legislación vigente; esto hace que conozca bien el ámbito penal y la intervención ante las diferentes faltas y delitos que afectan a aquella. Esto viene respaldado por las estadísticas de intervenciones, detenciones y diversas actuaciones llevadas a cabo en el día a día del trabajo de la Policía Local, muy especialmente en las grandes ciudades, donde su peso específico es relevante».

36. BARCELONA LLOP, Javier (coord.): *Régimen de la Policía Local en el derecho estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 14.

37. *Ibidem*, p. 19.

pos de Seguridad, puede ocurrir que el Cuerpo llamado a resolver una determinada situación no alcance a hacerlo por insuficiencia de medios, con lo que supondría un intolerable absurdo permitir de hecho la vulneración del ordenamiento a fin de respetar únicamente el reparto convencional de funciones entre Cuerpos. Precisamente por ello el artículo 5.4 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dispone que todos los funcionarios de Policía tienen el deber de intervenir, en cualquier tiempo y lugar, estén o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana. Se trata de lo que la ley llama «dedicación profesional» y, coloquialmente, «situación de servicio permanente». Es obvio que el agente local que interviene en virtud de ese mandato legal no incurre en extralimitación funcional de ningún tipo, con independencia de la índole de su intervención.

Así ha sido entendido por nuestros tribunales, tanto en el Tribunal Supremo (Sentencia de 4 de noviembre de 1994) como en otras instancias inferiores (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de abril de 1999), al establecer que la eventual invasión de las esferas competenciales de los distintos Cuerpos de Policía carece de trascendencia procesal y que nadie puede invocar, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –esto es, aspirando a privar de eficacia a las pruebas obtenidas vulnerando los derechos o libertades fundamentales–, un pretendido derecho a que sus actividades presuntamente delictivas sean investigadas por un determinado Cuerpo policial. Todo ello sin perjuicio, apostilló la Sala, de las consecuencias políticas o administrativas que se puedan derivar de la situación, puesto que las intervenciones policiales de investigación y persecución de los hechos delictivos que exceden del marco en el que se inserta el Cuerpo actuante, no restan validez penal a las pruebas obtenidas, cuyo régimen es el ordinario³⁸. Y en cuanto a las consecuencias gubernativas o disciplinarias que

38. *Vid.* STS 19 enero 1995, Fundamento de Derecho Primero: «El artículo 443 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que dicha función (la de auxilio a la averiguación de los delitos y el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes) compete, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto los dependientes del Gobierno central, como de las comunidades autónomas y entes locales; el artículo 29.2 de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reconoce carácter colaborador al personal de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales para efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos, y participan en las funciones de Policía Judicial efectuando diligencia a prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de la colaboración establecido en las Juntas de Seguridad [artículo 52.1, e) y g)]; finalmente, el artículo 283.5.º de la Ley Procesal cita a los agentes municipales de Policía Urbana y Local, como integrantes de la Policía Judicial, y auxiliares de los jueces y tribunales

tal actuación pudiera tener, decir que no existe tipo infractor alguno en el que puedan encajar estos comportamientos, por lo que no es practicable su sanción en vía administrativa.

Otra muestra que evidencia la disfuncionalidad antes referida la encontramos en el Informe para el establecimiento de un nuevo modelo policial que, a la vista de tales realidades, fue llevado a cabo por una Subcomisión perteneciente a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados³⁹, en el que puede leerse que, en su configuración legal, las Policías Locales no están llamadas a ejercer principalmente tareas de policía de seguridad propiamente dicha, relacionadas con la prevención y persecución del delito y con el mantenimiento del orden público, aunque sea apreciable la existencia en determinadas capitales españolas de Cuerpos de Policía Local que han adquirido un extraordinario desarrollo (p. 23), emitiendo la siguiente conclusión (p. 27):

«Es obvio que en los últimos años se ha producido un incremento notable de los cometidos que algunas corporaciones locales han ejercitado en el campo de la seguridad, yendo incluso más allá de las atribuciones que hoy por hoy les están normativamente conferidas. La diversidad de Cuerpos de Policía Local existentes en España, la variedad del medio sobre el que actúan y las diferentes demandas ciudadanas que este genera así como el grado distinto de formación y número de integrantes de estos Cuerpos aconsejan seguir estudiando en el futuro la dimensión que el estamento municipal ha de representar en el conjunto del sistema público de seguridad, teniendo en cuenta que es aquí donde los principios de pluralidad y de asimetría resultan más evidentes de modo que no cabrá propiciar propuestas generalizadoras. El Ministerio del Interior, las comunidades autónomas y los ayuntamientos debieran abordar un análisis tripartito que sustancie también un acuerdo político en esta materia y que ponga fin a las simples prácticas de hecho».

Pero el legislador, que en materia de Policía permanece, al parecer, ajeno a la realidad social y policial, así como a las críticas de la doctrina, ha persisti-

y del Ministerio Fiscal “a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes”, precepto declarado vigente —expresamente— en el artículo 1.º del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

La labor desarrollada en este caso por los agentes de la Policía Local se dirigía a verificar sus sospechas sobre la venta callejera de drogas con una vigilancia reducida a un tiempo determinado y limitada a espacios de uso público, que puede subsumirse en el campo de las funciones de colaboración que les competen y de prevención en especial, con observancia de lo prevenido en los artículos 282 y 284 de la Ley de Enjuiciamiento y 4 del Real Decreto sobre Policía Judicial antes mentado».

39. Informe publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie D, de 29 de diciembre de 1999.

do en su empeño de mantener un modelo policial agotado y desfasado, basándolo en los principios de colaboración, cooperación y coordinación⁴⁰.

Muestra de ello es que el Ministerio del Interior, para potenciar la colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias, firmó, en noviembre de 1996, un Convenio Marco de Colaboración integrado por una serie de medidas puntuales, susceptibles de ser implantadas por acuerdos de las Juntas Locales de Seguridad.

Este Acuerdo Marco propició la firma de un elevado número de acuerdos, alrededor de doscientos, entre el Departamento y los ayuntamientos, para mejorar las relaciones de colaboración entre las Direcciones Generales de la Guardia Civil y de la Policía y los entes locales y sus Cuerpos Policiales.

Algo después, el 19 de septiembre de 2002, el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias firmaron un nuevo Convenio Marco de Colaboración en materia policial. En él se reconoce que la seguridad ciudadana constituye uno de los pilares básicos de la sociedad del bienestar, y se estima que resulta prioritario combatir la inseguridad desde las diversas Administraciones públicas, con una actuación conjunta y coordinada.

El alcance de la colaboración queda reflejado en el nuevo Convenio Marco en las siguientes líneas generales:

- Intercambio de información policial y datos estadísticos de la actividad delictiva, con la finalidad de que puedan servir de base para la elaboración y diseño de planes u operaciones de seguridad generales o puntuales (...).

- El estudio y búsqueda de fórmulas que permitan la utilización conjunta de bancos de datos policiales, mediante la firma de protocolos adicionales (...) en el marco de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- Potenciación de servicios integrados, especialmente los que puedan suponer duplicidad en su prestación.

- La Comisión que crea el Convenio deberá estudiar y proponer la adopción común de impresos, formularios y diverso material de soporte técnico policial.

40. MARTÍN ALONSO, *op. cit.*, p. 223: «Cooperación, colaboración y coordinación son tres términos que la Ley utiliza con profusión. Cooperación y colaboración son términos, desde el punto de vista conceptual, si no sinónimos sí equivalentes, y se refieren en definitiva a la asistencia entre cada Administración o Cuerpo de Seguridad para el mejor cumplimiento de sus respectivas funciones. La coordinación va a ser necesaria en la ejecución o prestación de servicios en materias comunes o de prestación indiferenciada, buscando armonizar esfuerzos y actividades para conseguir mayor eficiencia y evitar solapamientos y duplicidades».

- Otra de las actuaciones que contempla el Convenio es la potenciación de la formación y especialización, para lograr una mayor capacitación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por último, mencionar la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que mediante la introducción de la Disposición Adicional Décima viene a modificar la Ley de Bases de Régimen Local, en orden a potenciar la participación de los Cuerpos locales en el mantenimiento de la seguridad pública y como policía judicial:

«En el marco de lo dispuesto en las leyes orgánicas 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y en las disposiciones legales reguladoras del régimen local, se potenciará la participación de los Cuerpos de policía local en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, como policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de policía judicial, a cuyos efectos, por el Gobierno de la Nación, se promoverán las actuaciones necesarias para la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito material de dicha participación».

Esta modificación, que parece potenciar el papel de las Policías Locales en materia de seguridad pública, no ha sido objeto de la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, que ha desregulado la competencia municipal en materia de seguridad en lugares públicos.

En resumen, el cuerpo legislativo referente a Policía Local en la Comunidad Valenciana es el siguiente:

- Los artículos 1 a 8 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad regulan, con carácter general, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre las que se incluye a los Cuerpos de Policía Local. El artículo 39 prevé la existencia de funciones de coordinación de las Policías Locales por parte de las comunidades autónomas, y los artículos 51 a 54 recogen más específicamente las funciones que les competen.

Este artículo 39 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es el que faculta a las comunidades autónomas para establecer la regulación de las Policías Locales, más concretamente, las leyes de coordinación y las normas-marco de organización y funcionamiento, con sus respectivos desarrollos reglamentarios.

- Además de las normas citadas y también de carácter nacional, existen otras regulaciones relativas a Policía Local, con una incidencia más escasa y que tienen más que ver con la función pública en general, como son la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto

Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

- Ya en el ámbito autonómico, encontramos como normativa directora de la Policía Local a la Ley de Coordinación, esto es, Ley 6/1999⁴¹, de 19 de abril, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana, cuyo desarrollo reglamentario tiene como norma principal el Decreto 19/2003, de 4 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula la Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana. En ambos casos, y para lo no regulado en ellas, existen remisiones hacia la normativa del Cuerpo Nacional de Policía, más que necesarias, debidas a la tradicional pereza legislativa del Ejecutivo valenciano para las cuestiones de peso en materia de Policía Local. Y tras ellas, un farragoso elenco de decretos y órdenes, muchos de los cuales vienen siendo cuestionados de largo.

4

Lo que debería ser la Policía Comunitaria al amparo de lo expuesto

Sentadas las bases legislativas que constituyen los pilares del servicio de Policía y la institución de la Policía de base municipal, procede a continuación resumir las características sobre las que ineludiblemente debe asentarse el fundamento filosófico-social de la Policía Comunitaria:

a) *De la Policía:*

-Como concepto, se remite al orden correcto de la comunidad, las personas y los bienes.

-Es enteramente un servicio público.

-Tiene encomendada la misión de defender la ley y la seguridad ciudadana, al tiempo que la protección de los derechos de los ciudadanos.

-La Policía dependiente del poder municipal es la Policía más cercana al ciudadano.

-Precisamente por ser la más cercana al ciudadano, está en mejor disposición que cualquier otra para conocer de manera más profunda el entramado social y la problemática local.

41. Sustituida por la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana.

b) De la Administración local:

-Es la que está en mejor disposición para resolver eficazmente los problemas de la vida cotidiana de los ciudadanos.

-Goza de la protección de la «garantía institucional», mecanismo jurídico-administrativo que impide la interdicción de otros poderes del Estado que la hagan no reconocible para sus ciudadanos en la prestación de un servicio propio.

-Tiene como fin primordial y fundamento de su existencia el satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad, y por ello le presta un servicio permanente.

-Tiene el deber de potenciar los servicios integrados para el cumplimiento eficaz de los fines que tiene encomendados.

Para entender correctamente cuál debe ser el servicio que ha de prestar la Policía Comunitaria, debemos partir de la base antropológica e histórica que explica la formación de comunidades y el surgimiento de los poderes sociales.

Muy básicamente: cuando un grupo de individuos llega a la conclusión de que puede defenderse mejor como grupo que de forma individual, y que el trabajo conjunto y organizado provee de mejor forma las necesidades de los miembros del grupo, entonces surge una comunidad que tiene una población y una base territorial donde vivir. Pero las relaciones entre los individuos de esa comunidad no pueden quedar al libre albedrío de cada cual, por lo que necesitan, para lograr una convivencia adecuada y mutuamente provechosa, dotarse de unas ciertas reglas de convivencia, unas reglas sociales. Además, para que esas reglas sean eficaces en su propósito, hay que constituir algún tipo de poder que esté encargado de vigilar el cumplimiento de esas reglas, así como de castigar el incumplimiento de las mismas. Se trata del «contrato social» de ROUSSEAU, como hipótesis explicativa de la existencia de la autoridad política y del orden social.

La natural evolución de este sistema, pergeñado sobre los pilares básicos de la comunidad, el territorio con normas y el poder fáctico, ha llevado a los actuales sistemas democráticos, si bien no es un modelo unitario a nivel mundial, sino que manifiesta distintas evoluciones del elemento «poder».

En las actuales Ciudades-Estados democráticos, la soberanía debería recaer en el pueblo. Hablamos en condicional porque la realidad nos ha dado múltiples ejemplos de pseudodemocracias, democracias desnaturalizadas o democracias tan limitadas que apenas sí son reconocibles como tales. El derecho de los ciudadanos a ejercer el voto mediante listas cerradas cada cuatro años, sin más, no hace de un Estado una democracia. La democracia debe ir mucho más allá, debe proporcionar al ciudadano una intervención más inmediata, fre-

cuenta y decisiva en el devenir de cuanto le incumbe en el «contrato social». Sin esta premisa básica no podrá cumplimentarse nunca, de forma completa, todo aquello que rodea, que es base de su existencia y que caracteriza al servicio «Policía Comunitaria». Podrá ser algo parecido, con sus bondades y sus limitaciones, pero no será la auténtica *Policey* que postulaba HASSEMER⁴².

4.1

Policía Comunitaria como institución

Como institución policial, en sí misma, la Policía Comunitaria no necesariamente debería diferir del resto de instituciones policiales, si bien es cierto que presentaría alguna peculiaridad o singularidad propia y diferenciadora, debido a su perfil marcadamente social (comunitario). Sería una institución armada y jerarquizada administrativamente, pero no de forma castrense, sin tales condicionamientos, estrecheces y vetustas reminiscencias.

Orgánicamente tendría la configuración típica de cualquier Cuerpo de Policía, pero funcionalmente podrían aparecer nuevos actores implicados en la prestación de un servicio integral, y quizás también nuevos destinatarios.

4.2

Policía Comunitaria como concepto

Este es el punto básico que va a ocuparnos en adelante. De su comprensión y correcta configuración dependerá su eficacia como sistema, como procedimiento y como servicio.

Debemos partir de la consideración de que la Administración pública tiene como finalidad servir a los intereses generales, como documentamos en la parte inicial de este texto. Goza de privilegios que le otorga la ley y de potestad propia para su gestión y autoorganización, así como también goza de potestad recaudatoria para posibilitar el cumplimiento de sus fines. Es decir: los ciudadanos pagamos impuestos para que la Administración pueda prestar servicios, para que pueda proporcionarnos bienes que necesitamos como comunidad de personas.

La calificación «pública» de la Administración supone que en su actuación no debe guiarse por otros parámetros que los intereses generales. Ciertamente, y fácil es de comprobar, que las discrepancias entre la Administración y el

42. *Vid.* nota 1.

ciudadano surgen cuando unos y otros interpretan el concepto de «intereses generales», pues pueden existir tantas interpretaciones como individuos.

En cualquier caso, es indudable que la Administración pública debe servir con objetividad a los intereses generales, pues solo con tal fin constitucional, y no con otros fines, es entendible que la Administración goce de los –en ocasiones– desmesurados privilegios que ostenta frente al administrado.

La «Policía Comunitaria» debe ser un servicio integral, caracterizado por la *transversalidad* (pueden confluir varias áreas de interés o «necesidades sociales») y la *corresponsabilidad* entre los servicios implicados. Al adjetivarse como «comunitaria» debe ser su función primordial el servir a la comunidad en la que se integra, la comunidad que la ha creado y que espera encontrar en ella un servicio eficaz y eficiente para la resolución de sus problemas, en el seno de una sociedad incardinada en un tiempo y lugar determinado. Para ello, al mismo tiempo, deben ser preservadas las prerrogativas funcionales que caracterizan a la Policía como institución, y que incluyen, como no puede ser de otro modo, el ejercicio legal y constitucional de la vis pública.

Esto no significa «continuismo» en la institución y sus formas de relacionarse con la ciudadanía, sino muy al contrario, lo que implica es la formalización del tránsito completo del modelo policial represivo al preventivo, y del preventivo al asistencial, sin perder en dicho tránsito aquello que es necesario y/o positivo para la convivencia y para la sociedad en términos generales. Y es dentro de ese modelo asistencial, básicamente, donde la Policía Comunitaria adquiere todas aquellas características que precisa, dada su adjetivación.

Cuando en las décadas de los años 80-90 se hablaba del binomio Policía-ciudadano, básicamente se hacía en torno a dos ejes primordiales: la función de «policía administrativa» y la función de «policía deontologizada». Hoy debemos superar estos conceptos y pensar que la Policía Comunitaria debe ir mucho más allá de estas incipientes relaciones de la institución y la ciudadanía, sin llegar a perderlas, y que supone la realización del ejercicio de una invariable vocación de servicio público.

4.3

Características que debe reunir la Policía Comunitaria

Seguramente, establecer una enumeración taxativa de las características que deben configurar la identidad de la Policía Comunitaria sea un trabajo poco provechoso si se pretende ser riguroso, y ello principalmente porque, por definición, la Policía Comunitaria debería estar preparada para asumir, como una suerte de vis atractiva, cualquier asunto social que surgiera de la evolución

natural de una comunidad, y por ello esa lista de características nunca podría constituir un *numerus clausus*.

No obstante, sin entrar en el detalle operativo y formal, podemos presumir que, al menos, deberá reunir las siguientes:

- Un Cuerpo policial, desde el punto de vista orgánico y funcional, dotado de una escala jerárquica administrativa y con diferentes niveles de responsabilidad en función de la gestión que realice.

- Un Cuerpo orientado y dirigido al fin público, a la resolución de los problemas del ciudadano, a la prestación de un servicio mucho más social que el actual.

- Un Cuerpo regido por criterios estrictamente democráticos de funcionamiento, donde todos los funcionarios tienen la posibilidad real de intervenir en la solución de los problemas que han conocido por su trabajo de campo.

- Un Cuerpo que base su actuación en principios legales y en principios morales, estén o no materializados en códigos deontológicos.

- Un Cuerpo dotado de capacidad administrativa bastante como para ofrecer un servicio integral al ciudadano, y de suministrarle soluciones en sus demandas lícitas.

- Un Cuerpo que no esté orientado a la obtención de resultados estadísticos o recaudatorios, sino a mejorar en el ciudadano la percepción de los intangibles.

- Un Cuerpo compuesto por mujeres y hombres con una alta especialización en servicios a la comunidad, además de los propiamente operativos policiales clásicos.

Algunos intentos han existido de configurar una aproximación a la Policía Comunitaria, mediante la implementación de servicios –que no de Cuerpos– orientados, como mayor o menor éxito, a esta finalidad pública comunitaria. Son los casos de las llamadas Policías de Barrio, Policías de Distrito, Policías de Proximidad...

La Policía Comunitaria no puede surgir *ex novo*, de la nada, por generación espontánea, pues en ese caso no se entendería, ni probablemente llegara a ser funcional. Debe ser la consecuencia de un proceso evolutivo, un proceso que a los ciudadanos nos haya servido para aprender como personas, y a los Cuerpos policiales como institución.

El modelo evolutivo policial sería el de la siguiente figura:



4.4

La Policía Local como modelo más próximo al concepto de Policía Comunitaria

De la misma forma que los ayuntamientos son las Administraciones públicas más cercanas al ciudadano, por ser las que tienen su ámbito de actuación en la localidad donde residen estos administrados, y por ser las que gestionan los servicios más inmediatos, necesarios y directos, sus Policías Locales son también las que mayor proximidad ofrecen a los ciudadanos. Y no únicamente por la cuestión locativa del servicio, sino porque muchos de sus miembros son personas que han nacido y residen en esa localidad, en esa comunidad, o porque al no estar sujetas a la movilidad laboral geográfica propia de los Cuerpos estatales, han pasado largos periodos de su vida profesional en el mismo lugar, integrándose en el mismo a todos los efectos vitales y profesionales. Esto supone que los Cuerpos locales y las personas que los integran sientan un importante arraigo profesional, social y familiar, mayor que el de los Cuerpos estatales, y que estén integrados en el seno de la sociedad receptora de sus servicios.

Debemos detenernos en este punto relativo al arraigo. Las viejas estructuras castrenses que aún hoy existen en algún Cuerpo policial (la Guardia Ci-

vil), o la no muy lejana dependencia orgánica del actual Cuerpo Nacional de Policía de las Fuerzas Armadas (hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), son estructuras que priman la efectividad y la disciplina sobre el arraigo. El acuartelamiento desocializa, por cuanto que en alguna medida aísla a las personas del conjunto de la sociedad, y las mantiene en pequeños núcleos de iguales que no fomentan los modelos relacionales sociales «normales» más allá de los custodiados muros del cuartel. Lo cual resulta bastante curioso, si tenemos en cuenta que los principales defensores de este modelo castrense basado en buena parte en la exclusión, la relación entre iguales y el desarraigo geográfico, a causa de la frecuente movilidad y como modelo de efectividad funcional, son, al mismo tiempo, los principales detractores del multiculturalismo y del pluralismo social.

Podría pensarse que es exagerado hablar de multiculturalismo al referirnos a la Policía; sin embargo, existen razones sobradas para hablar de la profesión policial, al menos, como de un modelo subcultural propio y diferenciado. Pensemos en pequeños núcleos poblacionales que viven en régimen de acuartelamiento, con sus familias incluidas. Dentro del cuartel solo se relacionan con iguales –otros funcionarios y sus familias– y están todos igualmente sometidos a ciertas y no poco estrictas normas de seguridad internas para la protección del cuartel y sus moradores. Entre ellos se genera la confianza entre iguales: viven en las mismas condiciones, bajo las mismas normas, soportando semejantes riesgos. Su vocabulario, bien matizado por la especificidad de la profesión, es también semejante. En sus conversaciones todos estos sentimientos e ideas se retroalimentan, confirmándose continuamente unos a otros en su pensar y sentir de forma absolutamente endogámica. Saben que en su vida existen elementos diferenciadores con relación a la sociedad en la que se aloja su pequeño mundo, su cuartel, y se protegen contra esas diferencias. Podríamos decir que habitan en un microsistema endogámico y en parte aislado del resto de la ciudadanía.

Es, por este y por otros motivos, de todo punto imprescindible que se produzca, de una vez por todas, la completa escisión entre la Policía y las Fuerzas Armadas. Los Cuerpos de Policía deben ser civiles, y cualquier intromisión de lo castrense en este ámbito no es sino una rémora militarista decimonónica que las actuales sociedades no necesitan, ni muchas veces alcanzan a entender.

No empero, no es la residencia el único elemento a considerar. Todo el sistema relacional con otras instituciones y otros ciudadanos queda marcado cuando se trata del ejercicio de una profesión ampliamente reglada y vigilada por su importancia social, y por la trascendencia de su incidencia en los derechos de las personas. La resiliencia de las personas que integran los Cuer-

pos de Policía no es infinita, y en muchas ocasiones han de asumir patrones profesionales, legales y jurisprudenciales predefinidos, como mecanismo de defensa; patrones que, en definitiva, suponen una especie de fomento del corporativismo profesional, cuestión que podemos plantearnos como fomentadora del desarraigo.

Omnipresente en todas las instancias profesionales de nuestra sociedad, el corporativismo ha sido –y es aún– fuente frecuente de desajustes en las legítimas expectativas de los ciudadanos y ciudadanas. Supongamos que un juez, por idear algún ejemplo, actuase de forma corporativa a la hora de enjuiciar a otro juez, otorgándole privilegios inalcanzables para la mayoría de personas. En tal caso, la sociedad se resentiría y se extendería la mancha del corporativismo como manantial del que brotan desigualdades y situaciones de injusticia material. De la misma forma, el corporativismo entre Policías hace que la sociedad –en su generalidad– recele de la profesionalidad, la motivación y la honradez de la institución y de las personas que la componen, cuando haya podido verse afectada en sus derechos por una actuación caracterizada por el corporativismo. Y esta constante que aún se muestra en lo más profundo de nuestra sociedad, aunque quizás no de forma directa o con insistente profusión, sí ha quedado proscrita por todos y cada uno de los códigos deontológicos, se trate de la profesión que se trate, y especialmente para todos aquellos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

La experiencia nos dice que aun cuando estamos insertos en una misma sociedad, la heterogeneidad misma de dicha sociedad puede dar lugar a la creación de reductos o microsistemas diferenciados. Funcionarios de Policía que han prestado su servicio durante muchos años en un turno nocturno exclusivamente, han variado su modelo relacional o, al menos, han tenido que adaptarse a otros subsistemas menos visibles y propios del mundo de la noche. Así, es frecuente que dichos funcionarios pasen mucho más tiempo, desde el punto de vista cuantitativo, relacionándose con otros individuos del «subsistema nocturno» que con los del «diurno», y son claras las diferencias entre ambos, independientemente de que de forma esporádica podamos coincidir todos en alguna ocasión. Nos referimos básicamente al submundo delictivo que aprovecha la nocturnidad, al submundo de los drogodependientes y de sus abastecedores, y también al submundo del ocio nocturno, que junto con los funcionarios de la Policía, en los grandes núcleos urbanos, llegan a constituir un microsistema propio e independiente dentro de la sociedad, hasta tal punto que se genera un lenguaje con sus propios vocablos, giros y expresiones, y un sistema relacional en el que lo esperable es, en ocasiones, una contingencia. Todo un modelo relacional propio y diferenciado que, aun cuando no llegue

generalmente a desocializar, sí es posible que genere «marcas sociales» propias de grupos pequeños y algo aislados.

Otro subsistema digno de mencionar en el que se integra la Policía es el de la vis pública judicial. Con una altísima frecuencia, las intervenciones de los funcionarios de Policía afectan a derechos de los ciudadanos, y a derechos fundamentales. Si creemos que es probable «que el cántaro se rompa por ir mucho a la fuente...», entenderemos que es fácil también pensar que un funcionario de Policía pueda errar al acometer la privación temporal de un derecho fundamental de las personas, que es precisamente la parte más relevante de su ejercicio profesional. De esa forma, aun cuando en la inmensidad de ocasiones los funcionarios de Policía, como agentes que están al servicio de jueces y fiscales, acudan como testigos, no es menos cierto que existe la impresión de que se es mucho más exigente e intransigente con ellos que con el resto de ciudadanos; y que esa mayor exigencia, para nosotros entendible y compartida por ser una característica innata de la profesionalidad, en muchas ocasiones se puede convertir en un juicio paralelo sobre la integridad o la buena praxis del policía ante el juez, que podría llevar a una reprobación e incluso a una condena. Esta impresión existe en gran cantidad de profesionales, que entienden como una injusticia del sistema que se vigile de forma intensa su actuación, cuando su intención no es otra que el cumplimiento de las leyes y de sus funciones de genérica protección del conjunto social; impresión que les lleva a mantener una residual desconfianza en las figuras de los otros operadores jurídicos, en muchas ocasiones «rivales» profesionales, que a diferencia de ellos, en su urgente intervención que puede durar apenas unos segundos, han tenido meses de tiempo y muchos medios para dilucidar la existencia de posibles responsabilidades punibles, tanto por parte de la persona que ha visto limitados sus derechos por la intervención policial, como por parte de los funcionarios de Policía que son objeto de investigación por la posible inadecuación de la praxis profesional.

Como remate de todo este elenco de subsistemas, existe otro aún más restringido, basado en una conciencia con cierta extensión por la que los funcionarios de Policía realizan una auténtica criba en asignación de confianzas, de la que en muchas ocasiones quedan excluidas sus propias estructuras internas, por sentirse parte de un proceso de administrativización de la persona o despersonalización del número o individuo, que los hace indelebles. Efectivamente, existe una línea de pensamiento entre profesionales que desconfía del apoyo y las pretensiones reales de las jefaturas orgánicas -las políticas-, especialmente, pero también de las funcionales, por lo que se genera un círculo muy restringido de confianzas, que quedan reducidas a unas pocas personas de su entorno habitual de la convivencia profesional diaria. En el otro extremo,

entre las jefaturas también existe cierta creencia sobre la apatía general de los funcionarios de Policía a la hora de ejercer determinadas tareas, lo que tampoco favorece el clima de confianza organizacional preciso para el más correcto funcionamiento de la institución. Y el colmo de los desencuentros se produce cuando alguna jefatura política, generalmente en ayuntamientos pequeños, se arroga las funciones de la jefatura orgánica, sin tener conocimientos o capacitación alguna para ello, ni tampoco capacidad empática, provocando un agrandamiento de la brecha entre la institución, las personas que la sirven y su finalidad última, el servicio público.

Todas estas circunstancias son el caldo de cultivo de un sistemático proceso de ruptura y alejamiento en la implicación con los fines que debieran ser comunes, de reducción o ausencia de esfuerzo como resultado de la despersonalización del funcionario y de la menor efectividad del sistema. La persona sufre un proceso de alienación profesional, se siente desincentivada y crea su propio sistema de valores profesionales. Esta es, en definitiva, una de las causas que justifican el elevadísimo número de casos de síndrome de *burn out* entre los profesionales de la seguridad pública.

También en muchas ocasiones el policía se siente no ya «no recompensado» por su esfuerzo (que sería otro tema a tratar, el de la sospechada arbitrariedad de las recompensas), sino ni tan siquiera reconocido, ni por sus jefaturas, ni por la ciudadanía. El único reconocimiento que obtiene por su esfuerzo, aun a riesgo de su integridad física y su vida, es el de los compañeros que trabajan cada día con él. Si a esto le sumamos la tensión latente con los restantes operadores jurídicos, sociales y políticos, obtenemos un escenario de incomprensión, de soledad y de ausencia de incentivos.

Esta situación profesional no es casual, sino el fruto del desarrollo cronológico de un sistema social donde el elemento represivo es sentido por la ciudadanía como una agresión directa a sus derechos, mientras que para el profesional de la Policía no es más que el cumplimiento de un deber; pero de un deber que ha sido interpretado políticamente por quien ostenta responsabilidades sobre el mantenimiento del orden público y el uso de la fuerza legítima.

Cuando los policías reciben una orden que implica el uso de funciones represivas, tienen que superar la tensión básica que supone, por un lado, el límite de la ética profesional frente a la obediencia debida; y por otro, la reprobación de la misma sociedad en la que se integran por el uso de la fuerza frente a unas reivindicaciones que son natural, social y legalmente lícitas y legítimas. Para entender esta dicotomía en su faceta humana hay que conocer todo el proceso de formación, integración y ejercicio profesional. Pero eso ya no es objeto de este estudio.

4.5

Valores institucionales y principios de actuación de la Policía Comunitaria

Retomando el discurso sobre qué debe ser la Policía Comunitaria, hay que hacer referencia a los valores institucionales que la informan, y que deben ser entendidos como cualidades del servicio que constituyen sus normas morales, comunes a todos los elementos de la institución, y que deben informar la praxis profesional. Entre estos «valores institucionales» destacamos:

a) El respeto a los derechos humanos, como base instrumental obligatoria de toda intervención policial, que debe estar dirigida a la protección y al respeto de la dignidad humana.

b) La justicia, entendida como el recto proceder profesional basado en el estricto cumplimiento de la ley, desde los postulados de la imparcialidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

c) La responsabilidad, como actitud que conoce y está comprometida con la obligación de cumplir la ley en el desempeño de su ejercicio profesional.

d) La integridad, como valor que resalta la lealtad a los principios, normas y valores institucionales que pueden evitar el cometer o tolerar la comisión de cualquier ilegalidad o hecho corrupto, mostrando como característica profesional la rectitud, la transparencia y la honestidad del funcionario.

e) La solidaridad, como actitud profesional y humana reactiva ante el perjuicio y el dolor producido por la vulneración de la integridad física o mental, o de otra índole, que puedan sufrir las víctimas del delito.

f) La tolerancia, como actitud profesional que debe respeto y consideración hacia las distintas formas de pensamiento y actuación de otras personas, aceptando y contribuyendo a conciliar las diferencias legítimas de pensamiento entre las personas.

g) La vocación, como disposición personal y profesional al ejercicio de sus funciones de forma desinteresada y altruista, con entrega profesional y dedicación.

h) La actualización de conocimientos, como medida profesional imprescindible para la evolución de su actuación en su concreto entorno social, incorporando las habilidades sociales oportunas, el buen juicio, el conocimiento y el deseo de resolver los problemas.

Tales características o valores institucionales son los que informarán los principios de actuación de la Policía Comunitaria:

a) La transición del concepto de Policía reactiva hacia el de Policía proactiva. Los funcionarios deben poder visualizar y atender las necesidades del grupo social donde prestan su servicio.

b)El establecimiento y la participación en el desarrollo de mecanismos de asociación y cooperación con los actores sociales, tales como los grupos sociales que caracterizan nuestras actuales sociedades plurales, con los grupos profesionales que se ocupan de los principales problemas sociales, con las instituciones y entidades administrativas, y todo ello dirigido a la identificación de los problemas sociales, a la correcta intervención profesional y a su resolución pronta y eficaz.

c)La obligación de presentar gestión, ante la ciudadanía y la propia Administración, de todas las dependencias y cargos policiales.

d)La gestión administrativa que fomente la autonomía de la toma de decisiones, fomentando la responsabilidad y la ética profesional frente al aparato interno y ante la ciudadanía, y también la participación de los actores sociales.

e)El establecimiento de un firme compromiso para la defensa y protección de los grupos más vulnerables de la sociedad, como son las víctimas de la violencia de género y doméstica y las personas discapacitadas.

f)La formación policial orientada a los valores institucionales, y no meramente la especialización, sino una formación que permita a los funcionarios aplicar el enfoque comunitario a todo proceso o procedimiento policial. La Policía Comunitaria debe estar informada por la inteligencia emocional para poder responder a cualquier demanda ciudadana, aunque no esté directamente relacionada con la seguridad pública.

g)El estudio y análisis de los problemas, así como el uso de métodos programados *ad hoc* y protocolos ante tales problemas, bajo criterios científicos y con el asesoramiento de los profesionales adecuados, que en materia de seguridad ciudadana son los criminólogos, a través de su inserción en las escalas facultativas de los Cuerpos de Policía.

En conclusión, diremos que el nuevo modelo de Policía Comunitaria no consiste en una nueva forma de «hacer la Policía», sino en una nueva forma de «ser la Policía». Una evolución institucional que esté dirigida a elevar la calidad de vida de la comunidad, mediante la aplicación de postulados sociales y criterios científico-criminológicos que incrementen la eficacia y la eficiencia de los Cuerpos policiales, aplicando la estrategia de intervención en tres ejes fundamentales: el conocimiento de la comunidad, de sus necesidades e intereses; la transversalidad y la corresponsabilidad en el ejercicio profesional; y la interacción constante y continuada con la comunidad.

4.6

Las competencias sociales que informan la Policía Comunitaria

Quizá uno de los factores que más separan a un Cuerpo de Policía de la comunidad a la que sirve es el distanciamiento emocional propio del ejercicio policial coactivo. Bajo los postulados del absoluto respeto personal en sus relaciones, este modelo relacional puede ser visto como «frialidad emotiva profesional», lo que no fomenta las vías relacionales ni la confianza mutua.

En aquellas profesiones donde la relación interpersonal es frecuente y tiene incidencias en los derechos de las personas, la adquisición de las habilidades sociales adecuadas es fundamental para, unidas a las destrezas técnicas de la profesión, lograr un trabajo más eficaz, de mayor calidad y más satisfactorio, tanto para la comunidad como para el profesional.

Definir lo que es una habilidad o competencia social no es tarea sencilla, dado que dentro del concepto de habilidad se incluyen muchas y variadas conductas y, además, dependen del contexto social, que puede ser muy variable. Algunos autores la han definido como la capacidad para desempeñar un rol que cumpla fielmente con las expectativas que los otros tienen respecto a quien actúa como titular de un estatus en una relación determinada. Otros, han postulado que las habilidades sociales constituyen un conjunto de conductas dirigidas hacia un objeto, interrelacionadas, que pueden aprenderse y que están bajo el control del individuo. Quizás la mejor forma de comprender en qué consisten las habilidades sociales sea aquella que integre estas definiciones y muchas otras que no se citan en el presente estudio, pero que van configurando su naturaleza y características. No obstante, podríamos resumir las habilidades sociales a través de los siguientes elementos:

- Son conductas aprendidas, socialmente aceptadas y que posibilitan la interacción con los demás.

- Son conductas instrumentales necesarias para alcanzar una meta.

- Aúnan aspectos observables, tangibles, y aspectos cognitivos y afectivos no directamente observables, intangibles.

- Su interpretación, evaluación y entrenamiento debe adecuarse al contexto social.

Las habilidades sociales se suelen adquirir a través de mecanismos básicos de aprendizaje y entrenamiento, tales como el reforzamiento positivo de las habilidades, el modelado o aprendizaje por observación, la retroalimentación entre los actores y el desarrollo de expectativas cognitivo-conductuales para las situaciones interpersonales. Esto supone la aceptación de que las habilidades sociales son aprendidas, y como cualquier cosa aprendida, son susceptibles de ser modificadas. El entrenamiento en habilidades sociales per-

sigue mejorar el funcionamiento interpersonal, lo que pasa por la aplicación de programas estructurados que enseñen estrategias al grupo de actores (policías) que les permitan mejor manejarse en determinados tipos de situaciones.

Este entrenamiento se lleva a cabo mediante la práctica supervisada de los procedimientos habituales: uso de modelos referenciales, instrucciones verbales, ensayo conductual, reforzamiento y *feedback*. La mayor dificultad que presenta este entrenamiento reside en conseguir que los aprendizajes concretos se expandan a otras situaciones distintas, para lo cual parece indispensable el entrenamiento de la inteligencia emocional. Otras formas de conseguir esta generalización pasan por la planificación de las habilidades a entrenar, la compensación de los déficits y de las competencias de las personas entrenadas, la evaluación de los ámbitos sociales de intervención y la anticipación en la preparación de las conductas que con más probabilidad pueden presentarse. También se aconseja incorporar a estos entrenamientos técnicas de resistencia a la carga emocional y supuestos con incremento de la dificultad de las situaciones.

Las habilidades sociales están informadas por la clase de respuestas o dimensiones conductuales. Desde los postulados basados en la práctica clínica, las dimensiones conductuales más aceptadas⁴³ son: escuchar; saludar, presentarse y despedirse; iniciar, mantener y finalizar una conversación; hacer y rechazar peticiones; disculparse o admitir la ignorancia; defender los derechos; negociar; expresar y defender las opiniones, incluido el desacuerdo; afrontar las críticas; hacer y recibir cumplidos; expresar amor, agrado y afecto; expresar justificadamente molestia, desagrado o enfado; pedir el cambio de conducta del otro; cooperar y compartir; expresar y recibir emociones; dirigir a otros; solucionar conflictos; dar y recibir retroalimentación; realizar una entrevista; solicitar un trabajo; y hablar en público.

Pero todas estas dimensiones conductuales, por sí solas, no son suficientes para definir las habilidades sociales, que no constituyen una simple suma de componentes verbales y no verbales incardinados en un proceso cognitivo, sino que suponen la interacción y combinación de estas características individuales en contextos ambientales cambiantes y en distintos grupos.

El grupo constituye la forma más habitual de convivencia humana. El hombre, como ser social, necesita de otros individuos para desarrollarse y sobrevivir. Además, le proporciona el conjunto de estímulos y refuerzos que necesita para su desarrollo, al tiempo que le impone la aceptación de una serie de normas comunes. El conocimiento del funcionamiento de los distintos grupos se convierte en una herramienta necesaria de integración en la comunidad.

43. PÉREZ-SANTAMARINA, 1999; PORTILLO, 2001.

El último elemento a considerar es el conflicto. El conflicto forma parte de la vida relacional de las personas y de los grupos. No es sinónimo de violencia o irracionalidad, sino simplemente expresión de la diversidad de una sociedad en constante evolución y desarrollo.

Definir el conflicto tampoco es tarea fácil y se han venido dando muchas definiciones que lo cualifican desde un punto de vista integrador. Una opción reducida de definición de conflicto lo establecería en un proceso interactivo que incluye dispares percepciones, emociones, conductas y resultados para las partes que intervienen. Pero lo importante a nuestros fines, referidos a la Policía Comunitaria, no es tanto la definición de qué es el conflicto, cuanto la necesidad de desarrollar las competencias que nos permitan su resolución, competencias que están basadas, principalmente, en el entrenamiento de las habilidades sociales (especialmente la asertividad) y de las técnicas de negociación. Es aquí donde hace su aparición la figura de la mediación policial, si bien tenemos que matizar que en la actualidad la Policía no media, sino que intermedia, por cuanto que el concepto de mediador incluye una asepsia que el uniforme policial desvirtúa al introducir un elemento de poder administrativo, con connotaciones coactivas, entre las partes en conflicto.

Estas son, en esencia, unas notas que adjetivan el nuevo concepto de Policía Comunitaria. Desde los distintos ámbitos del conocimiento deberán desarrollarse las teorías, métodos y procedimientos directores de la nueva creación, de la evolución social e institucional que permita el constante reajuste de esta institución municipal en la comunidad en la que se integra.

Doctrina constitucional en relación con el control mediante cámaras de videovigilancia

ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ

*Magistrada especialista orden contencioso-administrativo.
Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears*

1. Introducción
2. Concepto de datos de carácter personal y sus sujetos
3. Marco normativo interno a tener en cuenta en la utilización de cámaras de videovigilancia y el tratamiento de los datos obtenidos
4. El Reglamento europeo 2016/679 y el Proyecto de Ley Orgánica que lo desarrolla
5. La videovigilancia, el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen
 - 5.1. La videovigilancia y el derecho fundamental a la intimidad
 - 5.2. La videovigilancia en relación con el derecho a la propia imagen
6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
7. Algunas sentencias de los tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo
8. Bibliografía

Resumen

Estudio normativo y jurisprudencial sobre el control ejercido a través de cámaras de videovigilancia y su posible afectación a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE (honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las

Artículo recibido el 26/06/2018; aceptado el 10/03/2019.

comunicaciones y protección de datos personales), así como, en general, a la dignidad humana y derechos equivalentes garantizados en el ámbito europeo, con especial atención a la doctrina del Tribunal Constitucional español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: *cámaras de videovigilancia; honor; intimidad; propia imagen; inviolabilidad del domicilio; secreto de las comunicaciones; protección de datos; dignidad humana.*

Constitutional doctrine on the control by surveillance cameras

Abstract

The article studies the rules and case law over the control by surveillance cameras and its use potentially in breach of fundamental rights enshrined in Article 18 of the Spanish Constitution (right to honour, privacy, own image, protection of home, secrecy of communications and personal data protection); as well as human dignity and equivalent rights protected by the European mechanisms of protection of human rights. The article pays especial attention to the case law of the Spanish Constitutional Court, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.

Keywords: surveillance cameras; right to honour; right to own image; protection of home; secrecy of communications; personal data protection; human dignity.

1

Introducción

En la sociedad del siglo XXI las nuevas tecnologías afectan a todos los ámbitos que guardan relación con la vida diaria de sus ciudadanos. Evidentemente, esta constante inmersión tecnológica plantea, de forma inevitable, una serie de cuestiones jurídico-constitucionales que requieren una solución o respues-

ta adecuada, habida cuenta de que están en juego derechos fundamentales de la persona tales como el honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o el derecho a la protección de sus datos personales, todos ellos consagrados en el artículo 18 de la Constitución, pero que también pueden afectar a otros derechos como la libertad de circulación, el derecho a la no discriminación y, en definitiva, la misma dignidad humana (SSTEDH de 28 de enero de 2003 y de 4 de marzo de 2008).

Pues bien, siguiendo con este orden de cosas, resulta constatable cómo en los últimos años han proliferado los sistemas de videovigilancia o equipos destinados a la supervisión de la conducta de las personas a través de cámaras, a los cuales pueden recurrir los sujetos públicos y privados para proteger a las personas y bienes en los ámbitos espaciales que les son propios, y que los poderes públicos utilizan a fin de preservar y garantizar la seguridad colectiva. Todos los responsables en la toma de decisión del empleo de cámaras de videovigilancia deben atender a los requisitos legalmente establecidos para su utilización y acerca del tratamiento de los datos personales que se obtienen mediante estos sistemas.

La videovigilancia es la técnica que permite la captación de imágenes y sonidos (si bien la captación exclusiva de sonidos o escuchas no se puede incluir en esta categoría, siendo de mayor trascendencia las imágenes en este sentido) a los efectos de poder reproducirlos en cualquier momento y tener acceso a los ficheros que con estos datos se constituyan. Resulta evidente que las posibilidades que ofrecen estos medios técnicos constituyen un riesgo para la intimidad, para la privacidad (SSTC 254/1993, 20 julio; 11/1998, 13 enero; 94/1998, 4 mayo, y 292/2000, 30 noviembre), para la protección de la propia imagen, e incluso para el libre desarrollo de la personalidad, y ello sin hablar de las posibilidades de uso indebido de las informaciones captadas, conversaciones privadas, reuniones, hábitos personales, entre otras facetas de la vida de las personas.

El ámbito de protección de la privacidad de las personas no está restringido a su vivienda o a lugares privados, sino que también debe ser protegido incluso en los espacios públicos y en la esfera de trabajo, pues la intimidad y la propia imagen son derechos fundamentales que le son inherentes y que se proyectan alrededor del individuo en cualquier momento y circunstancias, para asegurar una esfera de la personalidad libre de injerencias externas.

Ello no impide que estos derechos fundamentales puedan ser limitados en pro de otros bienes jurídicos de relevancia, como es el caso de la seguridad pública e incluso privada y la pacífica convivencia. Este conflicto entre distintos derechos y bienes jurídicos se resolverá en cada caso concreto de la

forma menos restrictiva posible a los derechos fundamentales en juego. Por consiguiente, es de vital importancia que el legislador proceda a realizar una regulación de estas técnicas de vigilancia, sus requisitos, límites y garantías.

La normativa comunitaria y, por supuesto, la legislación nacional, protegen los derechos fundamentales de las personas y, en este sentido, no han olvidado la utilización «potencialmente lesiva» de las nuevas tecnologías de vigilancia. En este orden de cosas, la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, estableció las directrices de esta utilización, siendo traspuesta por la todavía vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Si bien a través de las videocámaras se produce el uso y tratamiento automatizado de los datos personales obtenidos, en ninguno de estos textos normativos se incluye precepto específico sobre la captación y grabación de imágenes y sonidos mediante cámaras destinadas, en último término, a garantizar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones.

A partir del 25 de mayo de 2018 resulta directamente aplicable el Reglamento Europeo General de Protección de Datos (RGPD, Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016), el cual entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y ha derogado la Directiva 95/46/CE.

Y desde el mes de noviembre de 2017 se encuentra en fase de tramitación ante el Congreso de los Diputados el proyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos para adaptar la normativa interna al citado Reglamento, proyecto legislativo en cuyo seno se inserta un precepto específicamente destinado a las técnicas de videovigilancia (art. 22). A día de hoy, una vez finalizadas las fases de debate de su totalidad y presentación de enmiendas (un total de 369), se encuentra pendiente de la elaboración de informe por la Comisión de Justicia de la Cámara Baja.

El presente trabajo abordará diversas cuestiones concernientes al equilibrio entre la utilización de sistemas de videovigilancia y los derechos fundamentales de los ciudadanos, desde el punto de vista de la regulación normativa y la jurisprudencia de los tribunales a quienes se les encomienda, en última instancia, la tutela de los derechos básicos de las personas físicas, no solo en el ámbito nacional, sino en la órbita comunitaria e internacional, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución. Y en especial, en cuanto atañe al uso de estos sistemas por las Administraciones públicas y al albur de la nueva regulación europea que ya se debe imperativamente cumplir.

2

Concepto de datos de carácter personal y sus sujetos

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la instalación y el uso de sistemas de videovigilancia implican un tratamiento de datos pertenecientes a la intimidad y privacidad de las personas. En este sentido, el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) define el concepto de dato personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Esta definición ha sido completada por el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que lo define en su art. 5.1 f) como «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

Sin duda alguna, la imagen -y el sonido- que se registra a través de los sistemas de videovigilancia constituye información que identifica a personas físicas, por lo que resultan de plena aplicación tales conjuntos normativos. Ahora bien, sus preceptos deben interpretarse a la luz del Reglamento 2016/679 a partir del 25 de mayo de 2018, entendiéndose derogados en cuanto se opongan al mismo y supletoriamente complementados por la citada norma de la Unión Europea en los aspectos no regulados en la normativa nacional.

Por otro lado, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, definía el concepto de «dato personal» en su art. 2 a) como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».

Además, en su Considerando 14 reconocía expresamente su aplicación a los tratamientos de datos realizados por sistemas de captación de imágenes, al señalar que «Considerando que, habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afectan a dichos datos».

Y el directamente aplicable Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) UE-2016/679, de forma correlativa, también recoge una definición

de dato personal en el apartado 1 del art. 4: «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

En el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, por el contrario, no se contiene precepto alguno destinado a la definición de los datos de carácter personal, ni tampoco acerca de los interesados, ni del responsable y/o encargado de su tratamiento.

El RGPD define en el artículo 4.7) al «responsable del tratamiento» o «responsable» como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el derecho de la Unión o de los Estados miembros»; y en el artículo 4. 8) al «encargado del tratamiento» o «encargado» como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

3

Marco normativo interno a tener en cuenta en la utilización de cámaras de videovigilancia y el tratamiento de los datos obtenidos

Los organismos de control tales como la Agencia Española de Protección de Datos o la Agencia Catalana de Protección de Datos no son competentes para autorizar la instalación de este tipo de dispositivos, sino de velar por el cumplimiento de los requisitos y límites exigidos por la normativa vigente en desarrollo del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución.

A) Estos condicionantes y garantías se recogen en la *Ley Orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, y en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre*, aunque desde el 25 de mayo de 2018 se debe atender a la regulación del RGPD. Se trata de una regulación que atañe a la utilización de estos mecanismos dentro del ámbito privado (excluido el exclusivamente doméstico, art. 2.1 d) RGPD), sin repercusión en los espacios públicos o pertenecientes a la esfera privada de otros sujetos (tales como sus domicilios. Entre otras, la Sentencia de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2016, indica que «la tutela constitucional del derecho proclamado en el

apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción inconsentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artificio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscribió el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado». Se entiende por tanto que resulta procedente esta enmienda, en tanto es necesario dejar explicitada en la ley la prohibición absoluta de que este tipo de videovigilancia pueda servir como forma de observación o grabación de lo que sucede en el interior de un domicilio, todo ello en base al artículo 18.2 CE).

B) Además de este acervo normativo, y derivado de las competencias otorgadas al organismo de control nacional, en el año 2006 se dictó *la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras* (BOE n.º 296, 9 diciembre 2006). Esta Instrucción ha sido y es una trascendental guía a considerar en los tratamientos de datos realizados por sistemas de videovigilancia, ante la ausencia de regulación concreta en la Ley Orgánica 15/1999.

Comienza la Instrucción 1/2006 reconociendo que la imagen de una persona física es un dato de carácter personal cuando permita la identificación de un sujeto (que la persona sea identificada o identificable) y que queda sometido a la normativa de protección de datos cuando se utilicen las videocámaras con fines de vigilancia, excluyendo las actividades de videovigilancia de carácter privado, doméstico o familiar (art. 1.3 Instrucción), donde operarían las disposiciones generales de protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El tratamiento referido en la Instrucción puede ser la simple grabación o captación, y también la transmisión, conservación, almacenamiento de imágenes, reproducción o emisión en tiempo real.

La primera exigencia de la Instrucción 1/2006 es cumplir con los derechos de información de los potenciales afectados, lo que implica una doble obligación: anunciar las zonas videovigiladas con distintivos informativos ubicados con visibilidad suficiente, tanto en espacios abiertos como cerrados, y poner a disposición de los interesados los impresos con la información relativa al responsable del fichero a que se refiere el art. 5 de la LOPD.

Se debe destacar que la Instrucción 1/2006 prohíbe que los dispositivos establecidos por particulares alcancen la vía pública (art. 4.3), salvo en el control de accesos o cuando sea imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por la ubicación de las cámaras.

En la consideración de espacios semipúblicos o de titularidad privada (centros comerciales, aparcamientos, entre otros), la Instrucción se refiere a las exigencias para la instalación, el necesario respeto a los derechos de los afectados (aparte del derecho de información, los de acceso, rectificación y cancelación), e impone la destrucción de los datos en el plazo máximo de un mes desde su captación (así se recoge también en la Ley Orgánica 4/1997 de uso de las videocámaras en lugares públicos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Asimismo, establece que no serán cancelados cuando se constate la grabación de un delito o infracción administrativa, y que deben conservarse cuando haya responsabilidades nacidas de un tratamiento inadecuado de la información.

En cuanto a las medidas de seguridad y secreto en el tratamiento de los datos, la Instrucción no es muy precisa, pues se limita a señalar que el responsable deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, recordando, asimismo, los deberes de reserva, confidencialidad y sigilo de quienes tengan acceso a los datos.

C) El Preámbulo de la **Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana**, recuerda que «libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada, siendo la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí misma», añadiendo que «cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho)».

Su artículo 1 establece que «la seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes»; y en el artículo 22, específico sobre el uso de las videocámaras, dispone que se inserta en el contexto y principios de esta Ley de Seguridad Ciudadana habilitar

legalmente a la autoridad gubernativa y, en su caso, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para proceder a la grabación de personas, lugares u objetos mediante cámaras de videovigilancia fijas o móviles legalmente autorizadas, de acuerdo con la legislación vigente en la materia.

D) En lo que respecta a la de captación de imágenes de la vía y espacios públicos, la competencia exclusiva reside en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la ***Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y en el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la citada Ley Orgánica.***

Se trata de una regulación de capital importancia para las Administraciones públicas, en especial los ayuntamientos, los cuales ostentan especial interés en la salvaguarda de la seguridad de las calles y lugares públicos del municipio, donde principalmente las personas se interrelacionan y desarrollan la faceta social de su conducta, sin que ello obste a que realicen actuaciones que se insertan en el ámbito de su privacidad y que atañen a sus derechos fundamentales. Las citadas entidades públicas pueden crear ficheros de tratamientos de datos obtenidos mediante imágenes (videovigilancia) para la supervisión en el interior de sus edificios e instalaciones, incluso a efectos de control de sus empleados (siempre cumpliendo los principios y normativa que rigen la utilización de estos dispositivos), pero en cuanto la captación de los mismos se extienda a espacios públicos, deben recabar la autorización a través de la Delegación del Gobierno, la cual resolverá -previo informe de la Comisión de Garantías de Videovigilancia competente- de forma motivada, referida al lugar público en concreto y sometiendo la licencia a cuantas condiciones y límites considere pertinentes.

La finalidad de la citada Ley Orgánica -y como correlato, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo- es contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como prevenir la comisión de ilícitos penales, e infracciones relacionadas con la seguridad pública.

El objeto es cualquier medio técnico que permita las grabaciones de imágenes y sonidos. No obstante, la captación únicamente de sonidos a través de aparatos de mera escucha no puede considerarse incluida en el ámbito objetivo de esta Ley. Se excluye asimismo del concepto de «grabaciones» el sistema de vigilancia que consiste en la captación de imágenes y reproducción en un circuito cerrado de televisión que no permita la conservación y el visionado posterior de la información aprehendida.

De acuerdo con el art. 2 de la mencionada Ley Orgánica, la captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos que se realicen en los términos previstos en la misma, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, intimidad personal y propia imagen.

La Ley no se limita al apoderamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la utilización de estos medios, ni tampoco a la regulación de aspectos puramente procedimentales, sino que contiene el «régimen de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que habrá de respetarse ineludiblemente en las sucesivas fases de autorización, grabación y uso de las imágenes y sonidos obtenidos conjuntamente por las videocámaras».

En este sentido se señala en el Preámbulo: «Las garantías que introduce la presente Ley en el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima».

La Ley Orgánica en cuestión no delimita específicamente aquello que se debe entender por «lugares públicos», término que sirve para la delimitación de su objeto en el aspecto espacial. Una parte importante de la doctrina se postula a favor de una interpretación amplia de la noción «lugar público» basándose en los siguientes argumentos:

-En primer lugar, tanto el Preámbulo de la Ley como su articulado utilizan expresiones en las que parece que lo relevante es la apertura al público y la accesibilidad general, y no la titularidad del espacio.

-En segundo lugar, el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1997 establece cuatro criterios para autorizar la instalación de las videocámaras fijas, que nada tienen que ver con la titularidad del lugar o espacio.

-En tercer lugar, y atendiendo a un criterio de interpretación teleológico, la función de la Ley en su conjunto es incrementar la seguridad ciudadana, y las competencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no se limitan a los lugares abiertos al público de titularidad pública, sino que pueden, de acuerdo con la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, afectar a actividades privadas de carácter público (por ejemplo, espectáculos y actividades recreativas de carácter público).

-Por último, la única delimitación negativa de la Ley Orgánica 4/1997 se refiere a la captación de imágenes del interior de las viviendas o de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial. La instalación en otro tipo de lugares privados no queda descartada *a priori*. Puede ocurrir, por ejemplo, que el mejor lugar para la instalación de una cámara fija

para grabar la vía pública sea la fachada de un edificio de titularidad privada; en este caso sería admisible la autorización. En suma, la titularidad del bien en el cual se coloca el dispositivo o la titularidad del objeto a vigilar no debe utilizarse como criterio delimitador. Sin perjuicio de lo apuntado hasta el momento, la titularidad privada de un espacio abierto al público faculta para establecer medios privados de vigilancia de acuerdo con lo previsto en las leyes, y entre ellos la instalación de dispositivos de videovigilancia sin entorpecer las competencias o potestades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Los artículos 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica 4/1997 establecen la sujeción al régimen de autorización previa otorgada por la Administración competente previo informe de un órgano colegiado presidido por un magistrado (presidente del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma correspondiente), denominado «Comisión de Garantías de Videovigilancia». El informe negativo de este órgano es vinculante. En el ámbito de competencias del Estado corresponde la autorización a la/al delegada/o del Gobierno.

Se distinguen en orden a la autorización las videocámaras fijas y las móviles, y se prevé un procedimiento de autorización de urgencia que prescinde de la autorización previa, sustituyéndola por la inmediata comunicación posterior a la autoridad competente, más adecuada a las circunstancias en estos casos.

Respecto del destino de la información lícitamente captada mediante videovigilancia, el artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1997 dispone lo siguiente:

- 1. Realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.*
- 2. Si la grabación captara hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones administrativas relacionadas con la seguridad ciudadana, se remitirán al órgano competente, igualmente de inmediato, para el inicio del oportuno procedimiento sancionador.*

El artículo 8, en cuanto a la conservación y tratamiento de los datos, establece lo siguiente:

- 1. Las grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública,*

con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto.

2. Cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a las grabaciones deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas, (...).

3. Se prohíbe la cesión o copia de las imágenes y sonidos obtenidos de conformidad con esta Ley, (...).

4. Reglamentariamente la Administración competente determinará el órgano o autoridad gubernativa que tendrá a su cargo la custodia de las imágenes obtenidas y la responsabilidad sobre su ulterior destino, incluida su inutilización o destrucción. Dicho órgano será el competente para resolver sobre las peticiones de acceso o cancelación promovidas por los interesados.

Respecto de los derechos de los interesados, el artículo 9 recoge los de información, acceso y cancelación.

El artículo 11 y último de la citada Ley prevé la posibilidad de interponer recursos en vía administrativa y en su caso contencioso-administrativa, en la forma ordinaria, contra las resoluciones que recaigan en las materias reguladas por esta Ley Orgánica.

E) En relación con el tráfico, es preciso indicar que la **disposición adicional octava de la citada Ley Orgánica 4/1997** se refiere a este tipo de supuestos, indicando que la instalación y uso de videocámaras para el control y vigilancia del tráfico se efectuará por la autoridad encargada de la regulación del tráfico a los fines previstos en el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (derogado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial), y demás normativa específica en la materia, y con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

F) Respecto de la utilización de estos sistemas para la prevención de la violencia en el deporte, se regula en el artículo 8 de la **Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte**.

G) Resulta esencial en esta materia hacer una referencia a la **Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada** (LSP), en cuyo artículo 42 se regulan de forma expresa, por primera vez, los servicios de videovigilancia en el ámbito privado, generalmente aplicado a espacios de titularidad privada de acceso general (tales como centros comerciales, establecimientos abiertos al público).

En el Preámbulo V de la Ley se refiere que «resulta especialmente relevante la regulación de los servicios de videovigilancia y de investigación privada, ya que se trata de servicios que potencialmente pueden incidir de forma directa en la esfera de la intimidad de los ciudadanos».

En el artículo 5.1.f) se señala que constituyen actividades de seguridad privada la instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia.

La Ley 5/2014 dedica su artículo 42 a regular los servicios de videovigilancia, definiéndolos en su apartado primero como aquellos que consisten en el ejercicio de la vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, fijas o móviles, capaces de captar y grabar imágenes y sonidos, incluido cualquier medio técnico o sistema que permita los mismos tratamientos que estas.

Cuando la finalidad de estos servicios sea prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir accesos no autorizados, serán prestados necesariamente por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales.

Por otro lado, se considera que no tendrá la consideración de servicio de videovigilancia la utilización de cámaras o videocámaras cuyo objeto principal sea la comprobación del estado de instalaciones o bienes, el control de accesos a aparcamientos y garajes, o las actividades que se desarrollan desde los centros de control y otros puntos, zonas o áreas de las autopistas de peaje.

El apartado segundo del meritado artículo 42 prohíbe la utilización de cámaras o videocámaras con fines de seguridad privada para tomar imágenes y sonidos de vías y espacios públicos o de acceso público, salvo que una norma lo autorice y se cuente con la correspondiente autorización administrativa. Este precepto deja claro que la utilización de estos sistemas dentro de los domicilios de las personas afectadas requerirá su consentimiento.

El apartado tercero refiere que las cámaras de videovigilancia que formen parte de medidas de seguridad obligatorias o de sistemas de recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de alarmas no requerirán autorización administrativa para su instalación, empleo o utilización.

Importante resulta el contenido del apartado cuarto del citado artículo, donde se recoge expresamente el principio de finalidad en el tratamiento de los datos. Se dice, a este respecto, que las grabaciones no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad. Cuando las mismas se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que afecten a la seguridad ciudadana se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, respetando los criterios de conservación y custodia

de las mismas para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales.

Destacamos que el apartado quinto del artículo 42 de la LSP señala que la monitorización, la grabación, el tratamiento y el registro de imágenes y sonidos por parte de los sistemas de videovigilancia estarán sometidos a lo previsto en la normativa en materia de protección de datos, y especialmente a los principios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad e intervención mínima, principios de cuño jurisprudencial que hemos tratado anteriormente.

Finalmente, el apartado sexto establece la aplicación subsidiaria, para lo no previsto en la Ley 5/2014, de la normativa sobre videovigilancia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

H) Por otro lado, en el ámbito autonómico tenemos dos comunidades autónomas que cuentan con normativa propia de protección de datos en el ámbito público.

a) En el País Vasco, tenemos como normas de referencia la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos; el Decreto 308/2005, de 18 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos; y el Decreto 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos regulado en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto.

b) Por su parte, en Cataluña, tenemos la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos; el Decreto 48/2003, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Catalana de Protección de Datos; y la Instrucción 1/2009, de 10 de febrero, sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia (DOGC n.º 5322, de 19 de enero de 2009). También el Decreto 134/1999, de 18 de mayo, de regulación de la videovigilancia por parte de la policía de la Generalitat y de las policías locales de Cataluña.

Precisamente, la mención de la competencia en materia de videovigilancia en el artículo 173 fue uno de los aspectos objeto de impugnación del Estatuto de Cataluña, que finalmente fue desestimado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 31/2010, de 28 de junio (Fundamento Jurídico N.º 109):

109. El art. 173 EAC, bajo la rúbrica «Videovigilancia y control de sonido y grabaciones», dispone que «corresponde a la Generalitat la competencia sobre el uso de la videovigilancia y el control de sonido y grabaciones u otros medios análogos, en el ámbito público, efectuadas

por la policía de Cataluña o por empresas y establecimientos privados. La Generalitat debe ejercer esta competencia respetando los derechos fundamentales». Los diputados recurrentes sostienen que el precepto estatutario vulnera la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública (art. 149.1.29 CE), dotando a la competencia autonómica de una rigidez no permitida por el texto constitucional al omitir cualquier referencia y dependencia a lo que disponga el legislador estatal en el ejercicio de la competencia que tiene reservada ex Constitutione, e infringe, asimismo, la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, al afectar la actividad de videovigilancia a varios derechos fundamentales. Las posiciones respectivas de los recurrentes y de las demás partes procesales han quedado consignadas en el antecedente 101. El uso de los sistemas o instrumentos de videovigilancia tiene una incidencia muy especial en la seguridad pública, dada su relevancia para garantizar la protección de personas y bienes, por lo que su regulación se incardina en la competencia estatal en materia de seguridad pública (art. 149.1.29 CE), sin perjuicio de su reserva a la ley orgánica (art. 81.1 CE) en aquellos aspectos que afecten a los derechos fundamentales de los ciudadanos. A su vez, hay que considerar que el precepto impugnado no atribuye a la Generalitat competencia alguna sobre «la regulación del uso» de estas técnicas, sino exclusivamente sobre el «uso» o el «control» que de estas técnicas se hagan por parte de «la policía de Cataluña o por empresas y establecimientos privados». Por todo ello hay que rechazar que se vulnere el art. 81.1 CE.

En cuanto a la infracción de la competencia del Estado del art. 149.1.29 CE, las técnicas de videovigilancia y complementarias a que se refiere el art. 173 EAC constituyen una técnica instrumental necesaria para la actuación de la Policía autonómica, que está llamada, por sus cometidos, tanto a su empleo, como en su caso, al control de los sistemas de videovigilancia existentes. Podemos decir, por tanto, que al igual que la competencia estatal sobre el régimen de tenencia y uso de armas y explosivos (art. 149.1.26CE) no impide dicho uso y tenencia por las Policías autonómicas y empresas o establecimientos de seguridad autorizados, nada impide que ocurra otro tanto respecto de la videovigilancia. Por último, en cuanto al reproche relativo a que la competencia de la Generalitat se extiende indebidamente al uso que de estas técnicas puedan hacer las empresas y establecimientos privados, cabe admitir el control autonómico sobre empresas y establecimientos privados, sin perjuicio de que para asegurar la virtualidad de la competencia estatal sea necesaria la «puesta en juego de los mecanismos de coordinación y cooperación»,

que pueden ser todo lo intensos que se estime conveniente para el logro del objetivo de la seguridad pública, cuya tutela corresponde al Estado (STC 175/1999, FFJJ 6 y 7).

4

El Reglamento europeo 2016/679 y el Proyecto de Ley Orgánica que lo desarrolla

A) Por lo que concierne a las principales novedades que incluye el **RGPD**, son las siguientes:

- **Ámbito territorial:** El RGPD deja claro que sus disposiciones no solo se aplican al tratamiento de datos realizado por un responsable o encargado del tratamiento en el marco de un establecimiento ubicado en la UE, sino también al tratamiento de datos de interesados que residan en la UE por parte de responsables o encargados no establecidos en la UE, cuando: a. el tratamiento de datos tenga por objeto la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la UE; b. el tratamiento consista en el control de su comportamiento (ej.: mediante cookies u otros dispositivos similares).

- **Responsabilidad proactiva:** En lo que se refiere al catálogo de principios aplicables al tratamiento de los datos, se incorpora el llamado «principio de responsabilidad proactiva», según el cual el responsable del tratamiento no solo debe cumplir con todos los principios establecidos en el Reglamento, sino que además debe ser capaz de demostrarlo.

- **Consentimiento:** El RGPD introduce importantes novedades en cuanto a las condiciones que debe reunir el consentimiento del interesado para legitimar el tratamiento de sus datos: a. El propio concepto de consentimiento alude a una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa. En este sentido, el Considerando 32 del RGPD aporta ejemplos de lo que puede considerarse un acto afirmativo claro (el marcado de una casilla en Internet o escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información), y también de lo que no puede ser considerado como tal (el silencio, las casillas premarcadas o la inacción). b. Se aclara que, si el tratamiento tiene varios fines, el consentimiento del interesado debe solicitarse para cada uno de ellos, utilizando un lenguaje claro y sencillo. c. El responsable debe ser capaz de demostrar que trata los datos con el consentimiento del interesado.

- **Menores:** La edad a partir de la cual un menor puede consentir por sí solo el tratamiento de sus datos se eleva a los 16 años, si bien el RGPD admite que los Estados miembros rebajen dicha edad hasta los 13 años. Recordemos

que en España dicho límite continúa en 14 años, siendo necesario por debajo de dicha edad el consentimiento de los padres o tutores.

- Derechos del interesado: A la regulación ya conocida de los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) del interesado, se le añaden nuevos derechos:

a. Transparencia: la información que el responsable facilite al interesado para solicitar su consentimiento al tratamiento de sus datos debe ser concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso y con un lenguaje claro y sencillo, especialmente la dirigida específicamente a niños. b. Derecho al olvido: se regula como contenido del derecho a la supresión (antes cancelación de los datos), cuando concurren determinadas circunstancias, contemplando entre otros límites a dicho derecho la libertad de expresión y el derecho a la información. c. Derecho a la limitación del tratamiento: previsto para determinadas situaciones en las cuales cabe limitar la finalidad del tratamiento. d. Portabilidad de los datos: se concreta en la libre recuperación y/o transmisión de los datos tratados por medios automatizados, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica.

- Derecho a la información: Con el RGPD, la información que el responsable debe facilitar al interesado en el momento de la recogida de sus datos se ve considerablemente ampliada (también cuando los datos no se obtengan del interesado).

- Responsabilidad del responsable del tratamiento (responsabilidad proactiva): El responsable debe aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme al RGPD. Para probar dicho cumplimiento podrá utilizarse la adhesión a códigos de conducta o a un mecanismo de certificación.

- Protección de datos desde el diseño y por defecto: El RGPD introduce 2 nuevos conceptos en el capítulo relativo a las obligaciones del responsable: a. Privacidad desde el diseño: supone que el responsable debe considerar la protección de datos desde el momento inicial en que concibe un proceso que implica tratamiento de datos. b. Privacidad por defecto: el responsable debe adoptar medidas que garanticen que, por defecto, solo tratará los datos que sean necesarios en relación con los fines del tratamiento.

- Registro de actividades de tratamiento versus inscripción de ficheros: El RGPD abandona el enfoque formalista que obligaba a comunicar/inscribir los ficheros ante las autoridades de control. No obstante, en su lugar contempla el deber de los responsables y encargados de llevar un registro escrito de sus actividades de tratamiento, si bien se exceptúan de dicha obligación las empresas con menos de 250 empleados (salvo si los tratamientos realizados

suponen un riesgo para los derechos de los interesados, no son ocasionales o incluyen categorías especiales de datos).

- Seguridad del tratamiento: El RGPD establece un principio general por el que el responsable y el encargado del tratamiento deben aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo. No obstante, no se detallan las medidas concretas a adoptar para alcanzar dicho objetivo.

- Notificación de violaciones de seguridad: El RGPD regula diversas obligaciones de notificación de violaciones de seguridad de los datos personales: a. Del responsable a la autoridad de control competente, en un plazo máximo de 72 horas, salvo que sea improbable que constituya un riesgo para los derechos de los interesados. b. Del encargado al responsable, sin dilación indebida, en relación con aquellas violaciones de seguridad de las que el primero tenga conocimiento. c. Del responsable al interesado, sin dilación indebida, cuando sea probable que la violación de seguridad entrañe un alto riesgo para sus derechos.

- Evaluaciones de impacto: Se regula la obligación, en determinados casos (básicamente, si se tratan categorías especiales de datos, o se elaboran perfiles o existe videovigilancia a gran escala de zonas de acceso público), de realizar una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento sobre la protección de datos, con carácter previo a la realización de dichos tratamientos. La evaluación tiene por objeto analizar la necesidad y proporcionalidad del tratamiento con respecto a su finalidad, evaluar sus riesgos y adoptar medidas que garanticen la protección de datos personales de los afectados. Caso de que la evaluación muestre que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no adopta medidas para mitigarlo, deberá elevarse consulta previa a la autoridad de control.

Se debe traer a colación que en la Instrucción 1/2009, de 10 de febrero, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, ya se incluyó la necesidad de presentar una Memoria de impacto por parte del responsable del tratamiento.

- Delegado de protección de datos: El RGPD crea la figura del delegado de protección de datos (DPO), atribuyéndole funciones de asesoramiento al responsable o encargado sobre sus obligaciones en materia de protección de datos, así como de supervisión del cumplimiento del RGPD, actuando como punto de contacto con la autoridad de control. El DPO, que podrá ser interno o externo, debe actuar con independencia y disponer de los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones. No obstante, su designación solo será obligatoria: (a) en autoridades u organismos públicos; (b) cuando los tratamientos consistan en la observación habitual o sistemática de interesados a

gran escala; o (c) cuando se traten categorías especiales de datos a gran escala y datos relativos a condenas e infracciones penales.

- Códigos de conducta y certificación: El RGPD sigue promoviendo la elaboración de códigos de conducta para contribuir a la correcta aplicación de sus disposiciones en sectores concretos de actividad, en función de las especificidades de sus tratamientos. Como novedad, se promueve igualmente la creación de mecanismos de certificación y de sellos y marcas de protección de datos, para demostrar el cumplimiento de la normativa en los tratamientos de datos que realicen responsables y encargados del tratamiento.

Por tanto, los responsables y encargados podrán someterse voluntariamente a la evaluación de los denominados organismos de certificación, los cuales, a su vez, deberán ser acreditados para dicha función por la autoridad de control.

- Régimen sancionador: Destacan dos aspectos en cuanto a la imposición de sanciones por el incumplimiento del RGPD: a. Aumenta significativamente el límite máximo de las multas por incumplimiento del RGPD, pudiendo alcanzar en función de las infracciones un importe máximo de 20 000 000 de euros o, en el caso de empresas, una cuantía equivalente al 4 % del volumen de negocio total anual, optándose por la de mayor cuantía. b. El RGPD deja a criterio de los Estados miembros la posibilidad de regular la imposición de multas a las autoridades y organismos públicos (la cual no ha sido acogida en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales).

- Situaciones específicas de tratamiento: El Capítulo IX del RGPD contempla determinadas situaciones o áreas en las que puede ser necesario aprobar normas adicionales por los Estados miembros que establezcan garantías específicas y/o excepciones/exenciones a la regulación común de protección de datos. Entre otros, se prevé: a. que los Estados miembros concilien por ley el derecho a la protección de datos con el derecho a la libertad de expresión e información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y de expresión académica, artística o literaria; b. que los Estados miembros determinen condiciones específicas para el tratamiento de un número nacional de identificación; c. que los Estados miembros establezcan normas más específicas para garantizar la protección de datos en el ámbito laboral.

- Entrada en vigor y aplicación: Aunque la entrada en vigor del RGPD se produjo el 25 de mayo de 2016, no ha sido aplicable -ni de obligado cumplimiento- hasta el 25 de mayo de 2018.

B) A fin de trasponer y desarrollar la ordenación contenida en el Reglamento 2016/679, en noviembre del año 2017 el Gobierno presentó un **proyecto de ley orgánica reguladora de la protección de los datos de carácter**

personal, en cuyo artículo 22 se recoge la regulación de la obtención y tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia.

Este borrador de precepto ha recibido una propuesta total de 15 enmiendas en el trámite parlamentario, muchas de ellas referentes a la utilización de estos dispositivos en el ámbito laboral, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos plasmada en la Sentencia de 9 de enero de 2018 (asunto «López Ribalda y otros»).

El artículo 22 determina lo siguiente:

Artículo 22. Tratamientos con fines de videovigilancia.

1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

2. Solo podrán captarse imágenes de la vía pública en la medida en que resulte imprescindible para la finalidad mencionada en el apartado anterior.

No obstante, será posible la captación de la vía pública en una extensión superior cuando fuese necesario para garantizar la seguridad de bienes o instalaciones estratégicos o de infraestructuras vinculadas al transporte.

3. Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservadas para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones.

No será de aplicación a estos tratamientos la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica.

4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

5. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su

marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar a los trabajadores acerca de esta medida.

En el supuesto de que las imágenes hayan captado la comisión flagrante de un acto delictivo, la ausencia de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia.

6. Al amparo del artículo 2.2.c) del Reglamento (UE) 2016/679, se considera excluido de su ámbito de aplicación el tratamiento por una persona física de imágenes que solamente capten el interior de su propio domicilio.

Esta exclusión no abarca el tratamiento realizado por una entidad de seguridad privada que hubiera sido contratada para la vigilancia de un domicilio y tuviese acceso a las imágenes.

7. El tratamiento de los datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por los órganos competentes para la vigilancia y control en los centros penitenciarios y para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, se regirá por la legislación de transposición de la Directiva (UE) 2016/680, cuando el tratamiento tenga fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública. Fuera de estos supuestos, dicho tratamiento se regirá por su legislación específica y supletoriamente por el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica.

8. Lo regulado en el presente artículo se entiende sin perjuicio de lo previsto en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y sus disposiciones de desarrollo.

Por otro lado, se debe destacar que el Proyecto no contempla la sanción económica cuando el vulnerador es una autoridad u organismo público.

Al respecto, el artículo 83.7 del RGPD dispone que corresponde a cada Estado miembro «establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro».

Sin embargo, la trasposición que hace al respecto el legislador español en el Proyecto enviado al Congreso de los Diputados en su artículo 77 (denominado «Régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento») es la de no sancionar las conductas infractoras cuando la vulneración del derecho fundamental de los ciudadanos a la protec-

ción de sus datos de carácter personal provenga de una autoridad u organismo administrativo.

La finalidad ejemplarizante -no solo punitiva- que justifica la sanción económica a quien incumple la norma en estos casos desaparece para el legislador español cuando el infractor sea una autoridad administrativa o la propia Administración pública, sustituyendo la multa, ya que la sanción a aplicar no podrá ir más allá de un mero «apercibimiento» que podrá derivar, como mucho, en una «propuesta de iniciación de actuaciones disciplinarias».

Resulta chocante que el principio de igualdad de trato ante idénticos comportamientos desaparezca sin justificación cuando la conducta ilegal proceda de los entes públicos. Y también sorprende que, en el trámite de enmiendas, ningún grupo parlamentario haya planteado oposición alguna al respecto.

5

La videovigilancia, el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen

5.1

La videovigilancia y el derecho fundamental a la intimidad

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan de especificar un poco más el contenido del derecho a la intimidad, tarea especialmente ardua atendiendo al fenómeno que se viene denominando por la doctrina «dimensión espiritual» de este derecho fundamental y que dificulta mucho su delimitación concreta en abstracto.

Pasando al tema que nos ocupa, procede examinar si la videovigilancia constituye una injerencia en dicho ámbito de protección. El derecho a la intimidad personal no se constriñe al ámbito doméstico o privado, sino que despliega su eficacia también en la esfera pública. Protege un ámbito privado de cada persona del que quedan excluidos los demás individuos. En este ámbito no pueden penetrar terceros contra la voluntad del propio individuo.

Los sistemas de videovigilancia previstos en la legislación española captan imágenes de personas que deambulan o se hallan en el ámbito físico de observación y el sonido ambiental que acompaña a aquellas. Los sistemas captan con plena fidelidad los hábitos, las compañías, los horarios, las actitudes, y los gestos, así como el contenido de las conversaciones, etc. Toda esta información es susceptible de ser registrada de forma duradera, así como de ser analizada y reproducida cuantas veces se desee y utilizada con diversos fines. No importa la relevancia de la información captada, o que ciertos ciudadanos manifiesten no tener reparos en su captación, lo decisivo es que se trata

de aspectos que *prima facie* están reservados a la propia persona y excluidos para los demás.

Ciertamente, la Ley Orgánica 4/1997 excluye con carácter general la utilización de estas tecnologías cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Sin embargo, el derecho a la intimidad protegido por la Constitución alcanza no solo estas «escenas íntimas», sino también las pertenecientes a la «intimidad anodina» de las personas, aun desprovista de «escenas íntimas». Por otro lado, si la vigilancia por estos medios es automatizada, no se ve cómo a efectos de grabación se podrá distinguir entre carácter íntimo o privado de las imágenes y sonidos, y ello no cambia cuando sea un operador el que controle el momento exacto de la grabación.

En consecuencia, hay que concluir que la utilización de videocámaras para la vigilancia de lugares públicos, de conformidad con la Ley Orgánica 4/1997, afecta, pero no constituye una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, ya que la propia norma legal exime de esta calificación lesiva.

5.2

La videovigilancia en relación con el derecho a la propia imagen

La Ley Orgánica 4/1997 y las demás leyes que hacen posible la videovigilancia en otros ámbitos habilitan no solo a la observación de ámbitos públicos, sino también a la recogida de datos de carácter personal consistentes en imágenes y sonidos (que constituyen datos de carácter personal de acuerdo con la Ley Orgánica de Protección de Datos).

En consecuencia, la Ley Orgánica 4/1997 incide de forma clara en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Las imágenes se consideran un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999.

Cabe citar, en materia de videovigilancia en ámbitos distintos de la realizada por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, que dice al respecto: «Se considerará identificable una persona cuando su identidad pueda determinarse mediante los tratamientos a los que se refiere la presente instrucción, sin que ello requiera plazos o actividades desproporcionados». También dice lo siguiente:

En relación con la instalación de sistemas de videocámaras, será necesario ponderar los bienes jurídicos protegidos. Por tanto, toda instalación deberá respetar el principio de proporcionalidad, lo que en definitiva supone, siempre que resulte posible, adoptar otros medios menos intru-

sivos a la intimidad de las personas, con el fin de prevenir interferencias injustificadas en los derechos y libertades fundamentales.

En consecuencia, el uso de cámaras o videocámaras no debe suponer el medio inicial para llevar a cabo funciones de vigilancia por lo que, desde un punto de vista objetivo, la utilización de estos sistemas debe ser proporcional al fin perseguido, que en todo caso deberá ser legítimo. En cuanto a la proporcionalidad, pese a ser un concepto jurídico indeterminado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 determina que se trata de «una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, hemos destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Asimismo, la proporcionalidad es un elemento fundamental en todos los ámbitos en los que se instalen sistemas de videovigilancia, dado que son numerosos los supuestos en los que la vulneración del mencionado principio puede llegar a generar situaciones abusivas, tales como la instalación de sistemas de vigilancia en espacios comunes, o aseos del lugar de trabajo. Por todo ello se trata de evitar la vigilancia omnipresente, con el fin de impedir la vulnerabilidad de la persona.

6

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1) Teniendo en cuenta que la utilización de dispositivos de vigilancia mediante cámaras puede resultar injerente e inhibitoria del ejercicio de derechos fundamentales de la persona, debemos partir de la doctrina del Tribunal

Constitucional, plasmada de forma reiterada desde sentencias como la **STC n.º 207/1996, de 16 de diciembre**, que determina que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, viene determinada por la estricta observancia del **principio de proporcionalidad**.

Para ello, el Constitucional considera necesario constatar si se cumplen los siguientes requisitos o condiciones:

- Juicio de idoneidad: es decir, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto.

- Juicio de necesidad: es decir, si, además, es necesaria en cuanto imprescindible, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.

- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: es decir, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La instalación de videocámaras no se justifica siempre, sino únicamente en aquellos supuestos en los que la finalidad de vigilancia no pueda satisfacerse mediante otros medios que, sin que exijan unos esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas. Es decir, solo es admisible cuando no exista un medio menos invasivo para la intimidad, por lo que habrá de analizarse cada caso concreto.

2) El interés legítimo del responsable del uso y tratamiento de datos obtenidos mediante dispositivos de videovigilancia.

Desde la **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de noviembre de 2011**, la cual resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, se ha clarificado que el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, tiene efecto directo. Y en consonancia con lo anterior, el **Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de febrero de 2012**, anuló el artículo 10.2.b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), por considerar que el citado precepto vulneraba la regulación contenida en la Directiva.

Desde ese momento, la Audiencia Nacional realiza una ponderación caso por caso entre el interés legítimo del responsable del tratamiento y los derechos y libertades fundamentales de los afectados, como en las sentencias de 5 de marzo y 31 de mayo de 2012.

Anteriormente, desde la publicación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Ómnibus), se requería para legitimar este tipo de tratamientos una habilitación legal, que en este ámbito venía dada por la Ley 23/1992, de 30 de julio,

de Seguridad Privada, y el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y por tanto se exigía que los sistemas de videovigilancia conectados a una central de alarmas fueran instalados por una empresa de seguridad habilitada por el Ministerio de Interior. Desde la aparición de las citadas sentencias del TJUE y TS, este requisito ya no es necesario.

Por tanto, en la actualidad, tal y como ha aclarado la Agencia Española de Protección de Datos en informes de su Gabinete Jurídico de 7 de junio y 10 de julio de 2012, 12 de febrero de 2013, y en el 0052/2013, la habilitación legal para el tratamiento de datos no es necesaria cuando exista un «interés legítimo» que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales de los afectados.

Así, los derechos y libertades fundamentales de los afectados -esto es, las personas cuyas imágenes sean visionadas y, en su caso, grabadas por las cámaras de seguridad- no se ven lesionados hasta el punto de prevalecer sobre el interés legítimo del responsable del sistema de videovigilancia.

En similar sentido se pronuncia, en su Considerando N.º 34, **la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 del TJUE, recaída sobre el asunto C-212/13, Sr. Ryneš vs Agencia Checa de Protección de Datos**, que trata el concepto de «ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas» en relación con la videovigilancia. El TJUE entiende que el tratamiento de esas imágenes se justificaría por el interés legítimo regulado en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE.

3) Las principales resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de utilización de cámaras de seguridad y su afectación a los derechos fundamentales de las personas, conciernen al empleo de estos mecanismos de captación de la imagen y sonido como forma de supervisión del empleador respecto del cumplimiento de sus obligaciones por sus empleados, esto es, en el **ámbito laboral**, doctrina perfectamente extrapolable a las Administraciones públicas en el supuesto de la instalación y uso de estos dispositivos para análogos fines.

El poder de dirección del empleador, cuyo fundamento último radica en la propia libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, encuentra habilitación para la utilización de estos sistemas y tecnologías de captación de la imagen en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, el cual dispone que el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, «guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad (...)».

Podemos agrupar las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en varias etapas:

a) Primera etapa: admisión generalizada de mecanismos de control empresarial de carácter tecnológico.

El Tribunal Constitucional, en la **STC n.º 142/1993, de 22 de abril**, señaló lo siguiente:

«La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, solo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada».

Por consiguiente, la protección de este derecho fundamental quedaba sujeta a un criterio meramente espacial, regía una teoría contractualista según la cual los derechos fundamentales del trabajador debían ceder frente al poder de dirección del empleador, entendiéndose que existía un consentimiento implícito mediante la formalización del contrato de trabajo.

b) Segunda etapa: admisión condicionada a la observancia del principio de proporcionalidad en aras del derecho fundamental a la intimidad.

La doctrina señalada anteriormente fue corregida por el Tribunal Constitucional a través de las sentencias n.º 98/2000, de 10 de abril, y n.º 186/2000, de 10 de julio. Se abandona la justificación espacial del lugar de trabajo y el fundamento contractualista, en aras de aplicar el principio de proporcionalidad de las técnicas de supervisión en atención a los derechos fundamentales que resultan afectados.

- En la **STC 98/2000, de 10 de abril**, en la que se analiza la constitucionalidad de la instalación y puesta en funcionamiento de aparatos de grabación de sonido en la zona de la ruleta y la caja del «Casino de La Toja S.A.», el Tribunal Constitucional descartó que el ejercicio del derecho a la intimidad en las relaciones laborales se limite a ciertos espacios físicos donde no se desarrollan tareas profesionales, reconociéndose su aplicación de manera genérica en el lugar de trabajo.

En efecto, tras reconocer que «la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, “a fortiori”, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores», señaló que «ello no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral», debiéndose atender a las circunstancias del caso concreto. Los elementos de juicio a tomar en consideración serían, entre otros, el carácter masivo e indiscriminado de la instalación de los mecanismos tecnológicos de control, la comunicación so-

bre la existencia de los mismos a los afectados, y la presencia de razones de seguridad vinculadas al tipo de actividad desarrollada, descartándose como tal la mera utilidad o conveniencia.

De esta forma, se reafirmó la vigencia de los derechos laborales inespecíficos, sosteniendo que la celebración del contrato de trabajo no priva en modo alguno de los derechos fundamentales que corresponden a todo ciudadano, por más que en ocasiones su ejercicio pueda sufrir justificadas modulaciones, las cuales «tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes».

- Por su parte, en la **STC n.º 186/2000, de 10 de julio**, se examinó la instalación, ante sospechas de comportamiento irregular y sin previo aviso al trabajador afectado, de un circuito cerrado de televisión para controlar la zona donde desempeñaba su actividad laboral. En este pronunciamiento se consolidó la observancia del principio de proporcionalidad en aras de determinar la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, precisándose sus tres componentes: juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (STC 207/1996).

Expresamente, se señaló que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Finalmente, el Tribunal resaltó que, en este caso, a diferencia de la STC n.º 98/2000, la medida no tuvo por finalidad controlar genéricamente el cumplimiento de la prestación laboral, sino que su implementación respondió a la verificación de la comisión de irregularidades por parte del trabajador. Asimismo, se determinó que la falta de comunicación previa al comité de empresa y a los trabajadores carecería de trascendencia desde la perspectiva constitucional, constituyendo un asunto de mera legalidad ordinaria.

c) Tercera etapa: especial trascendencia del derecho de información previa. En la **STC n.º 29/2013, de 11 de febrero**, se analiza la vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución (STC

n.º 292/2000, de 30 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) por parte de la Universidad de Sevilla.

Ante la sospecha de incumplimiento de la jornada laboral por parte de un empleado de la Universidad, se decidió comprobar sus horarios de entrada y salida a través de cámaras de videovigilancia instaladas con fines de control de acceso de personas al campus universitario. La instalación de las cámaras estaba autorizada por la Agencia Española de Protección de Datos, contaba con la debida señalización y advertencia pública, pero no estaba prevista como medio de control de la prestación laboral.

Desde un inicio conviene explicitar que en esta sentencia el Tribunal Constitucional abordó el conflicto jurídico únicamente desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, descartando la aplicación de la doctrina contenida en la STC 186/2000, en atención a las diferencias existentes entre ambos casos: En la STC 186/2000 no se invocó la lesión al derecho de autodeterminación informativa, sino exclusivamente el derecho a la intimidad; no se planteó la utilización de las imágenes para un fin distinto, sino una grabación secreta de la actividad laboral; la grabación se produjo en el puesto de trabajo, no en los lugares públicos de paso; finalmente, el examen se centró en la proporcionalidad de la medida, siendo residual el aspecto relativo a la información.

De esta forma, tras estimar que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen datos de carácter personal protegidos por el derecho de protección de datos, el Tribunal Constitucional argumentó que la solución del recurso se encontraba en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, concretamente en el pronunciamiento referido de forma específica al artículo 18.4 CE.

Con sustento en la misma, se reafirmó que el derecho de información es parte del núcleo esencial del derecho de autodeterminación informativa, pues es complemento indispensable del mismo «la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo».

En base a él, el afectado tendría derecho a ser informado sobre los referidos extremos, incluso en los casos en los que la recogida de los datos no requiera consentimiento del titular, «pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento».

No obstante, el propio Tribunal reconoció que la exigencia informativa no es absoluta, dado que caben limitaciones al derecho de información previa

por razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas, las cuales deberán ser necesarias y proporcionadas.

En aplicación de dicha doctrina, se concluyó que al no existir habilitación legal expresa para omitir el derecho a la información previa en el ámbito de las relaciones laborales, no cabe que este sea desconocido. De ello derivaría, entonces, la proscripción de cámaras ocultas, así como la utilización de grabaciones para finalidades distintas mientras no exista norma legal que las ampare, no siendo suficiente que el tratamiento de datos esté amparado en la Ley o que pueda resultar en el caso concreto proporcionado.

En el caso concreto, era necesario que los trabajadores fuesen informados de manera previa, expresa, precisa, clara e inequívoca sobre la posibilidad de utilizar las grabaciones provenientes de cámaras instaladas en vestíbulos y zonas públicas con finalidad de control de la actividad laboral. La información «debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo», no bastando que existieran distintivos sobre la instalación de cámaras en el centro de trabajo ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos. Fue en vista de que el Tribunal estimó que se vulneró el contenido esencial del derecho en cuestión, que no consideró preciso examinar el tratamiento de datos personales desde el enfoque del test de proporcionalidad.

d) Cuarta etapa: debilitamiento del derecho de información previa. En la **STC n.º 39/2016, de 3 de marzo**, el Pleno del Tribunal Constitucional analiza por primera vez la instalación de cámaras de videovigilancia de manera integral, esto es, desde la perspectiva de ambos derechos involucrados (derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa).

Los hechos analizados son los siguientes: En una de las tiendas de «Bershka BSK España» se instaló videovigilancia para controlar la zona de caja, ante la detección de múltiples irregularidades que generaron la sospecha de apropiación de dinero por parte de alguno de los trabajadores. Cabe precisar que la instalación se realizó colocando un distintivo informativo en un lugar visible.

Como punto de partida, la sentencia señala que el consentimiento del afectado se erige como elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal. En el ámbito de las relaciones laborales, afirma el Tribunal que «el consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario»,

ahora bien, solo en la medida en que el tratamiento de datos personales sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato de trabajo.

Conforme sostiene la sentencia, que no sea necesario el consentimiento no implica la anulación del derecho de información previa de uso y destino de los datos personales, que integra el contenido esencial del derecho a la protección de datos. No obstante, la propia sentencia matiza la referida afirmación, al señalar expresamente que, «a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento».

De ello se desprende que el Tribunal entendería que en los casos en los que no se exige consentimiento para la captación de datos, como sucede en las relaciones laborales, podría modularse el derecho de información, pues –al parecer– no sería absolutamente determinante que el trabajador conozca el uso y destino que tendrán sus datos personales si no puede evitar su obtención.

En dicha línea, el Tribunal estima que no siempre el incumplimiento del deber de solicitar el consentimiento o del deber de información previa por parte del empresario implicará una vulneración del artículo 18.4 de la Constitución, pues ello dependerá de la superación del test de proporcionalidad. De este modo, el Tribunal Constitucional sostiene que «la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto».

Por el contrario, en la STC 29/2013 se determinaba contrariamente que, al lesionarse el derecho de información previa, contenido esencial del derecho de protección de datos, no tenía cabida la aplicación del principio de proporcionalidad en ese extremo.

- La primera gran diferencia entre las sentencias bajo análisis consiste en que mientras bajo la STC 29/2013 el derecho de información –dada la inexistencia de habilitación legal expresa que justifique su omisión– no podía ser desconocido bajo ningún supuesto, en la STC 39/2016 ello dependerá de la superación del test de proporcionalidad, en atención a las concretas circunstancias del caso.

- La segunda manifestación del cambio doctrinal operado estriba en la manera como debe cumplirse el deber de información previa. En la STC 39/2016, el Tribunal se aleja de lo dispuesto en la sentencia precedente, al estimar que basta con colocar el distintivo informativo genérico de «zona videovigilada» exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la

Agencia Española de Protección de Datos. Ello sería suficiente para permitir a los afectados conocer la existencia de las cámaras y la finalidad genérica de vigilancia para la cual fueron instaladas, pues no sería necesario, según el Tribunal, «especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control».

Se deja atrás, de esta manera, el criterio adoptado en la STC 29/2013, que exigía que se proporcionara a los titulares de los datos información específica e individualizada, bastando la colocación de un distintivo genérico que no especifica la finalidad concreta del medio de vigilancia. Sobre este punto, en tanto los titulares de los datos personales son los trabajadores, son estos quienes deben ser informados. No siendo estos «los destinatarios naturales del distintivo genérico “zona videovigilada”, siéndolo más bien los clientes de la tienda», no debería admitirse como suficiente la información genérica anunciando la instalación de cámaras.

En vista de ello, según la STC 29/2013, el canal a ser utilizado debería ser uno típicamente laboral, dirigido a informar de manera concreta, expresa, inequívoca y directa al grupo de trabajadores afectados de la presencia de cámaras en el centro de trabajo y de su finalidad de control de la prestación laboral.

En aplicación de esta doctrina al caso concreto, el Tribunal determinó en la Sentencia 39/2016 que la obligación de información previa fue cumplida, toda vez que la empresa colocó el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006.

Procede destacar que el Tribunal Supremo viene aplicando la jurisprudencia constitucional contenida en la STC 39/2016, de 3 de marzo. Así, en la STS de 31 de enero de 2017 (Pleno Sala Cuarta) aplicó el juicio de proporcionalidad para justificar la limitación al derecho de autodeterminación informativa, al admitir la utilización de imágenes de cámaras instaladas con fines de seguridad para probar que el trabajador se apropió de dinero mientras manejaba la caja registradora.

e) Doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 9 de enero de 2018, asunto: López Ribalda y otros contra España.

Este es el caso de la última Sentencia dictada por el TEDH en el caso «López Ribalda y otros» contra España (asuntos 1874/13 y 8567/13), dictada el 9 de enero de 2018, que ha supuesto que se vuelva a cuestionar la posibilidad de grabar a los trabajadores en el centro de trabajo.

En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina el supuesto de una cadena de supermercados (M.S.A.) donde se comprueba que

existieron irregularidades entre las existencias y las ventas reales, comprobándose que había pérdidas durante diversos meses.

En el anterior contexto, y para investigar y poner fin a las pérdidas económicas, se decide instalar un sistema de videovigilancia, con cámaras visibles, pero también otras cámaras ocultas, estas últimas posicionadas en las cajas registradoras y cintas de productos. De las primeras fueron informados los trabajadores y sus representantes, no ocurriendo lo mismo con las segundas.

Sentado lo anterior, a través de las cámaras ocultas se descubren comportamientos irregulares de cinco trabajadores (los cuales sustraían o no cobraban algunos productos), procediéndose al despido disciplinario de los mismos, el cual fue declarado procedente por el Juzgado de lo Social y, posteriormente, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Tras ello, y previa inadmisión de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, los trabajadores interponen sendos recursos ante el TEDH, que, en lo que ahora interesa, examina si la instalación de cámaras ocultas supone la vulneración de los artículos 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Conviene subrayar que los allí recurrentes, entre otros factores, sostenían no solo la falta de información, sino que la grabación de las cámaras ocultas no había sido limitada en el tiempo y que, por tanto, tenían vocación de ser una instalación fija y no temporal. Cabe igualmente añadir que la representación del Estado español admitía la vulneración del artículo 18.4 de la Constitución Española y artículo 8 de la CEDH, si bien concluía que dicha vulneración lo habría sido por una empresa privada y, por tanto, no podía considerarse responsable al Estado.

Así las cosas, el TEDH –tras la exposición de las diversas cuestiones, normativa nacional e internacional y doctrina del Tribunal Constitucional y del propio TEDH– comienza confirmando que la imagen de los trabajadores debe considerarse incluida dentro del concepto de dato de carácter personal que establece la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD).

Posteriormente, el TEDH analiza la obligación de informar de la recogida y tratamiento de los datos personales –en este caso, de la imagen de los trabajadores– en los términos establecidos en el artículo 5 de la LOPD y de la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos (en la que se regulan los conocidos carteles amarillos de «zona videovigilada»), y concluye que en este supuesto no se cumplió con el deber de información recogido en la citada normativa española, tanto en el caso de las cámaras visibles como en el de las ocultas.

Tras la anterior consideración, el alto Tribunal Europeo pondera el derecho de la empresa a proteger sus bienes y, al mismo tiempo, el derecho de los trabajadores a respetar su intimidad (en la vertiente de su protección de datos), considerando en este caso vulnerados los artículos en litigio sobre las siguientes consideraciones:

1. La legislación, como hemos señalado, establece claramente la obligación de informar de forma previa, explícita, clara y precisa de la existencia de medios de recepción y tratamiento de datos, incluyendo la grabación (artículo 5 LOPD).

2. El Tribunal, a diferencia de otro supuesto que fue igualmente analizado por el TEDH (caso «Köpke»), considera que las cámaras ocultas grabaron a todo el personal (no exclusivamente a los que pudieran resultar sospechosos), durante semanas, sin límite de tiempo y durante todo el tiempo de trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, el TEDH considera que la medida no fue proporcional, añadiendo incluso que podría ser una información general (párrafo 69).

La doctrina emanada ahora del TEDH no difiere en sustancia de lo que el propio Tribunal Constitucional sostuvo en la Sentencia número 29/2013 –caso Universidad de Sevilla–, ya que, efectivamente, en esta Sentencia mencionada el Tribunal Constitucional ha recordado la obligación de informar de forma previa, explícita, clara y precisa sobre la instalación de cámaras fijas (ya sean visibles u ocultas), exigiendo exponer la finalidad de las mismas.

Cabe destacar la gran importancia de esta sentencia del TEDH en aras de examinar los supuestos de utilización de cámaras de videovigilancia en el ámbito laboral y sus condiciones: «La Corte observa que la videovigilancia encubierta de un empleado en su lugar de trabajo debe considerarse, como tal, una intrusión considerable en su vida privada. Implica una documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que él o ella, que está obligado por el contrato de trabajo para realizar el trabajo en ese lugar, no puede evadir (ver Köpke, citado anteriormente). Por lo tanto, el Tribunal está convencido de que la “vida privada” de los demandantes en el sentido del artículo 8 § 1 estaba relacionado con estas medidas».

En esta materia el TEDH otorga relevancia determinante a la regulación del derecho a la vida privada que haya configurado la propia legislación nacional. No estamos ante un derecho cuyo contenido sea unívoco para el conjunto del ámbito del CEDH, sino que el Tribunal admite modulaciones según la concreción del mismo que haya hecho el legislador nacional, en la consideración de que tales contenidos, si han sido establecidos, se integran como una especie de contenido adicional a la vida privada.

En este pronunciamiento, se corrige en buena medida el criterio establecido por el propio Tribunal que había legitimado dicha práctica (caso Köpke), donde la empresa había utilizado cámaras para grabar al trabajador, ante la sospecha de ilícitos cometidos en su puesto de trabajo: «La Corte no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador con el objetivo legítimo de proteger el interés del empleador en la protección de sus derechos de propiedad. El Tribunal observa que la videovigilancia llevada a cabo por el empleador, que tuvo lugar durante un período prolongado, no cumplió con los requisitos estipulados en la Sección 5 de la Ley de Protección de Datos Personales y, en particular, con la obligación de explicitar previamente informe de manera precisa e inequívoca a los interesados sobre la existencia y las características particulares de un sistema que recopila datos personales. El Tribunal observa que los derechos del empleador podrían haberse salvaguardado, al menos en cierta medida, por otros medios, en particular informando previamente a los solicitantes, incluso de forma general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia y proporcionándoles la información prescrita en la Ley de Protección de Datos Personales».

De este modo, la argumentación utilizada por los órganos judiciales del Orden Social, en el sentido de considerar que el incumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos no afectaba a la legitimidad de la práctica empresarial, y no incidía en los derechos fundamentales de los trabajadores, pues la consideraban idónea, adecuada y proporcional para preservar el interés de la empresa, no es aceptable.

En realidad, el juicio de ponderación solo puede ser legítimo si la empresa ha cumplido todas las exigencias legales para la instalación de las cámaras, informando a los trabajadores y a sus representantes de forma clara, directa, expresa, de los espacios de trabajo en los que se efectuará la grabación. Sobre esta base es sobre la que hay que hacer el juicio de ponderación para saber si, aun así, estamos ante un sacrificio del derecho fundamental a la intimidad por no responder al canon de control de las medidas que limitan los derechos fundamentales, como es el juicio de proporcionalidad de la medida en el sentido de necesaria, idónea y proporcional, por no ser adecuada y no ser posible otras menos gravosas.

Entre las conclusiones que cabe colegir de la doctrina recogida en dicha Sentencia del TEDH están las siguientes:

1. El derecho a la vida privada está determinado por la expectativa legítima de privacidad que pueda tener una persona, que se configura por las garantías y derechos que se le hayan atribuido por la legislación o práctica nacional.

2. En el caso de España, la normativa que protege el tratamiento de los datos personales y las facultades que otorga a sus titulares es de plena aplicación al ámbito de las relaciones laborales, y los trabajadores están plenamente legitimados, y sus representantes, para ejercitar las facultades de información, acceso, control del tratamiento, rectificación y cancelación.

3. Se constata un incumplimiento del deber establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos, de informar y de los derechos de acceso a los datos personales, efectuados por la empresa, al instalar las cámaras secretas y tratar y visionar su contenido, aunque hubiera informado de otras cámaras de vigilancia que controlaban otros espacios del centro de trabajo.

4. Corrige al Tribunal Constitucional en cuanto a la forma de considerarse verificado el conocimiento de las grabaciones de la imagen. Cabe exigir un conocimiento concreto y concluyente del espacio objeto de grabación, y la exclusión en todo caso de la grabación clandestina.

5. Las sospechas de irregularidades graves en el desempeño de la actividad laboral, incluyendo los puestos que implican el manejo de fondos, no legitiman una excepción del deber de informar del hecho de la grabación que afecta al puesto objeto de sospecha, y cumplir las exigencias de la LOPD.

6. Desaparece la unilateralidad empresarial en la adopción de medidas de afectación a la intimidad de los trabajadores, y se impone la regla general de que siempre ha de cumplirse con el deber de información.

7. La empresa siempre dispone de un medio de defensa de sus intereses, como es el anuncio de la grabación de las imágenes, que ofrece ya una protección sobre su patrimonio por la función disuasoria. Por ello, no puede decirse que la grabación clandestina supere el test de proporcionalidad para legitimar su implantación.

8. Con ello se debe poner fin a una configuración de los derechos fundamentales en la relación laboral que han venido utilizando, en cierta medida, el propio Tribunal Constitucional y muchas decisiones del Orden Social, en el sentido de que los derechos fundamentales, y en particular la intimidad y la vida privada en la relación laboral, se sacrifican ante la existencia de un interés empresarial contrapuesto, que incide en ese ámbito de privacidad, cuando se considera la medida idónea, necesaria y proporcionada.

9. Según la doctrina del TEDH, cuando existe una legítima expectativa de privacidad, generada, en este caso, por una ley orgánica que de forma incondicionada obliga al deber de informar de la instalación de cámaras, y que esa información sea concluyente y precisa, no existe margen alguno para considerar razonable, adecuada o proporcionada la decisión empresarial de violar dicha normativa.

10. Quedan fuera de este litigio los efectos de las pruebas obtenidas en el proceso laboral. El TEDH no declara que en el caso se hubiera lesionado el principio a un proceso justo, por las garantías que se aplicaron en el proceso laboral. No obstante, la legislación procesal atribuye carácter ilícito a las pruebas obtenidas en violación de los derechos fundamentales, lo que puede ser determinante en los procesos disciplinarios y por despido.

4) Respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), si bien no cabe esperar una declaración dogmática por parte de este órgano, podemos acudir a la casuística y a las diferentes posiciones fijadas en la jurisprudencia recaída en cada caso para conocer los límites del «derecho a la vida privada» de acuerdo con el TEDH.

Concretamente en el tema que nos ocupa se desprende que, con independencia del dispositivo o tecnología utilizados, «se afecta a la vida privada cuando el material recogido es objeto de un registro sistemático o permanente, lo que permite que sea objeto de análisis y tratamiento de datos dirigidos a la identificación de la persona» (Murray contra Reino Unido - Sentencia de 21 de septiembre de 1994; P.G y J.H contra Reino Unido - Sentencia de 25 de septiembre de 2001; Peck contra Reino Unido - Sentencia de 28 de enero de 2003; Perry contra Reino Unido - Sentencia de 17 de julio de 2003; Von Hannover contra Alemania - Sentencia de 24 de junio de 2004). El caso Peck fue el primer caso en el que el TEDH aborda la conformidad de la videovigilancia desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos humanos; sin embargo, el razonamiento seguido no fue novedoso, pues en su jurisprudencia anterior ya existían elementos suficientes para hacer previsible la resolución de este primer caso de videovigilancia.

El TEDH diferencia entre *Monitoring* (o simple vigilancia electrónica de la vía pública a través de un circuito cerrado de televisión que no graba imágenes), que no constituye una intromisión en la vida privada, y el *Systematic or permanent recording* (vigilancia con grabación de imágenes o videovigilancia), que sí afecta al derecho a la vida privada. No obstante, para las Administraciones públicas, la segunda opción es la única plausible, pues la primera requeriría un ratio de cámaras por supervisor que la hacen inviable, y la descartan como opción general adecuada en lugares públicos. En este sentido la legislación española ha previsto solamente los sistemas de videovigilancia (captación y grabación de imágenes y sonidos en su caso).

La sentencia de Perry contra Reino Unido, referida a un caso de videofilación policial subrepticia de una persona en las propias dependencias policiales, con objeto de elaborar un documento gráfico y poder practicar así una rueda de reconocimiento a la que la persona afectada por la videofilación se había negado, aunque confirma los principios expuestos en casos prece-

dentes, contiene una frase que resulta unívoca: *«As stated above, the normal use of security cameras per se whether in the public Street or on premises, such as shopping centers or police stations, where they serve a legitimate and foreseeable purpose, do not raise issues under article 8 of de convention»*.

A la luz de esta Sentencia queda claro que, de acuerdo con el TEDH, la utilización de videocámaras en espacios públicos abiertos o cerrados constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, aunque puede ser justificable cuando responde a una finalidad de seguridad preventiva en una sociedad democrática.

7

Algunas sentencias de los tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo

- Sentencia n.º 1082/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava. Videovigilancia y conflicto con derechos fundamentales en el ámbito de centros de educación secundaria.

CUARTO: En relación con la vulneración de los derechos fundamentales expresados para la instalación de los sistemas de cámaras o videocámaras, será necesario ponderar los bienes jurídicos protegidos. Por ello en la Instrucción 1/2007, de 16 de mayo, de la Agencia de Protección de Datos de la CAM, sobre el tratamiento de datos personales a través de sistemas de cámaras o videocámaras en el ámbito de los órganos y Administraciones públicas de la CAM (BOCAM 18 julio 2007) que se produce en su apartado 2.8 el contenido del art.º 6 antes expresado del Reglamento, en la Norma Quinta se establece que toda instalación deberá respetar el principio de proporcionalidad, lo que, en definitiva, supone, siempre que resulte posible, adoptar otros medios menos intrusivos para la protección de los datos de carácter personal, con el fin de prevenir interferencias injustificadas en los derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, el uso de cámaras o videocámaras no debe suponer el medio inicial para llevar a cabo sus funciones por las Administraciones Públicas, debiéndose valorar la utilización de estos sistemas en atención a su proporcionalidad en relación con el fin perseguido.

(...) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesi-

dad), y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). La proporcionalidad es un elemento fundamental en la instalación de sistemas de cámaras o videocámaras en el ámbito público, dado que son numerosos los supuestos en los que la vulneración del mencionado principio puede llevar a generar situaciones abusivas. Este juicio de proporcionalidad tratándose de centros educativos públicos de Enseñanza Secundaria Obligatoria, no ofrece duda que en los tiempos actuales concurren más ventajas y beneficios que inconvenientes en la instalación de videocámaras en pasillos (no en las aulas), ya que se utilizan: a) como medida preventiva y disuasoria, b) como instrumento de identificación de aquellas personas que privan de sus derechos a la gran mayoría de la comunidad educativa, c) no se pretende almacenar imágenes sino garantizar los derechos de la mayoría y d) disminuir los gastos por desperfectos. En definitiva, la utilización de los tres ficheros creados por la Orden recurrida no se considera que afecta a derechos fundamentales de los trabajadores del Centro.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 394/2017. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta. Recurso n.º 303/2015. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por los daños producidos a la actora a causa de la incoación de una sanción a su marido, impuesta por la captación de la imagen de la actora mediante sistema de videovigilancia en una comisaría de los mossos d'esquadra.

CUARTO. (...) Las imágenes captadas por las cámaras exteriores son planos generales del perímetro exterior de la comisaría en la que trabaja el marido de la recurrente, que voluntariamente con ella entró en la comisaría. A los efectos que aquí interesan, la entrada y salida del local es un acto que se produce en lugar público que puede ser presenciado por cualquier persona. Asimismo, el marido de la recurrente, como agente de Policía que es, conocía que su mujer, como persona extraña a la oficina policial, debía entrar por la puerta del vestíbulo y registrarse en el libro de visitas. En dicho vestíbulo se ha acreditado que existía un cartel anunciando la existencia de aparatos de videovigilancia. Para la resolución de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, entendemos que tiene una especial relevancia el hecho del incumplimiento de las normas de entrada y salida al recinto policial por parte de la actora, y que no justifica el incumplimiento de esta obligación la circunstancia de que no existiera en el exterior un cartel anunciador en la instalación de un

sistema de videovigilancia, máxime cuando la entrada al edificio debe efectuarse por los ciudadanos por el vestíbulo, cuestión que nadie la ha discutido.

QUINTO. La actora achaca a la existencia de un expediente disciplinario incoado a su marido y en el que se utilizó su imagen, como causa de las dolencias que padece y que le han acarreado incluso su despido laboral. A la vista de la prueba practicada entendemos que su pretensión no puede prosperar. El hecho de incoar un expediente disciplinario a su marido e imponerle una sanción, no supone una actuación de la Administración contraria a derecho (...). A lo anterior cabe añadir que fue grabada por un lugar por el que no está previsto que accedan los visitantes a la Comisaría. Es decir, que ella actuó de forma irregular, sin que la circunstancia de que en el exterior no hubiera el cartel anunciador del sistema de videovigilancia pueda eximirla de sus responsabilidades. Por lo demás la actora no ha acreditado el presunto perjuicio que le causó el haber sido grabada por las cámaras de seguridad de la comisaría al entrar en la misma, para después cuando permaneció en ella, hacer uso del ordenador de su pareja y abandonar la comisaría en un vehículo policial, al igual que lo hizo a la entrada. Tales actuaciones en ningún caso estuvieron autorizadas.

- Sentencia n.º 88/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta. Recurso n.º 143/2016. Reclamación de indemnización a la Administración pública por mal uso de las imágenes captadas mediante videocámaras de videovigilancia en los alrededores de una comisaría de los mossos d'esquadra.

Según la reclamación administrativa, el recurrente fundamentó su reclamación en la responsabilidad de autoridades y personal al servicio de la Conselleria d'Interior, por la utilización de imágenes y datos personales del demandante y de su mujer, sin consentimiento de los titulares. Como se ha indicado, el recurrente y su mujer fueron grabados por cámaras de seguridad instaladas en el entorno exterior de la Comisaria de Arenys de Mar, sin haber cometido delito alguno, lo que supone una vulneración grave de la normativa aplicable, Ley Orgánica 4/97 y Decret 134/1999. Además, todo ello constituye una invasión ilegítima en el derecho al honor y propia imagen. En la contestación a la demanda se remite a los antecedentes fácticos, relacionados con la intervención del demandante y su mujer que dieron lugar al expediente disciplinario e imposición de la sanción que fue objeto de recurso y anulación judicial. Alega que la utilización de imágenes procedentes de cámaras de video vigilancia situadas en el exte-

rior de la Comisaría de Arenys de Mar, son legales, tanto por su contenido como por su finalidad preventiva. Niega los posibles daños y perjuicios ocasionados, pues dichas imágenes fueron utilizadas exclusivamente en la investigación llevada a cabo por el Departament d'Interior, sin que en ningún momento se hiciesen públicas o tuviesen acceso a las mismas, personas ajenas al Cuerpo de Mossos d'Esquadra. En dichas imágenes aparecen planos generales del exterior de la Comisaría, de personas que entran y salen de su interior, o bien, deambulan por el exterior, sin fijación especial en ninguna persona. Por lo tanto, no concurren los requisitos de relación de causalidad, ni daño antijurídico, ya que la anulación de una resolución sancionadora, no es por sí misma suficiente para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración pública demandada.

(...)

En el presente caso, no concurre ni uno solo de los requisitos exigidos para apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial, tanto legal como jurisprudencialmente, si tenemos en cuenta que la acción resarcitoria basada en el principio constitucional de responsabilidad patrimonial, en los términos solicitados por el recurrente, se fundamentan en un mal uso de las imágenes captadas por las cámaras de video vigilancia situadas en el exterior de la Comisaría del municipio de Arenys de Mar, para la vigilancia del exterior. No se ha acreditado que se hiciese un mal uso de las imágenes grabadas por las video cámaras de vigilancia de la Comisaría, pues el hecho de que apareciese el recurrente y su mujer no puede nunca ser responsabilidad de ninguna naturaleza de la Administración pública demandada, ya que dichas video cámaras cumplen una estricta finalidad de vigilancia del entorno de la Comisaría. Al ser usadas las imágenes grabadas para una finalidad estrictamente jurídica, como fue la determinación de la conducta del recurrente, en los hechos que aparecen relatados tanto en la resolución administrativa, como en la sentencia que anuló la sanción impuesta, en modo alguno se acredita el mal uso pretendido por la parte recurrente, aun en el caso de que los hechos denunciados y valorados en el expediente disciplinario estuviesen mal tipificados, como es obvio, a juzgar por el tipo elegido y la sentencia que así mismo lo consideró. Pero ello no puede afectar jurídicamente el inicio o decisión de incoar el expediente disciplinario ante la gravedad de los hechos, cuya prueba reside, al menos en parte, en el visionado de dichas imágenes de las video cámaras de vigilancia.

- Sentencia Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, n.º A 4198/2017. Cámaras de una entidad bancaria que graban la vía pública.

Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la entidad «Abanca Corporación Bancaria S.A.» (en lo sucesivo Abanca) la resolución de la directora de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 11 de febrero de 2016, dictada en el Procedimiento Sancionador PS/00405/2015, que impone a dicha entidad una sanción de multa de 40 001 € por la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) del citado Cuerpo Legal. La resolución impugnada considera que Abanca ha cometido dicha infracción al haber tratado datos de carácter personal sin contar con el consentimiento inequívoco de los interesados que transitaban por las zonas de la vía pública captadas por las cámaras ubicadas en la sede de la entidad bancaria situada en la avenida García Barbón n.º 3 de Vigo, Pontevedra, no disponiendo de cobertura legal para ello por exceder dicho tratamiento de la habilitación legal concedida por la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, y la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana.

- Sentencia Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, n.º 562/2017, sobre sanción impuesta por colocación de cámaras por un particular en su domicilio con grabación de la vía pública.

El demandante impugna la resolución de 31 de enero de 2014 del director de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 21 de noviembre de 2013 -PS/00170/2013- por la que se le impone una sanción de 1000 euros por una infracción del art. 37.1.f) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el art. 44.3.i) de dicha norma.

- Sentencia Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, n.º 3474/2016. Impugnación de resolución de la agencia de protección de datos: cámara de una empresa que capta imágenes de la vía pública.

La parte demandante impugna la resolución de 10 de febrero de 2015 del director de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 6 de noviembre de 2014, recaída en el procedimiento sancionador PS/00270/2014, por la que se le impone una sanción de 2000 euros por una infracción del art. 26.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (en lo sucesivo LOPD), tipificada como leve en el art. 44.2.b) de dicha norma, y otra sanción de 10 000 euros, por una infracción del art. 6.1 de la LOPD tipificada como grave en el art. 44.3.b) de dicha norma. Los Hechos Probados en que se funda la resolución recurrida son los siguientes: «PRIMERO: Con fecha 14 de abril de 2014 la Inspección de esta Agencia Española de Protección de Datos realizó una visita a la entidad ROTOMADRID S.L., situada en la calle

Meridiano 19 de Torrejón de Ardoz, Madrid, con motivo de la denuncia recibida por la posible infracción de la LOPD de su sistema de videovigilancia».

- Sentencia Sala Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo n.º 6827/2012, de 16/10/2012. Por interposición de recurso de casación contra resolución de la Sala de la Audiencia Nacional de 27 de noviembre de 2009. Instalación de cámaras de vigilancia en Universidad de Sevilla y creación de ficheros con datos que infringen la Ley de Protección de Datos (precedente STC 29/2013, de 11 de febrero).

De otra parte y en relación con la insistencia que se hace en esta vía casacional sobre la infracción referida a la pretendida creación de una base de datos ilegítima, se sigue desconociendo en la fundamentación del motivo, lo declarado por la sentencia de instancia cuando se razona que «... respecto a dicho alegato hay que señalar que de lo actuado se constata que la Universidad de Sevilla tenía en las fechas de autos establecido como sistema de control de horario, hojas de firmas en las que todos los miembros del Personal de Administración y Servicios debían firmar al inicio y terminación de la jornada diaria. A partir de septiembre de 2007 se introdujo un nuevo sistema basado en la introducción de usuario y contraseña en los ordenadores que la Universidad pone en cada centro de trabajo. Es decir, el sistema de video vigilancia no se utilizaba con carácter general para el control del horario de los trabajadores, pues para eso se empleaban las hojas de firmas. La utilización de dicho sistema en el caso de autos, tuvo carácter excepcional, y se acudió a él, al tener indicios de irregularidades en las entradas y salidas del trabajo del Sr. Bernardino, como señala la sentencia del Juzgado de lo Social y el oficio remitido por el director de recursos humanos al jefe de unidad de seguridad de la Universidad -folio 85 del expediente- en el que le pide que articule los medios necesarios para determinar las horas de entradas y salidas del trabajo durante los meses de enero y febrero de 2006, valiéndose si fuera necesario de las cámaras de video instaladas en los accesos a las dependencias de la Unidad en que trabajaba D. Bernardino. Se trata, por tanto, de un caso excepcional en el que, por las razones expuestas, las cámaras de vigilancia que controlan los accesos a las dependencias universitarias se utilizaron para el control del horario del trabajador en cuestión, por lo que el incumplimiento del deber de información cabe circunscribirlo a este caso concreto. Sentado lo anterior, hay que señalar que el control mediante el sistema de video vigilancia se produjo entre los meses de enero y febrero de 2006, recayendo resolución de sanción laboral el 31 de mayo de 2006 en la que como muy tarde el denunciante tuvo conocimiento que

se habían utilizado por la Universidad dicho sistema para controlar el cumplimiento de su horario laboral». Es decir, lo que se declara probado por la Sala de instancia, y de ello debemos partir inexorablemente, es que no existía base de dato alguna a partir de las imágenes obtenidas, sino la utilización de las imágenes para el supuesto concreto de la acreditación de los hechos imputados al recurrente relacionadas con su relación laboral con la Institución, lo que hace decaer la pretendida conducta que se imputa constitutiva de la infracción que se reitera en esta vía casacional; lo cual comporta el rechazo del motivo casacional examinado.

- Sentencia n.º 7699/2011. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11/11/2011: cámaras de videovigilancia en la vía pública, aportación de las imágenes en proceso penal.

En otro orden de cosas, y dentro también de este capítulo de posibles afectaciones o limitaciones de derechos fundamentales, hay que hacer referencia también a las grabaciones de las escenas que tuvieron lugar en la calle donde se halla ubicado el punto de encuentro, grabaciones que se efectuaron mediante una videocámara de vigilancia instalada en la vía pública. La parte recurrente solo las cuestiona muy tangencialmente, con una simple alusión a su posible ilicitud. Según consta en los folios 3 y ss. del sumario, las imágenes de la vía pública fueron captadas con una videocámara instalada en la fachada principal del edificio de la Subdelegación de Gobierno de Almería. No se está por tanto ante una videocámara utilizada en el curso de una investigación criminal para buscar indicios concretos contra posibles autores de una presunta actividad delictiva que se estuviera investigando; sino que se trataba de una videocámara que servía a las autoridades gubernativas para funciones de vigilancia preventiva del edificio de la Subdelegación de Gobierno de Almería. En los folios 354 y 355 del rollo de Sala figura un oficio de la Subdelegación del Gobierno en Almería en el que se explica con detalle la razón de la instalación de la videocámara en el exterior del edificio para proteger su seguridad, concretando que también existen otras videocámaras en el interior del inmueble con el mismo fin. El uso y control, según se informa en el referido oficio, está a cargo de la Guardia Civil, como fuerza pública encargada de la seguridad del edificio oficial. Y también se señala que la instalación de la videocámara se ajusta a lo dispuesto en la LO 4/1997, de 4 de agosto (por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos), y al Reglamento que la desarrolla, recogido en el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril. Y matiza el oficio informativo que en la entrada de la sede del edificio oficial

hay instaladas placas informativas de la existencia de instalaciones fijas de videovigilancia acompañadas del correspondiente panel informativo. A este respecto, conviene subrayar que la LO 4/1997, de 4 de agosto, en su art. 1 permite la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública. Para ello se precisa la autorización del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma. Y en el art. 7 del texto legal se dispone que si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación. En el presente caso consta que la grabación fue puesta a disposición de la causa al inicio de la investigación, según se reseña en el folio 3 del sumario y se corrobora después en los folios 12 y ss. Sin que, por lo demás, conste ninguna irregularidad legal o administrativa en la instalación de la videocámara ni en el uso de la misma. A lo que ha de sumarse que la grabación fue visionada en la vista oral del juicio con todas las garantías de contradicción para las partes procesales. La grabación fue hecha, pues, en una vía pública céntrica de la ciudad de Almería, donde en principio no figuraban indicios de que pudiera incurrirse en una intromisión o injerencia del derecho a la intimidad de los ciudadanos que deambulaban por la zona. Por lo demás, y aunque no puede descartarse que en casos singulares se desarrollen actividades privadas en una vía pública, esta Sala tiene declarado que cuando la grabación videográfica afecta solo a «espacios abiertos y de uso público» no precisa la autorización judicial, según una reiterada doctrina jurisprudencial.

- Sobre esta misma cuestión: STS n.º 1547/2002, de 27 de septiembre. *La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que únicamente se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados.*

- Sentencia n.º 1709/2016. Sala de lo Penal del TS de 20/04/2016: vulneración del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria por uso por parte de agentes de Policía de medios técnicos.

(...) contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Es cierto que ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera. El agente de Policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento. Nuestro sistema constitucional no alza ningún obstáculo para llevar a cabo, en el marco de una investigación penal, observaciones y seguimientos en recintos públicos. A juicio de la Sala, sin embargo, la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE solo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción inconsentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado.

8

Bibliografía

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Protección de datos personales para corporaciones de derecho público*, Thomson Civitas, 2008.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Protección de datos y Administración local*, AEPD, 2018.

ALÁEZ CORRAL, Benito (coord.), *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, 2017.

ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, «El derecho a ser informado como elemento esencial del derecho a la protección de datos. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de su cambio de doctrina en la STC 39/2016», *RVAP*, n.º 106, septiembre-diciembre 2016.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, «Una primera aproximación al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos», *Actualidad Administrativa*, n.º 1, 2018.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco y ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (coords.), *Videovigilancia: Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, Tirant lo Blanch, 2011.

GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel, «El procedimiento para la aprobación de la ordenanza de creación de fichero de video vigilancia de edificios públicos», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 10, 30 de mayo 2016, p. 1240.

GÓMEZ CORONA, Esperanza, *La propia imagen como categoría constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

NEBRERA GONZÁLEZ, Montserrat (coord.), *Intimidación y seguridad*, Asociación de Directivos de Seguridad Integral (ADSI) e Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad (ISEGS), 2002.

PÉREZ CAMBERO, Raúl, «Videovigilancia en el ámbito público», *Actualidad Administrativa*, n.º 1, 2017.

REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, «Procedimiento para la instalación de cámaras de videovigilancia en espacios públicos», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 17, Sección Consultas, Quincena del 15 al 29 sept. 2017.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Estudios sobre Administraciones públicas y protección de datos personales*, Thomson Civitas, 2006.

Incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 27 de junio de 2017, en relación con los beneficios fiscales de los tributos locales*

PILAR GALINDO MORELL

Magistrada especialista de lo Contencioso-Administrativo, en excedencia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Introducción

2. Historia jurídica de la controversia

- 2.1. El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre asuntos económicos («el Acuerdo»)
- 2.2. El impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO)
- 2.3. Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 1996 y Resolución de la Subdirección General de Tributos Locales del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de junio de 2000
- 2.4. La jurisprudencia hasta octubre de 2003
- 2.5. La Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001
- 2.6. La STS de 3 de octubre de 2003
- 2.7. La Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre
- 2.8. La anulación de la Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre

Artículo recibido el 26/06/2018; aceptado el 07/04/2019.

* Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2018, organizado por la Diputación de Barcelona, el día 22 de junio de 2018.

3. El derecho comunitario de la competencia y su incidencia en la exención relativa al ICIO

3.1. Introducción

3.2. La supremacía del derecho comunitario de la competencia

3.3. Los preceptos relevantes

4. La STJUE de 27 de junio de 2017

4.1. Las «ayudas existentes» y las «nuevas ayudas»

4.2. Requisitos para que las exenciones fiscales puedan constituir una ayuda estatal prohibida por el art. 107.1 TFUE

Resumen

Análisis legislativo y jurisprudencial de la exención en el impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO) a la Iglesia Católica desde el año 1979, fecha del *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre asuntos económicos*, hasta la reciente Sentencia de 27 de junio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se abordan las «ayudas existentes» y las «nuevas ayudas», así como los requisitos para que las exenciones fiscales puedan constituir una ayuda estatal prohibida por el art. 107.1 TFUE.

Palabras clave: *ICIO; beneficios fiscales; Iglesia Católica; ayudas nuevas; ayudas existentes; ventaja económica selectiva.*

The effects of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 June of 2017 on the fiscal benefits of local taxes

Abstract

The article examines the legislative and case law framework about the tax applicable to building, installations and infrastructural work (ICIO) to the Catholic Church since 1979, year of the Agreement between the Spanish State and the Holy See of 3 January of 1979 on economic matters, until the recent judgment of the Court of Justice of the European Union of 27 June of 2017 on the “existing aids” and “new aids” and the parameters for considering tax exemptions as a state aid prohibited by article 107.1 TFEU.

Keywords: tax applicable to building; installations and infrastructural work; fiscal benefits; Catholic Church; new aids; existing aids; selective economic advantage.

1 Introducción

Es objeto de esta ponencia la exposición y comentario de las pautas y criterios generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la exención fiscal, referida al impuesto de instalaciones, construcciones y obras (ICIO), a favor de la Iglesia Católica en virtud del Acuerdo suscrito por el Estado español con la Santa Sede el 3 de enero de 1979, y, por extensión, a los demás supuestos y beneficiarios de exenciones fiscales, en el marco de la prohibición general de *ayudas estatales* que establece el art. 107 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Se trata de la STJUE de 27 de junio de 2017, de la Gran Sala, asunto C-74/16, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid en los autos 247/2014, a instancia de la Congregación de Escuelas Pías - Provincia Betania contra el Ayuntamiento de Getafe, el cual denegó a la reclamante la exención prevista en dicho Acuerdo Internacional por la incidencia del derecho comunitario de defensa de la competencia concretado en dicho precepto del TFUE, en función de la naturaleza de la actividad a desarrollar en los inmuebles objeto de dicho impuesto local (una *actividad económica*).

Es obvio que la obligación tributaria de pago, o bien la exención de pago, del ICIO por parte de la Iglesia Católica (la Santa Sede, como órgano que personifica a la Iglesia Católica, y la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas) es de gran trascendencia económica tanto para las Haciendas locales como para quien sería sujeto pasivo del impuesto. Es sabido que la Iglesia Católica, sus entes y órganos, desarrollan actividades con objeto y fines que no son propiamente religiosos, sino que constituyen verdaderas explotaciones económicas (en hospitales, colegios, centros universitarios, emisoras de radio, inversiones inmobiliarias, etc.), y cuenta con inmuebles destinados a estos fines o no directamente relacionados con fines religiosos o de culto; es decir, determinados inmuebles propiedad de la Iglesia Católica o sus entes dependientes constituyen, por las actividades que se realizan en ellos, una actividad o explotación económica, y este es, como veremos, un factor determinante de la obligación impositiva de acuerdo con la normativa comunitaria, que es la relevante a estos efectos. La discriminación de estas actividades, estrictamente religiosas o de culto y otras esencialmente empresariales o económicas, que tienen por objeto la obtención de ingresos económicos, y la existencia de inmuebles de su propiedad destinados a estos fines en mayor o menor medida,

y que pueden precisar la realización de construcciones, instalaciones y obras que, prescindiendo de la personalidad del promotor, estarían sujetas al ICIO, es trascendente, como veremos, a efectos de tributación, en atención a los instrumentos normativos que establecen o regulan la exención relativa a dicho tributo, la jurisprudencia estatal y, en la actualidad, la normativa comunitaria sobre defensa de la competencia y la jurisprudencia del TJUE al respecto, en la medida en que pueden constituir una *ayuda estatal*, prohibida por el art. 107 TFUE, que recientemente se ha añadido al marco jurídico de referencia como criterio determinante del pago o la exención. Es por lo menos curioso que este último criterio jurídico haya sido *descubierto* o puesto de manifiesto hace escasamente un par de años, si se tiene en cuenta que España ingresó en la UE en 1986, antes de que se creara el ICIO, asumiendo como propio y preferente, desde entonces, el ordenamiento comunitario.

La controversia acerca del pago o de la exención proviene, en un principio, de la existencia de varias normas, una con categoría de tratado internacional (el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979), y otra de rango reglamentario interno (la Orden Ministerial de 5 de junio de 2001), cuya interpretación generó una línea jurisprudencial por parte de nuestro Tribunal Supremo, hasta que se puso de manifiesto ante los tribunales el art. 107 TFUE. Es necesaria una referencia expresa a la historia jurídica de esta controversia, hasta la incidencia de la reciente STJUE de 27 de junio de 2017 que, dada su trascendencia, será objeto primordial de estudio en el presente comentario, porque facilita las pautas adecuadas para decidir cuándo la Iglesia Católica y sus entes dependientes quedan sometidos al pago del ICIO, y en general cuándo la exención caería en el ámbito de la prohibición del art. 107 TFUE.

2

Historia jurídica de la controversia

2.1

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre asuntos económicos («el Acuerdo»)

Dicho Acuerdo, suscrito el 3 de enero de 1979, que tiene categoría de Tratado internacional integrado en nuestro ordenamiento jurídico, establece en su **artículo IV, apartado 1**, lo siguiente:

La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas tendrán derecho a las siguientes exenciones:

A) Exención total y permanente de la Contribución Territorial Urbana de los siguientes inmuebles:

1) Los templos y capillas destinados al culto, y asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral.

2) La residencia de los Obispos, de los Canónigos y de los Sacerdotes con cura de almas.

3) Los locales destinados a oficinas, la Curia diocesana y a oficinas parroquiales.

4) Los Seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso y las Universidades eclesiásticas en tanto en cuanto impartan enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas.

5) Los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las Órdenes, Congregaciones religiosas e Institutos de vida consagrada.

B) Exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio.

Esta exención no alcanzará a los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, ni a las ganancias de capital, ni tampoco a los rendimientos sometidos a retención en la fuente por impuestos sobre la renta.

C) Exención total de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales, siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad.

D) Exención de las contribuciones especiales y de la tasa de equivalencia, en tanto recaigan estos tributos sobre los bienes enumerados en la letra A) de este artículo.

El **artículo VI** del mismo Acuerdo señala que la Santa Sede y el Gobierno español «procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan», y el **artículo 2 del Protocolo Adicional** establece que «Ambas Partes, de común acuerdo, señalarán los conceptos tributarios vigentes en los que se concretan las exenciones y los supuestos de no sujeción enumerados en los artículos III a V del presente Acuerdo. Siempre que se modifique sustancialmente el ordenamiento jurídico-tributario español, ambas Partes concretarán los beneficios fiscales y los supuestos de no sujeción que resulten aplicables de conformidad con los principios de este Acuerdo».

La controversia sobre la exención relativa al ICIO se ha manifestado inicialmente por su –posible– inclusión en la letra B antes transcrita, en cuanto

pueda considerarse un impuesto «real o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio».

Hay que destacar, como primera observación, que en todos los apartados, excepto en el B), se delimita la exención en atención a los fines religiosos o de culto de los bienes o derechos en cuestión, en tanto que en dicho apartado B) la exención se establece de modo general, sin dicha delimitación en función del destino de los bienes o actividad que en ellos se realice («exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio»), además de requerir la procedente interpretación de los términos empleados para definir los tributos afectados por la exención.

Hay que señalar asimismo que en ningún momento se cumplieron por las partes contratantes estas previsiones ulteriores de concreción de las exenciones y supuestos de no sujeción, lo que ha contribuido a acrecentar la controversia de la que tratamos.

2.2

El impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO)

El ICIO, impuesto municipal, indirecto y real, fue creado, *ex novo*, por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Se trataba, por tanto, de un impuesto *nuevo* con respecto al sistema impositivo anterior, que no sustituía formal ni materialmente ninguna de las figuras tributarias hasta entonces vigentes, en contraste con la contribución territorial rústica y urbana, que fue sustituida por el IBI, o con las licencias fiscales de actividades comerciales e industriales, de actividades profesionales y artísticas, y con el impuesto sobre la radicación, que fueron sustituidos por el IAE. Por esta razón se ha dicho que, conforme al artículo 2 del Protocolo Adicional del Acuerdo con la Santa Sede, al tratarse de una modificación sustancial del sistema jurídico-tributario, ambas partes debieron alcanzar un acuerdo adicional concretando los supuestos de exención «que resulten aplicables de conformidad con los principios de este Acuerdo».

La redacción original de la Ley 39/1988 no contenía, con respecto al ICIO, ningún supuesto de exención o beneficio fiscal. Sin embargo, el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, sí estableció en su artículo 32.dos la exención a favor de las «construcciones, instalaciones u obras de las que sean dueños el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales que estando sujetas al mismo, vayan a ser directamente destinadas a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de

conservación»; previsión que se incorporó a la LHL definitivamente por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadiendo un segundo apartado al primitivo artículo 101 LHL, que corresponde hoy al artículo 100.2 del Texto Refundido.

En la actualidad, se regula en los artículos 100 a 103 del 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 (TRLHL). Así, el art. 100.1, «Naturaleza y hecho imponible», dispone que «1. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de la imposición». Y el apartado 2 establece que «está exenta del pago del impuesto la realización de cualquier construcción, instalación u obra de la que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, que estando sujeta al impuesto, vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación».

Como se ve, los supuestos de exención del pago del ICIO se refieren a grandes obras de interés público, manteniéndose la controversia en cuanto a la exención a favor de la Iglesia Católica y sus entes dependientes, en el marco del Acuerdo con la Santa Sede y la posterior Orden ministerial de 5 de junio de 2001.

2.3

Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 1996 y Resolución de la Subdirección General de Tributos Locales del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de junio de 2000

El Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto con motivo de una consulta formulada por el Ayuntamiento de Manzanares (Ciudad Real), mediante dictamen de fecha 25 de julio de 1996 (núm. 2570/95), que partió de la base de que la LHL instauró un *nuevo sistema impositivo local*, como se expresaba en su propia exposición de motivos, según la cual se establece un nuevo sistema de recursos de las Haciendas locales adecuado a la realidad y a las necesidades de estas, introduciendo cambios sustanciales tendentes a racionalizar el sistema tributario local que se traducen, entre otras cosas, en la creación de un quinto impuesto, también de carácter voluntario: el ICIO, que surge *ex novo*. Por este motivo debió seguirse el trámite estable-

cido en los artículos VI y 2.º del Protocolo Adicional del Acuerdo, en orden a la concreción por mutuo acuerdo de los beneficios fiscales aplicables a los nuevos impuestos municipales, lo que no se hizo. Concluía que, con esta omisión, teniendo en cuenta que el ICIO es un *tributo indirecto*, podía sostenerse fundadamente que no procedía exención alguna a favor de la Iglesia Católica, al menos en tanto no tuviera lugar el acuerdo de concreción de referencia, que «comporta un ‘prius’ que (...) debiera ser esclarecido preferentemente».

Por su parte, la resolución de la Subdirección General de Tributos Locales del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 19 de junio de 2000, en respuesta a una consulta del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María (Cádiz), señalaba que «en dicho Acuerdo no se contiene precepto alguno en el que se reconozca a favor de la Iglesia Católica exención en el ICIO, lo cual, por otra parte, es perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que el mencionado tributo fue creado por la Ley 39/1988, apareciendo, por tanto, tal figura en el ordenamiento jurídico nueve años después de la entrada en vigor del mencionado Acuerdo. Además, dicho acuerdo no contiene norma alguna que conceda exención a favor de la Iglesia Católica con relación a tributos de idéntica o análoga naturaleza al impuesto en examen, concebida en términos tales que permitiese entender que podría ser aplicable al, entonces, futuro ICIO», concluyendo que «no existe motivo alguno en que pueda fundamentarse la concesión del beneficio fiscal».

2.4

La jurisprudencia hasta octubre de 2003

El traslado de la discusión a los tribunales provocó una línea jurisprudencial que, aparentemente, fue decisiva. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2001 siguió la doctrina mantenida por la anterior de 19 de marzo del mismo año, ambas recaídas en supuestos en los que los inmuebles sujetos al gravamen se destinaban a fines religiosos o de culto (actividades apostólicas y obras de ampliación de una parroquia). Señalaban que «aun cuando sería un elemento de gran clarificación el que las partes signatarias del Acuerdo se reunieran periódicamente para determinar cuál es su secuencia y concreto alcance», no se podía negar que los tribunales, en su labor hermenéutica, interpretaran su contenido, lo que así hicieron resolviendo que la Iglesia Católica disfrutaba de tal exención teniendo en cuenta que (a) el ICIO es un impuesto de carácter *real* y, además, *indirecto* (así lo definió la propia LHL) y por tanto un impuesto objetivo y real; (b) aunque resulta difícil encuadrar los nuevos impuestos de la LHL en clasificaciones clásicas como las contenidas en el artículo IV.1.B) del Acuerdo, el ICIO podría considerarse como un

tertium genus entre renta y patrimonio, pues grava la renta que aflora en el sujeto pasivo y se transforma en patrimonio; y (c) no obstante ese potencial carácter mixto no impide que en definitiva se le encuadre en la categoría de *impuesto real sobre la renta*, lo que permite situarlo en la letra B) del art. IV.1 del Acuerdo. Añadía que si el resultado de la construcción, instalación y obra (es decir, el inmueble) se halla exento del impuesto sobre bienes inmuebles, en cuanto el mismo está considerado, expresa e indubitadamente, como un impuesto real y comprendido, consecuentemente, en el artículo IV.1.B) del Acuerdo, es obvio que, lógica y necesariamente, debe estar también exento del ICIO el proceso (o sea, la construcción, instalación o la obra) por el que, a consecuencia del mismo, se desemboca en aquel resultado.

Tal decisión fue criticada por la doctrina, entre otras razones porque se rompía el régimen de igualdad en materia de exenciones fiscales establecido a la sazón por las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre (BOE de 12 de noviembre de 1992), por las que se aprobaron respectivamente -en aplicación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y en consideración al respeto a las confesiones religiosas y al derecho a la igualdad entre todas ellas- los Acuerdos de Cooperación del Estado con la *Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España*, la *Federación de Comunidades Israelitas de España* y la *Comisión Islámica de España*. En tales normas se establecían las exenciones aplicables a las mismas, tanto en los tributos estatales como municipales, y ninguna de dichas leyes mencionaba exención alguna en el ICIO, a pesar de que todas fueron promulgadas cuando el ICIO ya existía.

2.5

La Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001

Al ser consciente el Gobierno de que la cuestión era dudosa o por lo menos objeto de una seria controversia, fue dictada la referida Orden ministerial, en la que, tomando en consideración la jurisprudencia indicada, dispone:

Primero.- El impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, regulado en los arts. 101 a 104 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, está incluido entre los impuestos reales o de producto a que hace referencia la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979.

Segundo.- La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provin-

cias y sus casas, disfrutaban de exención total y permanente en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.

Por esta vía normativa el propio Ministerio de Hacienda daba entrada expresa y explícita a la exención a favor de la Iglesia Católica en el ICIO, con carácter general, sin atención a los fines o actividades a desarrollar en los inmuebles objeto del gravamen.

2.6

La STS de 3 de octubre de 2003

La citada Sentencia, esta vez en un supuesto referido a una actividad claramente empresarial de la Iglesia Católica, o a una «explotación económica productora de rendimientos» (se trataba de un hospital que incluso mantenía conciertos de asistencia sanitaria con aseguradoras privadas, compitiendo en el mercado con otras entidades hospitalarias o sanitarias), el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la Comunidad religiosa recurrente con fundamento en la Orden ministerial de 5 de junio de 2001, que transcribe, y añade que «obviamente no es aplicable al ICIO el segundo párrafo de la letra B), del apartado 1, del artículo IV, del Acuerdo referido, que excluye de dicha exención a los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas, que es lo que acontece en el caso de autos, pues la sentencia de instancia ha declarado probado que el Hospital de San Justo y San Pastor constituye por las actividades que se realizan en él, una explotación económica, porque tal excepción es aplicable al impuesto sobre sociedades, pero nada tiene que ver con el ICIO que es un impuesto indirecto aunque real, como ha mantenido esta Sala en las sentencias invocadas en la exposición de motivos de la Orden Ministerial reproducida».

Indica esta Sentencia que la Orden de 5 de junio de 2001 es una disposición de naturaleza interpretativa y, por tanto, con efectos retroactivos, que la Sala debe respetar, aunque resulta sorprendente que se haya dictado doce años después de promulgada la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, que estableció el ICIO, cuando lo procedente hubiera sido que, de conformidad con el Protocolo Adicional del Acuerdo, se hubiera acordado la inclusión del ICIO dentro de las exenciones reguladas en dicho Acuerdo Concordatorio, simultáneamente con la entrada en vigor de este impuesto. Insiste, por tanto, en la crítica hacia la pasividad del Estado, que ya había puesto de manifiesto en las sentencias de 19 y 31 de marzo de 2001.

2.7

La Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre

Otro hito fundamental fue la Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre, por la que se modifica la Orden de 5 de junio de 2001. La justificación de su promulgación viene explicada en la exposición de motivos, basada en considerar «necesaria la equiparación del contenido de la exención en el impuesto sobre bienes inmuebles para los inmuebles de la Iglesia Católica con el contenido de la exención en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras para las construcciones, instalaciones u obras que se lleven a cabo en dichos inmuebles»; y añade que «es cierto que no parece lógico que en un inmueble que no esté exento del impuesto sobre bienes inmuebles, por no tener como destino ninguno de los exigidos en la letra A) del apartado 1 del art. IV del Acuerdo, las obras que en él se realicen sí gocen de exención en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, exención que se aplica conforme a lo dispuesto en la letra B) del apartado 2 del art. IV del Acuerdo, por mor de la interpretación dada a la misma por la citada Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001».

Con tal propósito, en su artículo único se modifica el apartado segundo de la Orden de 5 de junio de 2001, que pasa a tener la siguiente redacción: «La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas, *disfrutan de exención total y permanente* en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, *para todos aquellos inmuebles que estén exentos de la Contribución Territorial Urbana (actualmente, Impuesto sobre Bienes Inmuebles)*».

De esta forma, con la introducción de este último párrafo resaltado, quedaban exentas del ICIO solamente las instalaciones, construcciones y obras realizadas en inmuebles que, a su vez, se encontraban exentos del IBI por aplicación del apartado 1.A) del artículo IV del Acuerdo, esto es, los destinados a fines exclusivamente religiosos.

2.8

La anulación de la Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre

Pero esta solución duró pocos años, ya que, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza la cuestión de ilegalidad, la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha de 9 de diciembre de 2013 por la que se anulaba la referida Orden, por considerarla contraria al artículo IV.1.B) del Acuerdo, con fundamento en que, de una parte, «al introducir el

Ministerio de Hacienda a través de la Orden EHA/2814/2009, de 15 de octubre, la “interpretación” consistente en que la Santa Sede y demás entidades religiosas, disfrutarán de exención total y permanente en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras “para todos aquellos inmuebles que estén exentos de la Contribución Territorial Urbana (actualmente, Impuesto sobre Bienes Inmuebles)”, es claro, a juicio de la Sala, que incurre en un *efecto real de innovación*, como se denuncia, al restringir lo estipulado en el artículo IV.1.B), del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede para Asuntos Económicos de 3 de enero de 1979, dado que limita la exención en él establecida, así como lo dispuesto en la Orden del propio Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001, que aclara dicho Acuerdo»; y, de otra, «se infringe también, por razón de dicha interpretación, el apartado VI del Acuerdo de referencia, según el cual “La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan”, pues no consta negociación ni contacto alguno, ni menos acuerdo, entre el Estado Español y la Santa Sede a los efectos en debate».

Interpuesto recurso de casación por la Administración General del Estado contra la citada sentencia de la Audiencia Nacional, con fecha 19 de noviembre de 2014 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia desestimatoria (Rec. n.º 402/2013), aceptando la fundamentación de la sentencia recurrida, al considerar que «es evidente la innovación del ordenamiento jurídico que la Orden impugnada contiene. No solo por las razones que ofrece la sentencia de instancia, que se aceptan y se dan por reproducidas, sino porque la propia Orden así lo declara abiertamente, aunque de modo tácito, cuando afirma: “*No obstante, se considera necesaria la equiparación del contenido de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles para los inmuebles de la Iglesia Católica con el contenido de la exención en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras para las construcciones, instalaciones u obras, que se lleven a cabo en dichos inmuebles*”. Con la mencionada equiparación de IBI e ICIO se produce una reducción del alcance de la exención que no se contenía en la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001. La equiparación que se efectúa de los conceptos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y del Impuesto real (ICIO), es errónea, pues es claro que, como mantiene el Juzgado que plantea la presente cuestión, si bien el IBI es un impuesto real (y por tanto todo inmueble exento del mismo lo está también de los demás tributos reales a tenor del apdo. 1. A, del art. IV del Acuerdo), sin embargo no todos los inmuebles exentos del ICIO o de cualquier otro tributo real, están exentos del IBI, y

así el citado apartado 1. A), relaciona una serie de inmuebles exentos total y permanentemente de la Contribución Territorial y Urbana, con sus propias condiciones y excepciones, en tanto que el apartado 1. B), C) y D) recoge, respectivamente, la exención total y permanente de los impuestos reales o de producto sobre la renta y sobre el patrimonio; la exención total de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y transmisiones patrimoniales, y por último la exención de las contribuciones especiales y de la tasa de equivalencia, cada uno de ellos con las limitaciones y excepciones que se especifican en cada caso. Con lo que se evidencia la posibilidad de existencia de tales exenciones por separado, entre ellas la del ICIO, siempre que se cumplan las condiciones impuestas para cada una de ellas y con las limitaciones que se señalan, sin que para ello sea requisito necesario la previa exención del IBI.

En segundo lugar, si realmente la norma de 5 de junio de 2001 tiene naturaleza interpretativa es manifiesto que no puede ser objeto de interpretaciones sucesivas pues la interpretación se agota en el acto interpretativo, no siendo posibles sucesivas interpretaciones modificativas de la precedente, que es lo que se ha hecho. Y, finalmente, la Orden impugnada vulnera el mecanismo de resolución de dudas y dificultades que surjan en la interpretación y aplicación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, prevista en su artículo VI».

Con la anulación de esta posterior Orden ministerial, por tanto, cobra vigencia la anterior de 5 de junio de 2001.

3

El derecho comunitario de la competencia y su incidencia en la exención relativa al ICIO

3.1

Introducción

La consideración y aplicación del derecho comunitario de la competencia como fundamento normativo para resolver la controversia surge en el litigio seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid en los autos 247/2014, a instancia de la Congregación de Escuelas Pías - Provincia Betania contra el Ayuntamiento de Getafe, el cual denegó a la reclamante la exención prevista en el mencionado Acuerdo. La incidencia del derecho comunitario de la competencia se concreta en el marco de la prohibición general de ayudas estatales establecida en el art. 107 TFUE, en cuanto la exención de la que tratamos pudiera constituir una ayuda estatal prohibida, en

función de la naturaleza de la actividad a desarrollar en los inmuebles objeto de dicho impuesto local (una *actividad económica*).

Así, el juez (según expresa en la sentencia que decidió finalmente el asunto, n.º 1/2018, de 8 de enero), al tener serias dudas de que la norma del apartado segundo de la Orden de 5 de junio de 2001 podría constituir una ayuda incompatible con el mercado interior, en los términos establecidos en el artículo 107 TFUE, tras audiencia de las partes, planteó ante el TJUE la correspondiente cuestión prejudicial para que se pronunciara respecto a si resultaba contraria a dicho precepto «la exención a la Iglesia Católica del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, en relación con las realizadas en inmuebles destinados al desarrollo de actividades económicas que no tengan una finalidad estrictamente religiosa» (Auto de 26/01/2016).

La respuesta dada por el TJUE (Gran Sala), en sentencia de 27 de junio de 2017 (Asunto C-74/16), fue que «una exención fiscal como la controvertida en el litigio principal, de la cual se beneficia una congregación de la Iglesia Católica por las obras realizadas en un inmueble destinado al ejercicio de actividades sin una finalidad estrictamente religiosa, puede estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1, si tales actividades son de carácter económico y en la medida en que lo sean, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

3.2

La supremacía del derecho comunitario de la competencia

Ante todo debe tenerse presente que la efectiva integración de España en la UE (CEE) tuvo lugar el 1 de enero de 1986, y supuso y supone la asunción e íntegra aceptación por nuestro país del ordenamiento jurídico comunitario y, en particular y en lo que ahora interesa, de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, que es competencia exclusiva de la UE (conforme al art. 3.1.b], «la Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: (...) b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior»).

La premisa de la que parte el sistema económico de libre mercado o de mercado abierto, fundamento de la UE, es que las fuerzas intrínsecas del mismo crean una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la oferta de productos y servicios que otros sistemas económicos. No es en la práctica un sistema perfecto o de fácil consecución, sino solo en abstracto, porque la competencia no es perfecta: ciertas empresas en situación de distorsionar el sistema de fijación de precios pueden hacerlo efectivamente; otras pueden alcanzar acuerdos o materializar prácticas paralelas para restringir la

competencia e impedir la entrada o subsistencia de competidores; el ordenamiento y los poderes públicos pueden otorgar monopolios (repárese en los derechos subjetivos de exclusividad) y ***conceder ayudas y beneficios a ciertas empresas***. La libre competencia es una materia necesitada de regulación positiva y protectora, y es por ello que los Tratados de la Unión contemplan normas en garantía de la libre competencia y del mercado único europeo, que no se agota con la aplicación y desarrollo de previsiones acerca de los acuerdos restrictivos de la competencia y la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado (arts. 101 y 102 TFUE, antiguos arts. 81 y 82 del TCE); otras acciones estructurales son necesarias, como el control de las concentraciones empresariales, el control de las ayudas estatales y la política de liberalización de los sectores bajo monopolio.

Como es sabido, el derecho comunitario es de aplicación directa, no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares, creando en este sentido un orden jurídico excepcional que concede derechos fundamentales a los ciudadanos, y así lo tiene efectivamente en materia de la competencia, que se aplicará de acuerdo con (a) el principio de territorialidad objetiva: ámbito territorial, el de la UE, y (b) el principio del efecto: solo se aplican las normas comunitarias si los efectos se han producido en el interior de la UE, con independencia de dónde se hayan producido los actos. En caso de posible concurrencia con los ordenamientos internos de defensa de la competencia, la relación entre uno y otro viene determinada por (a) la eficacia directa, en este caso, del art. 107, considerada norma de orden público comunitario; y (b) la supremacía del derecho comunitario en caso de conflicto, que se manifiesta, entre otros aspectos, en que si el comportamiento está prohibido por el derecho comunitario, no puede ser autorizado por aplicación del derecho interno.

En suma, los Tratados Constitutivos de la Unión Europea fijaron como objetivo la consecución de un mercado interior competitivo y abierto que garantizara que las empresas compitieran en este espacio, y por este motivo, la política de concesión de ayudas por parte de los Estados miembros se considera como una auténtica amenaza para el mercado común, pues puede falsear gravemente la competencia e impedir que prevalezca el principio de igualdad de condiciones en el mercado interior.

3.3

Los preceptos relevantes

A tenor del art. 107 TFUE (antiguo art. 87 TCE):

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones -a tenor del art. 1.2 TFUE, por «Tratados» ha de entenderse el presente Tratado y el Tratado de la Unión Europea, sobre los que se fundamenta la Unión y que tienen el mismo valor jurídico-.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

El art. 108 (antiguo artículo 88 TCE) dispone lo siguiente:

1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a estos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior; cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

4. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al artículo 109, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado 3 del presente artículo.

Y a tenor del art. 109 (antiguo artículo 89 TCE):

El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 108 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento.

4

La STJUE de 27 de junio de 2017

4.1

Las «ayudas existentes» y las «nuevas ayudas»

Una cuestión relevante tratada por la STJUE es la distinción y aplicación al caso de las *ayudas existentes* y las *nuevas ayudas*, en el sentido de los apartados 1 y 3, respectivamente, del art. 108 TFUE.

Dado que el Gobierno español había afirmado en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia que, habida cuenta de que el Acuerdo de 3 de junio de 1979 se celebró antes de la adhesión del Reino de España a la Unión Europea, y de que la exención controvertida en el litigio principal se fundamenta en dicho Acuerdo, tal exención sería en todo caso constitutiva de una ayuda existente, indica el Tribunal que debe recordarse que, en el marco del sistema de control de ayudas estatales establecido en los artículos 107 y 108 TFUE, el procedimiento difiere según se trate de *ayudas existentes o de nuevas ayudas*. Mientras que, conforme al apartado 1 del artículo 108 TFUE, las ayudas existentes pueden seguir ejecutándose mientras la Comisión no haya declarado su incompatibilidad, el apartado 3 del mismo artículo 108 TFUE dispone que los proyectos dirigidos a conceder nuevas ayudas o a modificar ayudas existentes deberán notificarse a la Comisión con la suficiente antelación, y no podrán ejecutarse antes de que en dicho procedimiento haya recaído una decisión definitiva (sentencia de 26 de octubre de 2016, C590/14 P, apartado 45) (ap. 86).

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Acta de adhesión del Estado miembro de que se trate, constituye una «*ayuda existente*» toda ayuda que existiese antes de la entrada en vigor del Tratado en ese Estado miembro, es decir, los regímenes de ayudas y las ayudas individuales que se hubieran llevado a efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado, y que sigan siendo aplicables con posterioridad a la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, P, C6/12, apartado 42) (ap. 87).

En el presente asunto -indica el TJUE-, si bien es cierto que el artículo IV, apartado 1, letra B), del Acuerdo de 3 de enero de 1979, que establece una

exención total de los impuestos reales en favor de la Iglesia Católica española, es anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, no es menos verdad que el ICIO no se introdujo en el ordenamiento jurídico español hasta después de la adhesión, y que la exención fiscal controvertida en el litigio principal lo fue mediante la Orden de 5 de junio de 2001 (ap. 88).

En estas circunstancias -prosigue el TJUE-, si el órgano jurisdiccional remitente constataste la existencia de una ayuda estatal en favor de la Congregación, solo podría tratarse de una **nueva ayuda** en el sentido del artículo 108 del TFUE, apartado 3 -concluye el TJUE-.

Es decir, son «ayudas existentes» aquellas que existían con anterioridad a la entrada del Estado que las concede en la Unión Europea (o, como precisó la abogada general en sus conclusiones, aquellas cuyo efecto, potencial o real, de falseamiento de la competencia puede producirse o se produce con anterioridad a la adhesión del Estado a la Unión). Tales «ayudas existentes» están sometidas a un examen permanente de la Comisión (artículo 108.1 TFUE), pero pueden ejecutarse normalmente mientras la Comisión no diga lo contrario (Sentencia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, EU: C: 1994:100, apartado 20). Si la exención de la Iglesia Católica en el ICIO fuera calificada como «ayuda existente», el órgano jurisdiccional, o cualquier otro aplicador del derecho, podría considerarla legal mientras la Comisión no la declarara incompatible con el mercado interior. Esto es, la exención podría concederse mientras la Comisión Europea no lo prohibiera.

Las «nuevas ayudas», por el contrario, son aquellas cuyos efectos de falseamiento de la competencia se producen o pueden producirse en fechas posteriores a la adhesión a la UE del Estado miembro que las concede. Tales «nuevas ayudas» no pueden ejecutarse hasta que la Comisión las autorice (artículo 108.3 TFUE), es decir, para las «nuevas ayudas» rige una obligación de notificación a la Comisión y no pueden ejecutarse; si se ejecutaran, o sea, si se concedieran sin previo pronunciamiento de la Comisión, serían ilegales y, por tanto, el juez nacional y los aplicadores de las normas nacionales podrían entender que no procede conceder la exención porque hacerlo significaría ir contra el artículo 108.3 TFUE.

4.2

Requisitos para que las exenciones fiscales puedan constituir una ayuda estatal prohibida por el art. 107.1 TFUE

El TJUE, tras exponer los antecedentes del caso y la normativa estatal, analiza los requisitos para que la exención caiga en el ámbito de la prohibición del art. 107 TFUE. Advierte, a partir del auto de remisión, que la cuestión que se

ha planteado ante el órgano judicial remitente es si el artículo 107 TFUE se opone a que la Congregación, en virtud de la Orden de 5 de junio de 2001, que implementa el artículo IV, apartado 1, letra B, del Acuerdo de 1989 con la Santa Sede, pueda disfrutar de la exención fiscal controvertida en el litigio principal (apartado 28) en un inmueble destinado al ejercicio de actividades sin una actividad estrictamente religiosa (ap. 35), y constata que la Congregación desarrolla tres tipos de actividad en el Colegio «La Inmaculada» (ap. 52), «a saber: actividades estrictamente religiosas, enseñanza subvencionada por el Estado español y educación libre sin el apoyo financiero de dicho Estado miembros, además de prestar a sus alumnos servicios complementarios de restauración y de transporte».

En este contexto indica que, para dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta con elementos de interpretación útiles, procede responder a la cuestión no solo en relación con el art. 107 TFUE, apartado 1, sino también con el art. 108 TFUE, apartados 1 y 3, a los que ya hemos hecho referencia.

Sobre el concepto de «ayuda estatal» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1

Los requisitos para que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pueda hablarse de una ayuda estatal en el sentido del art. 107.1 TFUE, son los siguientes:

- debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales;
- tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros;
- debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario;
- debe falsear o amenazar con falsear la competencia (ap. 38).

Debe ser considerada en esta materia la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, DO 2009, que el Tribunal asume. Y, por la importancia del precedente, entre otras, la STJUE de 9 de octubre de 2014, C-522/13 (asunto Navantia).

Por otra parte, el derecho de la Unión en materia de competencia y, en particular, la prohibición establecida en el art. 107.1 TFUE, tienen por objeto las actividades de las «**empresas**» (sentencias del TJUE de 23 de marzo de 2006, C-237/04, aps. 27 y 28; y de 5 de marzo de 2015, C-93/13 P y C-123/13 P, ap. 88), por lo que debe examinarse si la Congregación puede ser calificada de *empresa* a estos efectos.

La jurisprudencia del TJUE conceptúa como empresa a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto

jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (ap. 41), siendo irrelevante su carácter público o privado (ap. 42).

En la medida en que la actividad de que se trate pueda calificarse de «*económica*», el hecho de que sea ejercida por una comunidad religiosa no obsta a la aplicación de las normas del Tratado, entre ellas las que regulan el derecho de la competencia (STJUE de 5 de octubre de 1988, 196/87, aps. 9 y 14) (ap. 43).

La calificación de «*actividad económica*» debe examinarse respecto de cada una de las distintas actividades ejercidas por una determinada entidad (Sentencia de 24 de octubre de 2002, C82/01 P, apartado 75, y de 1 de julio de 2008, C49/07, apartado 25) (ap. 44).

«Constituye una actividad económica toda actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado» (sentencia de 10 de enero de 2006, C222/04, apartado 108) (ap. 45).

El hecho de que la oferta de productos y servicios se haga sin ánimo de lucro no obsta para que la entidad que efectúa tales operaciones en el mercado deba ser considerada una empresa, cuando dicha oferta compita con las de otros operadores con ánimo de lucro (sentencia de 1 de julio de 2008, C49/07, apartado 27) (ap. 46).

Constituyen *servicios* que pueden ser calificados de «actividades económicas» las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración. La característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye la contrapartida económica de la prestación considerada (véase, por analogía, la sentencia de 11 de septiembre de 2007, C76/05, apartados 37 y 38 y jurisprudencia citada).

En estas circunstancias, debe considerarse que los cursos que imparten centros de enseñanza financiados esencialmente con fondos privados que no proceden del propio prestador de los servicios *constituyen servicios*, puesto que el objetivo perseguido por tales centros consiste, en efecto, en ofrecer un servicio a cambio de una remuneración (véanse, por analogía, las sentencias de 11 de septiembre de 2007, C76/05, apartado 40, y de 11 de septiembre de 2007, C318/05, apartado 69) (ap. 48).

Ahora bien, no cabe afirmar lo mismo por lo que respecta a los cursos impartidos por determinados centros que forman parte de un *sistema público de enseñanza y que se financian, total o parcialmente, con cargo a fondos públicos*. En efecto, al establecer y mantener tal sistema público de enseñanza, financiado por lo general con cargo a fondos públicos y no por los alumnos o por sus padres, el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple su misión hacia la población en los ámbitos social, cultural y educativo (véanse, por analogía, las sentencias de 11 de septiembre de 2007,

C76/05, apartado 39, y de 11 de septiembre de 2007, C318/05, apartado 68) (ap. 50).

En este contexto, no se descarta que un mismo centro pueda ejercer diversas actividades, económicas y no económicas, al mismo tiempo, siempre que mantenga una contabilidad separada por lo que respecta a la diferente financiación recibida, de modo que se excluya todo riesgo de subvención «cruzada» de sus actividades económicas mediante fondos públicos de los que se beneficia en relación con sus actividades no económicas (ap. 51).

En el presente asunto, consta que la Congregación desarrolla tres tipos de actividad en el colegio «La Inmaculada», a saber: actividades estrictamente religiosas, enseñanza subvencionada por el Estado español, y educación libre sin el apoyo financiero de dicho Estado miembro. Además, la referida entidad presta a sus alumnos servicios complementarios de restauración y de transporte (ap. 52).

Ahora bien, dado que la exención fiscal controvertida en el litigio principal afecta a la reforma y ampliación del salón de actos del colegio «La Inmaculada», y que la Congregación ha destacado en la vista ante el Tribunal de Justicia que dicho salón de actos se destina únicamente a las actividades de enseñanza que propone, la referida exención no está relacionada ni con las actividades estrictamente religiosas de dicha entidad ni con los servicios complementarios mencionados en el apartado anterior (ap. 53).

En este contexto, para poder aplicar a dicha exención la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de lo indicado en los apartados 41 a 51 de la presente sentencia, *si las actividades pedagógicas desarrolladas por la Congregación revisten o no carácter económico y, en su caso, cuáles de entre ellas tienen tal carácter* (ap. 54).

A este respecto, teniendo en cuenta las precisiones concordantes aportadas en la vista ante el Tribunal de Justicia por la Congregación, el Ayuntamiento y el Gobierno español, *es evidente que las actividades de enseñanza subvencionadas por el Estado español se insertan en el sistema público de enseñanza primaria y secundaria de dicho Estado miembro*, puesto que la enseñanza en el colegio «La Inmaculada» se imparte en virtud de un concierto celebrado entre la Congregación y la Comunidad de Madrid *-financiado en su totalidad con cargo a fondos públicos-* y de conformidad con los requisitos que en él se establecen (ap. 55).

De ser correcta esta información, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, *las actividades de enseñanza de la Congregación subvencionadas por el Estado español no podrían calificarse de «eco-*

nómicas» con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que se ha hecho referencia en los apartados 41 a 50 de la presente sentencia (ap. 56).

En cambio, teniendo en cuenta la información proporcionada en la vista ante el Tribunal de Justicia por la Congregación, el Ayuntamiento y el Gobierno español, ***las actividades de enseñanza de la Congregación no subvencionadas por el Estado español, correspondientes a la enseñanza preescolar, extraescolar y postobligatoria, parecen reunir todos los requisitos señalados en los apartados 44 a 49 de la presente sentencia para ser calificadas de «actividades económicas»***, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente (ap. 57).

En efecto, se considera que esas actividades no son financiadas por el Estado español, sino que se trata de actividades organizadas por la propia Congregación y financiadas fundamentalmente mediante contribuciones financieras privadas -en especial de los alumnos y de sus padres- a los costes escolares (ap. 58).

Si, una vez concluida dicha comprobación, el órgano jurisdiccional remitente considerase que las actividades de enseñanza de la Congregación no subvencionadas por el Estado español constituyen una «actividad económica», tendría aún que comprobar si el salón de actos del colegio «La Inmaculada» se dedica a un uso que corresponda exclusivamente a una u otra de tales actividades de enseñanza, ***o a un uso mixto*** (ap. 59).

En efecto, si el uso del salón de actos estuviese reservado únicamente a las actividades de enseñanza subvencionadas por el Estado español, que reúnan todos los requisitos señalados en el apartado 50 de la presente sentencia, la exención fiscal controvertida en el litigio principal no podría estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1 (ap. 60).

En cambio, si el uso del salón de actos se dedicase únicamente a actividades de enseñanza realizadas por la Congregación sin subvención del Estado español, que reúnan todos los requisitos señalados en los apartados 44 a 49 de la presente sentencia, la exención controvertida en el litigio principal podría estar comprendida en el ámbito de dicha prohibición (ap. 61).

En el supuesto de un ***uso mixto del salón de actos***, la exención fiscal controvertida en el litigio principal podría estar comprendida en el ámbito de la referida prohibición, ***en la medida en que el salón de actos se destine a actividades que reúnan los requisitos señalados en los apartados 44 a 49 y 51 de la presente sentencia*** (ap. 62).

De las anteriores consideraciones se desprende que la exención fiscal controvertida en el litigio principal solo puede estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1, si, por un

lado, al menos una parte de las actividades de enseñanza desarrolladas por la Congregación en el colegio «La Inmaculada» ha de calificarse de «actividad económica», en el sentido de la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia en los apartados 44 a 49 de la presente sentencia, y si, por otro lado, el salón de actos de dicho colegio se destina, al menos en parte, a tales actividades económicas.

Debe comprobarse, además, si es que el salón de actos se destina a actividades realizadas por la Congregación que hayan de calificarse de «económicas», si, en una situación como la que es objeto del litigio principal, se cumplen los cuatro requisitos señalados en el apartado 38 de la presente sentencia.

Sobre el **concepto de «ventaja económica selectiva»** (si la exención fiscal controvertida otorga una ventaja a su beneficiario), es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, se consideran ayudas estatales las intervenciones que, bajo cualquier forma, ***puedan favorecer directa o indirectamente a las empresas, o que deban calificarse de ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado*** (sentencia de 9 de octubre de 2014, Navantia, C522/13, apartado 21) (ap. 65).

Así, se consideran ayudas, entre otras, las intervenciones que, bajo formas diversas, ***alivian las cargas*** que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, ***sin ser subvenciones en el sentido estricto del término***, tienen la misma naturaleza y surten efectos idénticos (sentencia de 19 de marzo de 2013, Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión y otros y Comisión/Francia y otros, C399/10 P y C401/10 P, EU:C:2013:175, apartado 101) (ap. 66).

En el presente asunto, del auto de remisión se desprende, por una parte, que, conforme al artículo 100, apartado 1, y al artículo 101, apartado 1, del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, toda empresa que realice obras como las del litigio principal es sujeto pasivo del ICIO, y que la Congregación abonó el impuesto devengado por este concepto. Por otra parte, del mismo auto se deduce que el efecto de la exención fiscal controvertida en el litigio principal sería la devolución a la Congregación del impuesto abonado por ella (ap. 67).

En estas circunstancias, es preciso considerar que el ICIO es un impuesto normalmente adeudado por todos los contribuyentes que realicen las obras de construcción o de reforma objeto de dicho impuesto, y que la exención controvertida en el litigio principal tendría por efecto aliviar las cargas que recaen sobre el presupuesto de la Congregación. Por consiguiente, es evidente que tal exención fiscal conferiría una ventaja económica a la Congregación (ap. 68).

Además, de la Orden de 5 de junio de 2001 resulta que la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas disfrutaban de una exención total y permanente del ICIO. Por tanto, resulta que la referida Orden no es una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos, sino una medida *a priori* selectiva (ap. 70).

Dicho esto, de jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «ayuda estatal» no se refiere a las medidas estatales que establecen una diferenciación entre empresas -y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas- cuando esta diferenciación resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscriben, circunstancia que debe demostrar el Estado miembro afectado (sentencia de 9 de octubre de 2014, Navantia, C522/13, apartado 42) (ap. 71).

Ahora bien, en el presente asunto no se deduce de ningún dato obrante en los autos presentados al Tribunal de Justicia que la exención fiscal establecida mediante la Orden de 5 de junio de 2001 se derive directamente de los principios fundadores o rectores del sistema tributario del Reino de España, ni que sea necesaria para el funcionamiento y la eficacia de este sistema (ap. 72).

Por ello se cumple en este caso el requisito de la existencia de una ventaja económica selectiva (ap. 71 y 73).

Sobre el concepto de «**ayuda otorgada por el Estado o mediante fondos estatales**», para que una ventaja pueda ser calificada de ayuda en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, es necesario, por una parte, que sea otorgada directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra parte, que sea imputable al Estado (sentencia de 19 de diciembre de 2013, C262/12, apartado 16) (ap. 74).

Por lo que respecta, en primer lugar, al requisito de la imputabilidad de la medida, basta con señalar que la exención fiscal controvertida en el litigio principal deriva directamente de la Orden de 5 de junio de 2001, adoptada por el Ministerio español de Hacienda, y tiene su origen en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, celebrado y aplicado por el Estado español (ap. 75).

En segundo lugar, en cuanto al requisito de que la ventaja se otorgue directa o indirectamente mediante fondos estatales, no se discute que la exención controvertida en el litigio principal, que supone la supresión de una carga que normalmente gravaría el presupuesto de la Congregación, tiene como corolario una disminución de los ingresos del Ayuntamiento en la cuantía correspondiente.

En estas circunstancias, se cumple el requisito de la intervención del Estado mediante fondos estatales.

Sobre los *conceptos de ayudas que «afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros»* y que *«falseen o amenacen falsear la competencia»*: en cuanto a los requisitos relativos a la incidencia de una ventaja económica en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y a la distorsión de la competencia que puede suponer, es preciso recordar que, a efectos de la calificación como ayuda estatal de una medida nacional, *no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda de que se trate en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y la distorsión efectiva de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia* (sentencia de 21 de diciembre de 2016, C76/15, apartado 102) (ap. 79).

Concretamente, cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro refuerza la posición de determinadas empresas en relación con otras empresas competidoras en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, debe considerarse que la ayuda afecta a tales intercambios. A este respecto, *no es necesario que las empresas beneficiarias participen en los intercambios comerciales entre los Estados miembros*. En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a empresas, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión (sentencia de 21 de diciembre de 2016, C76/15, apartado 104) (ap. 79).

En cuanto al requisito de la *distorsión de la competencia*, hay que subrayar que las ayudas que tienen por objeto liberar a una empresa de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales, con los que normalmente debería haber cargado, falsean, en principio, las condiciones de competencia (sentencia de 26 de octubre de 2016, C211/15 P, apartado 66) (ap. 80).

En el asunto principal, es posible que la exención del ICIO de la que pudiera disfrutar la Congregación tenga como consecuencia hacer más atractiva la prestación de sus servicios de enseñanza, en relación con la prestación de servicios de centros también activos en el mismo mercado (ap. 81).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE a **las ayudas de minimis**, en relación con su considerando 8, se considera que las ayudas que no superen el límite de 200 000 euros en un período de tres años no afectan a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, ni falsean ni amenazan con falsear la competencia, de modo que tales medidas no están incluidas en el concepto

de ayudas estatales (sentencia de 8 de mayo de 2013, C197/11 y C203/11, apartado 81) (ap. 82).

A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si en el presente asunto se alcanza tal umbral, teniendo en cuenta que únicamente podrán tomarse en consideración, a los efectos del correspondiente cálculo, las ventajas de las que haya disfrutado la Congregación en relación con sus eventuales actividades económicas, de modo que las actividades no económicas deben quedar excluidas de dicho cálculo, con arreglo a lo indicado en los apartados 41 a 63 de la presente sentencia.

Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de los elementos interpretativos que preceden y sobre la base de todas las circunstancias pertinentes del asunto del que conoce, si la exención controvertida en el litigio principal puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, y si el Reglamento n.º 1998/2006 es de aplicación en el presente asunto.

El TJUE recuerda en este punto que si el tribunal albergase dudas por lo que respecta a la determinación del importe de las ayudas de las que pudiera haberse beneficiado la Congregación por sus eventuales actividades económicas, siempre tendrá la posibilidad, además de solicitar la colaboración de otros órganos del Estado miembro afectado, de pedir ayuda a la Comisión a tales efectos, con arreglo al principio de cooperación leal, como se desprende en particular de los apartados 77 a 96 de la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (DO 2009, C 85, p. 1) (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de febrero de 2014, Mediaset, C69/13, EU:C:2014:71, apartado 30).

Habida cuenta de todas las consideraciones precedentes, debe responderse a la cuestión prejudicial planteada que una exención fiscal como la controvertida en el litigio principal, de la cual se beneficia una congregación de la Iglesia Católica por las obras realizadas en un inmueble destinado al ejercicio de actividades sin una finalidad estrictamente religiosa, puede estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1, si tales actividades son de carácter económico y en la medida en que lo sean, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

ICIO: impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras

TLHL: Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La consolidación como cauce diferencial con el acceso al empleo público. El supuesto de la Administración local

MARCOS PEÑA MOLINA

*Jefe del Servicio de Asesoría Jurídica del
Excmo. Ayuntamiento de Camas.*

Abogado.

Profesor de Derecho Administrativo

1. La relación constitucional entre la estabilidad en el empleo y la dignidad de la persona
2. Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). Análisis crítico
3. Los procesos selectivos de consolidación de empleo público. Pruebas selectivas referidas al puesto de trabajo desempeñado
4. A modo de conclusión

Resumen

Se discute siempre en las organizaciones públicas sobre cómo se ha de llevar a cabo la fijeza de aquellos que llevan largo tiempo prestando servicios públicos precaria y temporalmente.

Hoy, las normas dedicadas a la Función Pública utilizan el término «estabilización». Un eufemismo para posibilitar el sistema de concurso-oposición «simple», que solo es un sistema de acceso al empleo público. El utilizar un concurso no supone «estabilizar» absolutamente nada, salvo

Artículo recibido el 19/12/2018; aceptado el 08/04/2019.

que se cuantifiquen los servicios prestados en un puesto determinado. Y se hace conscientemente esta puntualización, puesto y no plaza.

El Tribunal Constitucional (TC) elaboró una doctrina sobre el sistema de «consolidación». Y puso de relieve una cuestión importante: aquellos que prestan servicios en las Administraciones públicas, ya han demostrado su capacidad. Lo que deben demostrar ahora es su mérito.

El TC ha visto en el proceso de consolidación «real» un proceso excepcional. Y ello por cuanto que supone un desvío controlado de los artículos 14 y 23.2 de la CE, aunque no una lesión que requiera un amparo tutelar, si no se vulnera lo «tolerable» en la cuantificación de los servicios prestados.

En el 2003, el TC asentó una clara doctrina sobre la consolidación del personal temporal. Si se quiere consolidar, no son adecuados ni la oposición libre, ni a veces el simple concurso-oposición. De ahí la eutaxia de la Disposición Transitoria Cuarta del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

Se hace, por tanto, necesario separar dos instituciones jurídicas distintas: el acceso al empleo público que puede llevarse a cabo por los cauces del concurso-oposición, cuando así esté autorizado legal y funcionalmente, y la consolidación, proceso jurídico-organizativo que tiene como objeto estabilizar el vínculo jurídico-laboral del empleado público con la entidad pública contratante, mediante unas pruebas selectivas en las que se *debe* contabilizar, adecuada y proporcionadamente, el tiempo prestado en el puesto desempeñado en aquella.

Palabras clave: *entidades públicas; local; consolidación; estabilización; empleo temporal; proceso; Tribunal; Constitucional; dignidad personal; derechos humanos; organizaciones públicas; indefinidos; no fijos; interinos; acceso; empleo público; temporal.*

Consolidation as a differential form in the access to public employment. The case of the local administration

Abstract

There is a long-standing debate in public organizations about how face the permanency of those employees who have been providing precarious and temporary public services for a long time.

Nowadays, legislation on public employment uses the term “stabilization”. This is an euphemism to allow the “simple” competition-opposition system, which is only one system of access to public employment. The use of a competition-opposition does not mean “stabilize” unless you take into account the services provided in the past in a given position. And this last point is made consciously, position and not place.

The Spanish Constitutional Court (SCC) has developed a doctrine on the system of “consolidation”. The SCC highlights an important issue: those who have been providing services in public administrations have already demonstrated their capacity. They must demonstrate their merit in the opposition-system.

The SCC has conceptualized a “real” consolidation process as an exceptional process. This is the case because this process is a “controlled” deviation of articles 14 and 23.2 of the Spanish Constitution, but not a violation which opens the door to the constitutional individual complaint (recurso de amparo) in the case that were no an infringement of the minimum standard regarding the quantification of the services provided.

In 2003, the SCC established a clear doctrine regarding the consolidation of temporary staff. If you want to consolidate, neither free opposition nor sometimes simple competition-opposition are appropriate. From this doctrine comes the eutaxia of the Fourth Transitory Provision of the Consolidated Text of the Basic Statute of the Public Employee.

Therefore, it is necessary to separate two different legal institutions: (i) the access to public employment that can be carried out through the channels of the opposition-competition, when it is legally and functionally authorized, and (ii) the consolidation, a legal-organizational process whose object is to stabilize the legal-labor link of the public employee with the contracting public entity through a selective tests in which the time loaned in the position performed must be adequately and proportionally taken into account.

Keywords: public entities; local; consolidation; stabilization; temporary employment; process; Court; Constitutional; personal dignity; human rights; public organizations; permanent staff; non-permanent staff; temporary staff; access; public employment; temporary.

1

La relación constitucional entre la estabilidad en el empleo y la dignidad de la persona

El artículo 35 de la Constitución española, cuando proclama el derecho al trabajo y a la promoción profesional, no solo está asentando un derecho de la persona (aunque específica del ciudadano) que debe constituir necesariamente un valor informador para la política social y económica de los poderes públicos, sino también un axioma material que constituya un sustrato fundamental en un sistema democrático como fundamento de gobierno basado en la justicia social (Rawls)¹.

El derecho a la estabilidad en el trabajo y, por ende, las relaciones laborales que de aquel nacen, deben responder a una premisa básica, tanto en el sector público como en el privado, a saber: el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE), frontispicio de todos los derechos consagrados en la Norma Fundamental. Si el trabajo no es el medio para poder conseguir un desarrollo digno de la persona, de su mantenimiento como ser moral como fin en sí mismo y no como medio de otros (Kant)², de su propia personalidad individual y social, así como de su propia familia, el contenido social de la Constitución decae y con él la definición del Estado español como un Estado *social* y democrático de Derecho.

Dicha definición de Estado, original del jurista alemán Hermann Heller³, al que el contenido material o social de la democracia era el único presupuesto o fin para la existencia de un Estado constitucional democrático, ha sido el paso necesario para el desarrollo del definido, a partir de la década de los cuarenta, como el Estado del Bienestar.

La materialización constitucional del derecho al trabajo, como un derecho del ciudadano, debe interpretarse, a pesar de su colocación sistemática en el texto constitucional, como un principio rector de la política laboral en toda su extensión, sin perjuicio de las referencias constitucionales en los artículos 39.1 y

1. Vid. RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia* (1971). Ed. Fondo de Cultura Económica de España, 6.ª ed. 2006, pág. 13.

2. Vid. KANT, I.: *La Metafísica de las Costumbres* (1785). Ed. Tecnos, 4.ª ed. 2005, págs. 122 y ss.

3. Vid. HELLER, H.: *Teoría del Estado* (1934). Ed. Fondo de Cultura Económica, 6.ª ed. 1971, págs. 217, 221 y ss.

40, que empuja a los poderes públicos a tener que remover aquellos obstáculos, aquellas situaciones que por inadecuadas, irregulares y contrarias a Derecho, impidan el ejercicio pleno de aquel derecho (art. 9.2 de CE).

Ello no significa la escenificación utópica de tener que conseguir un pleno empleo real y consolidado. Lo que representa es la necesaria tendencia a la que debe dirigirse la acción política y con ella la institución constitucionalmente llamada a garantizar y proteger los derechos individuales y colectivos, esto es, el poder judicial.

Dicho principio debe ser utilizado, sin duda, como instrumento hermenéutico de la normativa laboral, marco definidor de las relaciones laborales.

Consagrado un esquema constitucional donde el binomio estabilidad del trabajo-dignidad personal van de la mano, la Administración pública, estructura jurídico-pública de sostenimiento y canalización del Poder Ejecutivo, debe proceder conforme a dicho esquema, a fin de que dicha tendencia constitucional se satisfaga.

Si dicho esquema básico constitucional del principal derecho social individual debe ser garantizado en las relaciones laborales con los operadores económicos privados, tiene que ser una exigencia más intensa si cabe para aquellos cuya vida laboral está volcada en la prestación de los servicios públicos, concepto básico y nuclear de un Derecho Público que no solo es regulador y dique de contención del *imperium* estatal, sino garante de servicios que por su importancia deben ser definidos como servicios de satisfacción de intereses sociales mayoritarios, que no es sino el significado materialista del interés general.

Esta expresión axiomática constitucional informa a todo el Ordenamiento Jurídico, y por ende, a todas aquellas situaciones sociales y laborales que tengan por objeto el conseguir un trabajo de calidad, entendiendo por este un trabajo con una remuneración suficiente y con la adecuada seguridad de su pervivencia. Sin ello, ningún proyecto de vida puede ser no solo desarrollado, sino ni siquiera iniciado. No podemos olvidar que la protección de la familia constituye un principio rector de la política social y económica de los poderes públicos (art. 39.1 de la CE).

La estabilidad *real* en el empleo, y, por tanto, en el empleo que se desarrolla en el Sector Público, es una exigencia social, un axioma político y un fundamento de la constitución material.

Fuera de antecedentes legislativos más o menos lejanos, en el ámbito de la Función Pública, es la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), la que determina el proceso de consolidación para conseguir una estabilidad *real* de las relaciones jurídico-laborales temporales.

De acuerdo con dicho precepto, la Administración podrá consolidar, mediante la oportuna convocatoria, plazas o puestos que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005.

Al análisis de dicho precepto procedemos.

2

Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). Análisis crítico

El TREBEP, que recoge el testigo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el precepto transitorio referido, yerra a la hora de determinar qué puede consolidarse. Expone el legislador de la Función Pública:

1. Las Administraciones públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.

La lectura del primer párrafo puede inducir a la conclusión de que puede consolidarse la plaza o el puesto que está siendo ocupado interinamente.

Pues bien, sin perjuicio de que se trata de dos conceptos *distintos*, ya hemos manifestado en otras ocasiones que difícilmente una plaza puede tener carácter temporal, ya que entonces no es una plaza, sino un puesto; debiéndose tener presente, además, que lo que se estabiliza, lo que se consolida y cristaliza jurídica y organizativamente, no es sino el *vínculo sinalagmático* del que nacen los derechos y obligaciones del empleador con el empresario (Administración).

La consolidación es un instrumento jurídico de afianzamiento organizativo; un proceso de fijez del nexo jurídico de unión entre el empleado público y la entidad pública, fuente de derechos y obligaciones recíprocas.

Un puesto es un conjunto de funciones singularizadas desempeñadas por una unidad administrativa. La plaza, el número de unidades administrativas, que con dotación presupuestaria adecuada, suficiente y *permanente*, desempeñan esas funciones singulares y definidas, como cúmulo de tareas que determinan el puesto. Es difícil, por tanto, encontrar una plaza que no sea estructural por permanente. Para que se entienda mejor pondremos un ejemplo. El puesto de «operario de limpieza viaria» es un solo puesto. Ahora bien, pueden existir dentro de la organización pública distintas plazas que sean *el puesto* de «operario de limpieza viaria».

En definitiva, una plaza no puede ser temporal, un puesto sí, encontrándonos con este cuando se produce una contratación por una acumulación de tareas, para hacer una obra determinada o un servicio específico.

Por tanto, la plaza debe evocarnos permanencia y estabilidad. Así, el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2 de Ciudad Real, en la reciente sentencia de 29 de mayo de 2017, vino a decir que estructurabilidad y permanencia son sinónimos. Las plazas que sean permanentes y fijas por desarrollar prestaciones de larga duración son estructurales.

La norma básica de Función Pública, al decir «estructural», quiso decir «imprescindibles» o al menos «nucleares» para la prestación de servicios públicos que fuesen básicos para la entidad municipal.

Un elemento estructural es un elemento básico que sujeta un cuerpo. Por tanto, la estructura debe ser permanente y fija, si se quiere que el cuerpo sujeto perdure.

En el ámbito local, son estructurales por básicas, además de las plazas que incluyan puestos vinculados a servicios municipales públicos *ad extra*, aquellas que sean necesarias para trámites burocráticos/administrativos *ad intra*, así como aquellas consideradas como esenciales, de acuerdo con la política municipal que se desarrolle dentro del ámbito competencial municipal.

Por otra parte, el precepto fija un límite temporal que más tarde abordaremos.

El punto segundo y tercero de la Disposición Transitoria debe interpretarse de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y constitucional existente, al que deberemos, como operadores jurídicos, señalar algún matiz.

Es necesario reseñar sobre la aplicación de dichos párrafos que el operador jurídico no puede pretender convertir, por purista o formalista, un proceso de consolidación de empleo temporal en un proceso normal de acceso al empleo público. Entre otras razones, porque si no la Disposición Transitoria Cuarta no tendría sentido de existencia, por innecesaria.

De ello se deriva que tendremos que conformar un proceso de consolidación de acuerdo con el espíritu de la norma, que exigirá la correspondiente pon-

deración entre los principios que informan las relaciones laborales, y entre ellos, el de estabilidad en el empleo, y el adecuado y equitativo cauce selectivo para llevar a cabo la consolidación.

Tampoco podemos irnos al otro extremo. El comportamiento español se caracteriza, muchas veces, por su maniqueísmo condicionado. Dichas actuaciones se producen hasta en la aplicación del Derecho. O hacemos procesos de consolidación que no se diferencian en nada de un proceso de acceso por turno libre, o hacemos procesos de paja para asegurar artificiosamente que se han cumplido los estándares de calidad exigidos constitucionalmente para ser empleados públicos. En muchas ocasiones el equilibrio brilla por su ausencia.

Trayendo la Metafísica aristotélica a estas consideraciones, diremos que la justa razón se halla en la justa medida de todas las cosas. El proceso deberá ser de consolidación, pero no de simulación, fingimiento o teatralidad. Dichas situaciones fraudulentas no hacen más que afectar y perjudicar negativamente a los que verdaderamente quieren consolidar conforme a los más elementos parámetros de Justicia.

Por tanto, la consolidación requerirá necesariamente la contabilización de la experiencia en el puesto de trabajo que se pretenda consolidar. Pero en ningún caso podrá ser el elemento calificador mayoritario y dominador del proceso para conseguir la consolidación.

Ni un caso, ni el otro. Si consideramos simplemente que es un proceso selectivo más, solo tendremos acceso al empleo público en aras de atender lo específicamente regulado en el artículo 171.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que determina la aplicación del concurso-oposición para determinados cuerpos funcionariales, o por lo genéricamente previsto en los artículos 61.1 y 3 del TREBEP y normas concordantes en este aspecto, que prevén el concurso-oposición como sistema de acceso general.

Las leyes de presupuestos del Estado, tanto de 2017 como de 2018 (LGP), han introducido un término eufemístico para la reducción del empleo temporal. Lo llaman «estabilización».

El legislador estatal parece contentarse con realizar unas pruebas selectivas que conlleven un eventual «concurso» para considerar, de esta forma, que se da cumplimiento al mandato constitucional del derecho a la estabilidad en el empleo.

No obstante, se ha de decir que ese posible concurso al que aludimos no lo ordena en modo alguno la norma citada, por cuanto que el artículo 19.uno.6 de la LGP, tanto de 2017 como de 2018, se refiere únicamente a procesos que garantizan con carácter general los principios constitucionales, pudiendo ser objeto de negociación sindical o representativa.

A mi juicio, no es que se deba negociar, es que se *tiene* que negociar, por cuanto que afecta a condiciones laborales básicas, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 31.1 del TREBEP.

Con ello, debemos entender que el concurso-oposición «simple» no es el medio apto para consolidar, sino únicamente para acceder al empleo público; dos figuras distintas que no deben confundirse, ya que responden a finalidades distintas.

No debemos olvidar que el empleado público temporal, pero de *larga duración*, que presta servicios en la Administración pública, tiene acreditada su «capacidad» por el ejercicio habitual y normal de sus funciones públicas que cada día desempeña. Lo que debe evidenciar, ahora, es su «mérito», a fin de que la estabilización de su vínculo jurídico, que es lo que verdaderamente se consolida, se conforme de acuerdo con las exigencias constitucionales para el ejercicio de la función pública.

Por desgracia, dicha situación ha sido interpretada de forma sesgada por alguna parte de la doctrina (Jiménez Asensio), que en aras de criticar prácticamente toda «estabilización» con el argumento de que lo que se persigue es «aplantillar» llana y simplemente, a mi criterio, hace descansar injustamente, por generalista, todas las situaciones de abuso o de irregularidad en la parte más débil de la relación de servicios: el trabajador. En situaciones de abuso, como consecuencia de contrataciones irregulares de larga duración, la práctica (y no la teoría) ha demostrado que los efectos perversos de una mala gestión de los recursos humanos siempre afectan al trabajador y prácticamente nunca al gestor público. Por ello, es responsabilidad de los operadores jurídicos dar soluciones claras, reales y responsables a un problema real de las Administraciones públicas, que no es sino la precariedad laboral de una gran parte de sus trabajadores.

Si lo que se afirma es que las soluciones que se proponen son (mal) «intencionadas», se orilla completamente por esta parte de la doctrina que lo que nos encontramos en estas situaciones no es sino un auténtico «abuso de derecho» por quien es empleador (José Montenegro Baca), utilizando la institución de la empleabilidad en contra de su espíritu y finalidad: «En el abuso del derecho el ejercicio de este es efectuado en forma irregular, anormal, desviada de su fin y lastimando los imperativos humanos de solidaridad social y la relatividad de los derechos, por lo cual merece apreciación peyorativa»⁴. Definición que a pesar de estar destinada a las relaciones laborales jurídico-privadas es perfectamente aplicable al sector público, pues no debemos olvidar lo que ya dijo nuestro Tribunal Constitucional: la Administración se convierte en un auténtico empresario

4. Cfr: BACA MONTENEGRO, J. (1966): «Definición y concepto de estabilidad laboral», en *Revista de Política Social*, n.º 70, pág. 176.

cuando acude a la contratación laboral, quedando, en tal caso, vinculada por las reglas de aquel ordenamiento jurídico. Sostener una argumentación contraria vulneraría el principio de legalidad contemplado en el art. 9.3 CE, el cual informa la actuación de toda Administración pública: «no puede entenderse que la Administración, cuando actúa como empresario sometida al derecho privado y contrate trabajadores, queda exenta del cumplimiento del derecho laboral, pudiendo ir incluso contra el mismo; de forma que el contrato de trabajo celebrado con la Administración pública, debe regirse, tanto en su nacimiento como en su desarrollo por la normativa laboral, pues de lo contrario vulneraría el art. 9.1 CE, precepto que vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, y contra el art. 24 CE» (STC de 22 de marzo de 1988).

Como quiera que no podemos olvidar que estamos en el marco del empleo de las organizaciones administrativas que prestan servicios públicos, y cuyo marco de relaciones prestacionales se halla presidido por principios constitucionales que blindan el acceso al empleo público, se deberá ponderar necesariamente dichos aspectos axiológicos informadores del empleo público con la correspondiente sanción al abuso de derecho del empleador, lo que deberá vertebrarse mediante la correspondiente consolidación laboral, garantizándose, siempre, la profesionalidad antes que el oportunismo.

Las posiciones fundamentalistas y ajenas a la realidad de las organizaciones, en este tipo de situaciones, se topan de bruces con el principio de justicia que informa todo el ordenamiento jurídico español, y con el derecho comunitario, que ha venido a considerar que «el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores»⁵.

En este sentido, la doctrina legal y jurisprudencial que ahora se expondrá permite consolidar de forma real y justa.

Al respecto, el TC ha considerado lo siguiente (sentencia n.º 107/2003, de 2 de junio -BOE núm. 156, de 1 de julio de 2003, ECLI:ES:TC:2003:107-):

La finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un periodo más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso

5. Sentencias del TJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C—212/04, EU:C:2006:443, apartado 62; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C—362/13, C—363/13 y C—407/13, EU:C:2014:2044, apartado 55; de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C—22/13, C—61/13, C—63/13 y C—418/13, apartado 73; y de 14 de septiembre de 2016, C—16/15 (LA LEY 111185/2016), María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 27.

los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado. La valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, esta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública.

Es decir, para estabilizar hay que consolidar, y para consolidar hay que contabilizar la experiencia en el puesto de trabajo. Cuestión distinta es hasta qué punto debe computarse y qué pruebas son las que deben ser desarrolladas para acreditar la aptitud constitucionalmente exigida.

3

Los procesos selectivos de consolidación de empleo público. Pruebas selectivas referidas al puesto de trabajo desempeñado

Dispone la Disposición Transitoria Cuarta del TREBEP, en su apartado tercero, lo siguiente:

El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

El concurso-oposición de consolidación que se desarrolle deberá tener como pruebas de oposición que determinen la cualidad del mérito solo aquellas que tengan como objeto acreditar ciertamente la aptitud, inteligencia lógica, competencia y habilidad del candidato en el desarrollo de las tareas que conformaban su puesto. Esto es, que el candidato no solo posea una capacidad general para prestar un servicio determinado, sino también una validez operativa y cualitativa para desempeñar ese puesto. Y ello, con independencia de que lo estuviera desempeñando con anterioridad. Ahora, deberá demostrar que es el adecuado para el mismo. Ese es su reto y esa es su oposición.

Lo expuesto no debe llevarse al extremo de circunscribir las pruebas a solo y nada más que aquello que se realiza habitualmente en el ayuntamiento. Las pruebas deben acreditar competencias, y esas deben estar referidas a una globalidad de tareas y aptitudes que requerirá el puesto de trabajo. Pero tampoco puede particularizarse de tal forma que el proceso, por parcial, sea irregular, haciendo inútil la concurrencia (STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, de 22 de junio de 2001 [JUR2001\241031]; si bien, se ha de decir que la sentencia confunde plaza con puesto).

Otro de los problemas que surgen a la hora de consolidar es la extensión del temario que constituya la base teórica de la oposición. Se ha interpretado, diferenciando acceso de consolidación, que la extensión del temario puede ser acortada, previa negociación con los representantes de los empleados públicos.

En este sentido, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 8 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, y sobre todo lo especificado en su apartado primero, y llevándose a cabo una interpretación analógica con lo que se regula para la promoción interna (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 293/2017, de 31 mayo 2017, Rec. 37/2017), la extensión de los temas puede ser acortada.

En este sentido, suscribiendo la argumentación que expone la sentencia anteriormente citada, pero aplicada al proceso de consolidación, se puede afirmar que esa limitación en el programa se puede llevar a cabo teniendo en cuenta que los aspirantes ya son empleados del sector público de larga duración, y que existe una fase de concurso en la que, con carácter previo a la de oposición, se valoran los méritos acreditados por los candidatos, debiéndose añadir además que serían ilusorios la consolidación y el derecho a la estabilidad del empleo si la exigencia a los aspirantes fuera idéntica a la de aquellos que participan por el sistema de oposición.

La práctica comparada permite afirmar que un número de temas adecuado en un proceso de consolidación sería: para los A1: 40 temas; para los A2: 30 temas; para los C1: 20 temas; para los C2: 15 temas; y para los AP: 8 temas.

Manifestado que nos encontramos ante un proceso que debe diferenciarse del de acceso puro, y que, por tanto, deben computarse los servicios prestados en el puesto o en la plaza correspondiente, pudiéndose además limitar los temas, en ningún caso puede entenderse que el procedimiento pueda constituirse *ad personam*, sino al contrario, solo puede referirse *ad manus*.

La consecuencia, por tanto, es que el proceso que se desarrolle no puede ser restringido en su participación a unos pocos candidatos (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 20 de Madrid, Sentencia 191/2018, de 5 sept. 2018, Rec. 252/2018).

Clarificado lo anterior, no obstante, debemos advertir que la jurisprudencia legal y constitucional ha permitido un tratamiento diferenciador, siempre que este sea *razonable y proporcionado*, entendiéndose por tal una diferencia de valoración de la experiencia en el puesto que no sea superior *al doble* sobre los que no la posean. Ello ha de ser así porque la comparación de méritos no puede hacerse con criterios exclusivamente cuantitativos, con olvido de los cualitativos (FJ 2.º STS de 11 de octubre de 1997, que puede implicar una mayor pondera-

ción; asimismo, STSJ de Canarias de 16 de diciembre de 1994, 13 de diciembre de 1996 y 27 de febrero de 2003).

Es de nuevo la jurisprudencia la que autoriza, en términos de racionalidad y proporción, la diferencia de valoración de puestos concretos respecto de otros de similares características (por todas, STSJ de Cantabria de 20 de marzo de 2001 [JUR 2001\178315], STSJ de Cantabria de 22 de junio de 2001 [JUR 2001\241031] y STSJ de Cantabria de 31 de enero de 2003):

(...) en tal sentido no se genera una injustificada discriminación (...) puesto que son legítimas las opciones que pueden configurar según su criterio las preferencias de unas circunstancias sobre otras (...) en el presente caso, la duración en el servicio de la Administración supone un lógico criterio de selección (...) por ello no cabe excluir que, en determinados supuestos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley a favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como una media adecuada para resolver una situación también excepcional al objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración pública.

Finalizando, la STC núm. 2460/1997 afirma lo siguiente: «(...) lo que sucede es que los méritos que se reseñan en las bases para la fase de concurso no incurren en tal desviación, antes al contrario, pues son los estrictamente ajustados a la naturaleza y el perfil **del puesto de trabajo** (...)» -la negrilla es mía-.

En relación con la contabilización concreta de los servicios prestados, se ha de decir que su cuantificación no puede ceñirse solo y exclusivamente a los del puesto de trabajo de la entidad pública que aprueba el proceso selectivo de consolidación (*experientia pro locus*), ni deben contabilizarse de forma excesiva o desproporcionada (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 8 febrero 2001, Rec. 1516/1999; Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 2353/2007 de 30 noviembre 2007, Rec. 2497/2003; Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 27 junio 2008, Rec. 1566/2004, entre otras).

No obstante, y en relación con la proporcionalidad en la contabilización de los servicios prestados, el TC ha permitido, en casos excepcionales y singulares, que la contabilización de aquellos en una determinada Administración pública alcance hasta el 45 % del total de la puntuación (por todas, Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 27/2012 de 1 marzo 2012, Rec. 5742/2001).

Ahora bien, el argumento esgrimido fue el siguiente:

En el presente caso, la experiencia profesional -dependiendo de dónde se haya adquirido- vale un máximo de 9,5 puntos, mientras que todos los demás méritos valorables, aun en su puntuación máxima posible, solamente alcanzan 5 puntos; es decir, el valor del mérito «experiencia profesional» tiene, prácticamente, el doble de valor que la suma de todos los demás méritos, con la circunstancia, no menor, de que la fase de concurso tiene carácter eliminatorio, siendo relevante además que es necesario obtener para superarla 4 puntos.

Debe recordarse que en otras ocasiones, por todas la STC 67/1989, de 18 de abril, se consideró a la luz de las concretas circunstancias del caso, que el hecho de que la valoración de los servicios prestados alcanzara el 45 por 100 de la nota total, era acorde con el art. 23.2, pero se llegó a dicha conclusión no solamente por «las especiales circunstancias creadas por la puesta en marcha de la Administración autonómica, y a la necesidad de contar inmediatamente con personal propio» que justificaba la desproporción en la valoración, sino también porque los participantes damnificados, al menos contaban con la posibilidad de que sus «méritos personales se muestren en la fase de oposición», para cuyo acceso no se establecía nota de corte; un argumento similar se señaló en las SSTC 83/2000, de 27 de marzo, FJ 4 y 107/2003, de 2 de junio, FJ 5, afirmándose en esta última que «la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorga una sustancial ventaja a estos aspirantes (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con el máximo indicado), no excluye de la competición a quienes, como la recurrente, carecen de dicho mérito, pese a que imponga a estos opositores “por libre”, para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior; pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración de la Seguridad Social».

En aquellas ocasiones se ponderó la posibilidad de que los participantes sin experiencia previa, si bien se veían perjudicados, tenían la oportunidad de equilibrar su puntuación en la fase de oposición.

En el presente caso, la posibilidad de obtener 9,5 puntos por la experiencia profesional representa un porcentaje claramente superior al 45 por 100 de la nota total de la fase de concurso: 14,5 puntos. Estas circunstancias suponen primar sensiblemente a los participantes que contaran con servicios prestados en la Administración convocante, que se presenta desproporcionado, más aun cuando la fase de concurso se establece como eliminatoria y existe una nota de corte que dificulta en exceso que los participantes sin experiencia profesional puedan, siquiera, acceder a la fase de oposición, nota de corte que no existía en los supuestos antes señalados y resueltos en las SSTC 67/1989, de 18 de abril y

83/2000, de 27 de marzo, en las que, como veíamos, se ponderaba la posibilidad de que la ventaja con la que contaban los interinos se pudiera compensar con la posibilidad de participar en la fase de oposición, aun con la necesidad de mostrar, por parte los participantes sin experiencia profesional, mayores conocimientos.

Debemos concluir, por tanto, que la valoración de la experiencia profesional en la norma que estamos analizando, implica un beneficio desproporcionado a unos participantes respecto de otros -la negrilla es mía-.

Dicho esto, el TC seguidamente manifiesta:

*No obstante, aun habiendo alcanzado la conclusión de que la valoración de la experiencia profesional debe considerarse desproporcionada a favor de unos participantes respecto de otros, **este hecho, por sí mismo no conduce a apreciar una lesión del art. 23.2 CE**, sino que, como antes hemos señalado, en algunas circunstancias excepcionales se puede justificar la aplicación de criterios como los analizados en el presente proceso -la negrilla es mía-.*

Dejando a un lado el supuesto contemplado en dicha sentencia, que no era sino la puesta en marcha de la Administración autonómica, que requería medidas excepcionales, se ha considerado que una cuantificación no superior al 37.5 % del 45 % del total del concurso es acorde con las exigencias constitucionales, pues no supera el límite de lo «tolerable» (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4; 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c; 11/1996, de 29 de enero, FJ 6; y 83/2000, de 27 de marzo, FJ 4).

Recapitulando lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que el proceso de consolidación es un proceso real de estabilización del empleo temporal, cuyas características se circunscriben a que se trata de un proceso excepcional, abierto, desigual en el tratamiento de los candidatos dentro de lo que constitucionalmente se ha afirmado como «tolerable», y cuyo único fin es acabar con la precariedad laboral que exista en la organización pública.

Como último aspecto, me gustaría analizar la exigencia legal relativa a que las plazas y los puestos que se pretenden consolidar, según la norma, deben estar cubiertos interinamente antes del 1 de enero de 2005.

En principio, el criterio es objetivo, es decir, solo son consolidables las relaciones laborales o funcionariales que hayan nacido con anterioridad al 1 de enero de 2005. Las posteriores no son posibles. Sin embargo, por claros criterios de justicia y de consideración al derecho básico a la estabilidad en el empleo, considero que hay dos salvedades que hay que tener en cuenta: los indefinidos no fijos y los interinos de larga duración (incumplimiento del plazo fijado en el art. 70 del TREBEP), hoy ya asemejados en régimen a los anteriores.

En el primer caso, como ya es consabido, la relación indefinida no fija trae arranque de la Sentencia de la Sala General de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998 y ha sido seguida por numerosa jurisprudencia, hasta que el

propio Tribunal Constitucional dispuso las dudas de su constitucionalidad con su Auto 124/2009, de 28 de abril de 2009. Tal relación únicamente asegura la estabilidad en el trabajo en tanto no se proceda a la cobertura de la plaza por los procedimientos de concurrencia competitiva y mérito o capacidad, o incluso puede amortizarse, todo ello según la legislación de acceso al empleo público.

Ahora bien, no puede compartirse la consideración jurisprudencial (por todas, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3.^a, Sentencia 312/2017 de 5 mayo 2017, Rec. 667/2016) según la cual el indefinido carece *totalmente* de un derecho subjetivo a un proceso de consolidación sobre su «plaza», como tampoco que carezca del derecho a que no se le incluya en Ofertas de empleo.

Y ello, por varias razones, la primera porque la indefinición deriva de un fraude que comete la Administración pública del que no puede aprovecharse. La segunda, porque la situación que se produce con el «indefinido no fijo» es excepcional, por cuanto que no es un temporal *stricto sensu* (relación jurídica sujeta a término, sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015 [TOL6.033.893]), ni tampoco un fijo. La tercera, porque su sometimiento a un proceso de consolidación de empleo público es un *derecho* que ejerce solo si con ello mejora sus condiciones laborales y, además, se da cumplimiento a una serie de exigencias constitucionalmente declaradas. De nuevo, no puede olvidarse que estamos ante relaciones indefinidas y no temporales cuya regulación se encontraría en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello, debería matizarse que el indefinido carece completamente de un *ius ad rem* (que no es un *ius in rem*) singular, aunque condicionado.

Además de lo expuesto, existe una razón práctica para sostener la presente argumentación, y es la siguiente: si por ejemplo estamos ante un indefinido que es un «arquitecto municipal», la convocatoria que públicamente oferte su plaza/puesto no puede ser de «asesor jurídico», pues es evidente que con ello no se está dando cumplimiento a la exigencia de «sacar» la plaza para que tenga oportunidad de estabilizarse y de satisfacer las exigencias constitucionales a fin de convertirse en un personal fijo.

Es manifiesto que a alguien al que se le ha declarado una indefinición por sentencia judicial firme, ocupando plazas de la escala de Administración Especial, como sería la de «arquitecto», no se le puede convocar una plaza con el puesto de «responsable adjunto de tesorería», ni de «asesor jurídico», ni de «responsable de registro electrónico»; y ello por la simple razón de que en el momento en que por sentencia judicial se declara la indefinición, esta causa estado sobre un hecho inamovible, a saber: la existencia de una relación entre un puesto determinado que todavía no es una plaza y una persona física, que es el empleado que lo ha ocupado.

Esa indefinición declarada judicialmente por hechos probados en la Vista judicial determina la existencia de una relación jurídico-laboral *existente* que no puede

ser desconocida por el empleador, esto es, la Administración pública. La única peculiaridad de dicha relación es que es indefinida pero no fija. Nada más.

Por ello, estimo que el criterio jurisprudencial hasta ahora seguido debería ser revisado en atención al caso concreto enjuiciado. Y ello porque la situación de indefinición, en multitud de ocasiones, se produce de acuerdo con puestos que se vinculan necesariamente a plazas que no pueden estar incluidas en escalas de Administración General, y, por tanto, sujetas a posibles procesos selectivos abstractos o generalistas.

Tampoco puede olvidarse que si el indefinido no goza de un *ius ad rem* resulta completamente absurdo indemnizarle, y menos aún como causa de despido objetivo, cuando se le cubre «su» plaza. Solo se despide, objetivamente, a quien goza de una relación laboral preexistente con todas las vicisitudes que conlleva el contrato de arrendamiento de servicios, que es la categoría general en la que se incluye el contrato laboral.

Lo expuesto me permite afirmar que el proceso de consolidación de un indefinido no fijo debería conllevar *necesariamente* la contabilización, entre otros méritos, del tiempo de servicios prestados en las Administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, aunque su incorporación lo fuera con posterioridad al 2005. En caso contrario, la declaración de indefinición judicial absolutamente en nada sumaría e incentivaría a una persona a acudir a los Tribunales en defensa de sus derechos, si su situación no solo es igual a la de un temporal que lleve muchos años y que carezca de dicho reconocimiento judicial, sino que incluso podría ser peor, ya que la norma introduce dos elementos como son la datación de la relación y la temporalidad de la misma (no habla de indefinición), que, a mi criterio, no suponen un argumento objetivo para tener un tratamiento diferenciado de acuerdo con lo definido en la Cláusula 1.a) de la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 junio 1999 (Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada).

4

A modo de conclusión

La exigencia de la estabilidad en el empleo es un presupuesto objetivo y necesario para el desenvolvimiento de la personalidad social y personal del individuo; para el sustento básico del ser humano como persona moral y social, y por tanto, como núcleo esencial de una sociedad cohesionada.

El binomio estabilidad laboral-dignidad personal, hoy está más vigente que nunca. El trabajo como medio de desarrollo personal es un bien imprescindible cuya protección se erige como un imperativo categórico a los poderes públicos a fin de que orienten su acción de política social.

Las legislaciones reguladoras de los empleados públicos han incluido, *longus tempore*, procesos de consolidación de empleo temporal a fin de subsanar, excepcionalmente, problemas coyunturales de alta precariedad laboral en la función pública.

Los citados antecedentes, que no son objeto de este estudio, se materializaron normativa y singularmente en una disposición transitoria de un texto normativo básico de 2007, donde se aprobaba el estatuto del empleado público, dando cumplimiento, así, al mandato constitucional del artículo 103.3 de la CE.

La referida disposición transitoria, incluida en el ordinal cuarto, dejó fijada una serie de condiciones a fin de que pudiera consolidarse empleo temporal de larga duración.

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, instrumento racional normativo, heredero del anteriormente citado, incluyó el mismo precepto, en el mismo ordinal transitorio.

De su hermenéutica judicial y constitucional se desprende que dicho proceso de consolidación *no es ni puede ser un simple proceso de acceso por concurso-oposición*, sino que es un proceso que debe reunir, como características, el ser libre y no restringido (con las particulares excepciones constitucionales señaladas); que se admite *la desigualdad de trato*, siendo esta razonable y proporcionada; y que debe constituir un *proceso excepcional* dentro del marco de la actividad ordinaria de la Administración.

Por último, y como colofón a lo expuesto, nos quedamos con las palabras de nuestro Alto Tribunal, que ha venido a resumir perfectamente lo que es un proceso de consolidación:

Los procesos de consolidación de empleo público permiten dar prioridad a los titulares de empleo temporal frente a otros aspirantes que carecen de su experiencia, pero debe acreditarse la capacidad para el acceso a la función pública mediante pruebas calificadas con criterios cuantitativos⁶.

«Todo trabajo que enaltece la humanidad tiene dignidad e importancia y debe emprenderse con excelencia esmerada»
Martin Luther King (1929-1968)

6. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, Sentencia 1117/2016 de 18 mayo 2016, Rec. 1063/2015.

QDL49

Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 1 de octubre de 2018 a 28 de febrero de 2019)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Tribunal Constitucional

Sentencia 4/2019, de 17 de enero, desestimatoria del recurso interpuesto contra el impuesto sobre viviendas vacías de Cataluña.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra los artículos 1, 4, 9.1, 11 y 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012.

Ponente: don Alfredo Montoya Melgar.

Extracto de doctrina

(...)

3. Doctrina aplicable. Hechas las precisiones que anteceden, para el enjuiciamiento que se nos demanda debemos recordar nuestra doctrina sobre los límites al poder tributario de las comunidades autónomas, así como la específica relativa al artículo 6.3 LOFCA, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2009, que cabe sintetizar en los términos siguientes:

a) El canon de constitucionalidad aplicable a las normas de las comunidades autónomas es el contenido en sus respectivos estatutos de autonomía [en lo que aquí interesa, en los artículos 202.3 a) y 203.5 EAC] y en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las comunidades

autónomas (por todas, STC 7/2010, de 27 de abril, FJ 4). Entre esas leyes delimitadoras ocupa un lugar destacado, en lo que a competencias financieras se refiere, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas [entre otras, STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 1 a)].

El vigente artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), cuya vulneración se invoca en el presente recurso, dispone que «[l]os tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales. Las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserve a las corporaciones locales. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas corporaciones, de modo que los ingresos de tales corporaciones locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro».

Para ilustrar sobre la finalidad de la redacción dada al artículo 6.3 LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009, a partir de lo expuesto en su preámbulo, este Tribunal declaró en la STC 122/2012, de 5 de junio, y ha reiterado recientemente en la STC 120/2018, de 31 de octubre, que con ella se «ha pretendido clarificar también los límites para la creación de tributos propios por las comunidades autónomas y para ello y con el fin de reducir la conflictividad, se modifica el artículo sexto de la LOFCA para que las reglas de incompatibilidad se refieran al “hecho imponible” y no a la “materia imponible”, con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales» (FJ 3).

A continuación, las mencionadas sentencias siguen destacando que «este precepto fue aprobado sin debate ni enmiendas, dado que el proyecto de la Ley Orgánica respetó los términos en los que se había pronunciado el Consejo de Política Fiscal y Financiera, en cuyo seno se adoptó el punto 4.4.9. del acuerdo 6-2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, cuyo contenido fue el siguiente: «Aunque los tributos propios no forman parte del sistema de financiación, para mayor seguridad jurídica sobre las reglas de incompatibilidad con los tributos del Estado y de las entidades locales, se propone revisar los límites actualmente existentes en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas para la creación de los tributos propios por las comunidades autónomas lo que también podría ampliar el espacio fiscal de las comunidades autónomas» (STC 120/2018, de 31 de octubre, FJ 3).

Así pues, la finalidad de la modificación del artículo 6.3 LOFCA es ampliar el espacio fiscal de las comunidades autónomas respecto de los tributos locales, sustituyendo el límite basado en la «materia imponible» por el referido al «hecho imponible», a semejanza de lo que venía haciendo, sin cambios desde su redacción original, el artículo 6.2 LOFCA, en relación con los tributos estatales (STC 120/2018, FJ 3).

Esta modificación de los límites a la creación de tributos propios debe interpretarse a la luz de la reiterada doctrina constitucional, que arranca de la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que se indicaba que debía descartarse «una identificación entre los conceptos de “materia imponible” y “hecho imponible” que conduce a una interpretación extensiva del artículo 6.2 LOFCA, notoriamente alejada del verdadero alcance de la prohibición que en dicha norma se contiene» (FJ 14). La citada sentencia continuaba puntualizando que «por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico», en tanto que «el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria”, según reza el artículo 28 de la Ley general tributaria [hoy artículo 20]. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes» (FJ 14).

Este Tribunal ha reiterado las anteriores precisiones conceptuales siempre que ha tenido que examinar la adecuación al artículo 6.2 LOFCA de las figuras tributarias creadas por las comunidades autónomas, por su posible duplicidad con tributos estatales (entre otras, SSTC 186/1993, de 7 de junio, FJ 4; 49/1995, de 16 de febrero, FJ 4; 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 4, y 74/2016, de 14 de abril, FJ 2).

b) En la primera sentencia en la que este Tribunal abordó el canon del artículo 6.3 LOFCA, tras su modificación por la Ley Orgánica 3/2009 (la ya citada STC 122/2012), ya constató que dicho precepto contiene ahora un límite similar al previsto en el apartado segundo del artículo 6 LOFCA desde su redacción original, por lo que la doctrina constitucional acerca de dicho apartado debía extenderse (así lo hizo en la citada STC 122/2012, FJ 3) a las controversias que hubieran de dirimirse en relación con los tributos locales.

De tal forma ha procedido este Tribunal al enjuiciar otros tributos autonómicos a la luz del «nuevo» artículo 6.3 LOFCA, llegando a un pronunciamiento favorable a su constitucionalidad. Así: i) en la STC 210/2012, de 14 de noviembre, relativa al impuesto sobre depósitos en entidades de crédito de Extremadura; ii) en las SSTC 122/2012, de 5 de junio; 96/2013, de 23 de abril; 200/2013, de 5 de diciembre, y 53/2014, de 10 de abril, todas referidas al impuesto sobre grandes establecimientos comerciales de distintas comunidades autónomas; iii) en los AATC 183/2016 y 185/2016, de 15 de noviembre, sobre el canon eólico de Castilla-La Mancha y iv) en la STC 120/2018, de 31 de octubre, en relación con el impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente; resoluciones todas ellas que han declarado la constitucionalidad de los tributos autonómicos impugnados porque en ningún caso apreciaron la duplicidad de hechos imponibles de aquellos con el IBI o con el IAE, según procediera.

c) El propósito de los límites del artículo 6 LOFCA no es evitar cualquier supuesto de doble imposición, algo que resulta imposible en los sistemas tributarios modernos, integrados por una pluralidad de figuras que necesariamente coinciden o se solapan, al menos parcialmente, al recaer sobre distintas modalidades de renta, patrimonio o consumo. Se trata, en cambio, de garantizar que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de “un sistema” en los términos exigidos por el artículo 31.1 CE [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4, y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b)]; objetivo que debe cohonestarse con el reconocimiento a las comunidades autónomas de la potestad de establecer tributos [arts. 133.2 y 157.1 b) CE], y que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene asumida en los artículos 202.3 a) y 203.5 EAC, de forma que «ninguno de los límites constitucionales que condicionan dicho poder tributario puede ser interpretado de tal manera que haga inviable el ejercicio de aquella potestad tributaria» (entre otras, SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 3; 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3, y 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 4).

Conviene recordar igualmente que la potestad tributaria reconocida a las comunidades autónomas entronca con la autonomía financiera que proclama el artículo 156.1 CE y con la corresponsabilidad fiscal que deriva de ella, en concreto, con la capacidad para generar un sistema propio de recursos (por todas, la STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8); lo que este Tribunal también ha conectado con «las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria» [STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 3 a)].

d) Así las cosas, para apreciar la coincidencia entre hechos imponibles, que es lo vedado por el artículo 6 LOFCA, en sus apartados segundo

y tercero, este último después de su modificación por la Ley Orgánica 3/2009, se hace preciso atender a los elementos esenciales de los tributos que se confrontan, al objeto de determinar la «manera» en que la correspondiente fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo. Para lo cual se habrá de analizar, además del hecho imponible en sentido estricto, otros aspectos como los supuestos de no sujeción y exención, el sujeto pasivo y los elementos de cuantificación (STC 74/2016, de 14 de abril, FJ 4, y ATC 183/2016, de 15 de noviembre, FJ 4).

Entre los elementos a comparar se encuentra —no debe olvidarse— la posible concurrencia de fines extrafiscales en el conjunto del tributo o en alguno de sus elementos centrales (STC 210/2012, FJ 4). Al respecto, este Tribunal ha puntualizado que la finalidad extrafiscal no es incompatible con un propósito recaudatorio, aunque sea secundario, lo que es inherente al propio concepto de tributo. De hecho, en los sistemas tributarios modernos, en los que coexisten diversas figuras tributarias, es frecuente que, junto a la recaudatoria, se persigan otras finalidades [STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 a)]. De lo cual se deduce que la naturaleza extrafiscal o recaudatoria de un tributo es una cuestión de grado, por lo que difícilmente existirán casos «puros» [STC 120/2018, FJ 3 d)].

4. Descripción del tributo autonómico y del IBI. Partiendo del canon expuesto en el fundamento anterior, es momento ya de examinar el fondo de la controversia, mediante el contraste entre el impuesto sobre las viviendas vacías y el IBI, para así dilucidar si aquel recae sobre el mismo hecho imponible gravado por este, como mantiene el recurso del presidente del Gobierno, o si se trata de tributos que gravan hechos imposables diferentes, según argumentan la Generalitat y el Parlamento de Cataluña. Para ello es necesario sintetizar los elementos relevantes de cada tributo:

a) El impuesto sobre las viviendas vacías, según su ley reguladora, «grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente» (art. 1), siendo su hecho imponible «la desocupación permanente de una vivienda durante más de dos años sin causa justificada» en razón de que «dicha desocupación afecta a la función social de la propiedad de la vivienda» (art. 4) el artículo 6 de la Ley 14/2015 especifica que la ocupación puede tener lugar en calidad de propietario o por título de arrendamiento u otro análogo y los artículos 7 y 8 regulan, respectivamente, la forma de computar los dos años de desocupación y las causas que la ley considera justificativas de la misma, a efectos de no exigir el gravamen. Estas causas son: i) que la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de reso-

lución en lo que concierne a su propiedad; ii) que se tenga que rehabilitar, siempre que se cumplan ciertas condiciones; iii) que esté hipotecada con cláusulas contractuales que imposibiliten o hagan inviable destinarla a un uso distinto al que se había previsto inicialmente; iv) que esté ocupada ilegalmente y v) que forme parte de un edificio adquirido íntegramente por el sujeto pasivo en los últimos cinco años, para su rehabilitación.

Junto a lo anterior, el artículo 10 Ley catalana 14/2015 recoge unas exenciones, tanto subjetivas, para las entidades del tercer sector de la red de viviendas de inserción regulada en el plan correspondiente y las entidades inscritas en el registro de entidades y establecimientos de servicios sociales de Cataluña; como objetivas, para determinadas viviendas, en concreto: i) las protegidas con calificación oficial vigente; ii) las ubicadas en zonas de escasa demanda acreditada (según se desarrolla en la disposición transitoria segunda); iii) las puestas a disposición de programas sociales de vivienda convenidos con las Administraciones públicas y iv) las destinadas a usos regulados por la legislación turística o a otras actividades económicas no residenciales.

Los sujetos pasivos del impuesto sobre las viviendas vacías, a título de contribuyentes, son las personas jurídicas propietarias o titulares de un derecho de usufructo, de superficie o de cualquier otro derecho real que otorgue la facultad para la explotación económica de la vivienda (art. 9). Para la cuantificación del tributo se parte del número total de metros cuadrados de las viviendas de que es titular el sujeto pasivo, que es la base imponible (art. 11), sin computar el mínimo exento de 150 m² (introducido por la Ley 5/2017, de 28 de marzo). Sobre tal magnitud se aplican unos tipos progresivos según tramos de base imponible, a razón de una cantidad de euros por metro cuadrado, comenzando por 10 €/m² para el primer tramo y llegando hasta 30 €/m² para el tramo de superficie desocupada que exceda de 40 000 m² (art. 12).

La cuota líquida se obtiene tras aplicar a la cuota íntegra que resulta de la operación anterior una bonificación concebida para los sujetos pasivos que destinan una parte de su parque de viviendas al alquiler asequible o a fines análogos, según porcentajes crecientes a medida que aumenta la proporción de viviendas de su titularidad que se dedican a tal fin en municipios de Cataluña de fuerte y acreditada demanda de vivienda, en los términos recogidos en el artículo 13 de la Ley 14/2015. Dicha bonificación puede alcanzar un 100 por 100 (en cuyo caso, la cuota líquida del impuesto sobre las viviendas vacías será cero) cuando el sujeto pasivo destine más del 67 por 100 de su parque de viviendas al alquiler asequible

o a sistemas de propiedad compartida, tenencia intermedia o propiedades temporales recogidos por la normativa autonómica.

El devengo del impuesto sobre las viviendas vacías se produce el 31 de diciembre de cada año, considerando el parque de viviendas del que es titular el sujeto pasivo en tal fecha (art. 14).

Por último, el tributo autonómico tiene carácter finalista, quedando su recaudación afectada a actuaciones en materia de vivienda en los municipios donde se sitúan las viviendas desocupadas (art. 3 de la Ley 14/2015).

b) Por su parte, el IBI, cuya normativa se recoge en los artículos 60 a 77 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LHL), viene definido como «un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles en los términos establecidos en esta Ley» (art. 60), cuyo hecho imponible es la titularidad de determinados derechos sobre los bienes inmuebles, ya sean rústicos, urbanos o los denominados inmuebles de características especiales (art. 61).

Los sujetos pasivos, en calidad de contribuyentes, son los titulares del derecho sobre el inmueble, ya sean personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (art. 63).

La base imponible del IBI es el valor catastral, fijado conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, que en su artículo 23.1 señala los criterios que se tendrán en cuenta para su determinación y que son, entre otros: i) la localización del inmueble y sus circunstancias urbanísticas; ii) el coste de ejecución material, los beneficios de la contrata, honorarios profesionales y tributos que gravan la construcción, así como el uso, la calidad y la antigüedad edificatoria, u otras condiciones de las edificaciones; iii) los gastos de producción y beneficios de la actividad empresarial de promoción y iv) las circunstancias y valores del mercado.

Sobre la base liquidable (que es el resultado de practicar en la imponible la reducción prevista en el artículo 67 LHL para atenuar el impacto de los incrementos de valor catastral) se aplica el tipo de gravamen establecido por el ayuntamiento respectivo, dentro de los límites del artículo 72, al que luego nos referiremos. Los artículos 73 y 74 LHL prevén las bonificaciones obligatorias y potestativas, respectivamente, que se aplican a la cuota íntegra para hallar la cuota líquida.

Por último, el devengo del IBI tiene lugar el primer día del periodo impositivo, que coincide con el año natural (art. 75). A diferencia del impuesto

sobre las viviendas vacías, no está prevista la afectación de su recaudación a ningún fin específico.

5. *Enjuiciamiento de la alegada duplicidad con el IBI.* Una vez sintetizados los elementos definidores de cada figura, debemos ya abordar el examen comparativo que demanda el artículo 6.3 LOFCA.

a) *Comenzando por el hecho imponible en sentido estricto, frente al IBI que recae sobre la titularidad de toda clase de inmuebles, rústicos o urbanos (y dentro estos, tanto viviendas, como garajes, oficinas, naves, almacenes, etc.), en el impuesto sobre las viviendas vacías tributan solo las viviendas, y no todas, sino tan solo las que llevan desocupadas durante un determinado tiempo y sin razón que lo justifique (según las causas tasadas por la ley). Además, el IBI es un gravamen real en el que cada inmueble tributa por separado, sin tener en cuenta el número de inmuebles de un mismo titular, mientras que el impuesto sobre las viviendas vacías es personal, por cuanto atiende a la superficie total de vivienda desocupada de que es titular el sujeto pasivo. La desocupación de la vivienda —y no su mera titularidad— se convierte así en la verdadera razón del gravamen autonómico, concebido como un instrumento para que aumente la oferta de viviendas en alquiler, de modo que no se grava la propiedad per se, sino «por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente» (art. 1, último inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015).*

Por su parte, las exenciones del impuesto sobre las viviendas vacías también conectan con la finalidad proclamada, ya que se dejan sin gravamen las viviendas situadas en zonas de escasa demanda acreditada y las puestas a disposición de programas de alquiler social, entre otras.

b) *El ámbito subjetivo de los dos tributos no es el mismo ya que, conforme se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, el impuesto catalán solo recae sobre personas jurídicas, en tanto que el IBI también grava a las personas físicas y entidades sin personalidad.*

c) *El modo de cuantificación de ambos tributos también difiere de forma sustancial. La base imponible del IBI es un importe monetario que refleja el valor de la propiedad o derecho real de que se trate —el valor catastral—, que se calcula, no en atención a la ocupación o desocupación, sino a partir de características ínsitas al inmueble, como su localización, calidad constructiva y antigüedad. Por el contrario, la base imponible del IVV es una unidad física: los metros cuadrados de superficie desocupada, sin atender a otra características del inmueble más que su desocupación, ya que lo relevante para satisfacer la necesidad de vivienda es la superficie en sí y no su valor.*

En coherencia con lo anterior, el tipo de gravamen del IBI es porcentual, en tanto que el impuesto sobre las viviendas vacías se cuantifica a razón de un importe por cada metro cuadrado de superficie desocupada, mayor a medida que se incrementa la superficie en tal situación en poder de un mismo sujeto pasivo. Así, su carácter progresivo hace que el incentivo para arrendar las viviendas aumente según crece la superficie desocupada.

También son distintas las bonificaciones de ambos impuestos. En el impuesto sobre las viviendas vacías solo hay una (art. 13 de la Ley 14/2015) cuya ratio está conectada con el aumento de la oferta de alquiler asequible, mientras que en el IBI se prevé un amplio elenco de bonificaciones, tanto obligatorias como potestativas para los ayuntamientos, que responden a variados objetivos de política económica, social o medioambiental, pues según hemos recordado en el fundamento jurídico anterior, es habitual que tributos predominantemente fiscales incluyan normas que coadyuven a fines de carácter extrafiscal. En la STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 4, precisamente en relación con el IBI, ya mantuvimos que su finalidad es principalmente recaudatoria «sin perjuicio de que algunos de los elementos que modulan la carga tributaria se establezcan en función de criterios extrafiscales, como sucede con algunas de las bonificaciones del artículo 74 LHL».

d) La recaudación del impuesto sobre las viviendas vacías está afectada a actuaciones en materia de vivienda en los municipios donde se sitúan las viviendas desocupadas, lo que no sucede en el IBI. Pese a que este «no es más que uno de los varios indicios —y no precisamente el más importante— a tener en cuenta a la hora de calificar la verdadera naturaleza del tributo» (por todas, STC 94/2017, de 6 de julio, FJ 8), en este caso es un rasgo que abunda sobre los ya indicados.

e) En cuanto a los elementos temporales de ambos impuestos, sí cabe apreciar cierta identidad, pues aunque el IBI tiene formalmente un periodo impositivo del que carece el impuesto sobre las viviendas vacías en la práctica ambos se comportan como impuestos instantáneos, que se exigen a quien sea titular de los bienes a la fecha de devengo.

f) Por último, los impuestos contrastados no tienen la misma finalidad, ya que el impuesto sobre las viviendas vacías es fundamentalmente extrafiscal; en concreto, pretende incentivar la puesta en alquiler de viviendas desocupadas. En cambio, el IBI es principalmente fiscal (por todas, STC 179/2006, de 13 de junio, FJ 5), sin perjuicio de que algunos de los elementos que modulan la carga tributaria se establezcan en función de

crriterios extrafiscales, siempre con carácter secundario, tal y como ya hemos apuntado.

La finalidad del tributo autonómico aquí recurrido es análoga a la del impuesto sobre tierras infrautilizadas de Andalucía, respecto del cual indicó este Tribunal que «es obvio que no cabe identificar la “infrautilización” de fincas rústicas —hecho imponible del impuesto andaluz— con la “propiedad” de todo tipo de bienes, aunque entre ellos se encuentren las fincas rústicas, que es el hecho que grava el impuesto estatal» (STC 37/1987, FJ 14). Es cierto que en dicha Sentencia el tributo autonómico no se contrastaba con el IBI sino con el impuesto sobre el patrimonio (con su hecho imponible, aplicando el artículo 6.2 LOFCA), pero el razonamiento es perfectamente trasladable pues, como hemos visto, el IBI también sujeta a gravamen la propiedad (así como otros derechos), aunque no de todos los bienes, como el impuesto sobre el patrimonio, sino solo de los inmuebles, teniendo ambos tributos un fin fiscal, sin perjuicio de la posible concurrencia de elementos extrafiscales accesorios.

Frente a un tributo de naturaleza fiscal que grava la propiedad y otros derechos sobre los inmuebles como expresión de la capacidad económica (art. 31.1 CE), el impuesto andaluz enjuiciado en la STC 37/1987, al igual que el impuesto sobre las viviendas vacías catalán aquí analizado, presentan una marcada orientación extrafiscal, pues «la intentio legis del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos» (STC 37/1987, FJ 13), sino disuadir a los titulares del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad, referida en el impuesto sobre tierras infrautilizadas a la propiedad agraria, y en el impuesto sobre las viviendas vacías, a las viviendas desocupadas, para las que a la previsión general del artículo 33.2 CE se añade el reconocimiento del «derecho a una vivienda digna y adecuada» y el mandato de que «[l]os poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho» (art. 47 CE). Efectivamente, los rasgos del impuesto sobre las viviendas vacías que se han descrito confirman que está orientado a que aumente el stock de viviendas en alquiler, lo que no es el caso del IBI.

El tributo que enjuiciamos también guarda notoria similitud con el impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas establecido por la Ley de la Asamblea de Extremadura 9/1998, de 26 de junio, que fue examinado en el ATC 417/2005, de 22 de noviembre. A diferencia de la STC 37/1987, que analizaba la posible colisión con el impuesto sobre el patrimonio, el ATC 417/2005 valoró la posible duplicidad del tributo

*autonómico con el IBI. Pese a que ambos tributos tienen como base imponible el valor catastral, dimos por acreditada la naturaleza extrafiscal del impuesto autonómico por cuanto «se dirige a disuadir el incumplimiento de las obligaciones que la normativa autonómica de Extremadura impone a los titulares de los bienes inmuebles descritos, buscando estimular una utilización racional, eficaz y eficiente del suelo» (FJ 6). Y aunque en tal ocasión se analizaba la duplicidad de «materias», según la redacción del artículo 6.3 LOFCA aplicable *ratione temporis*, es evidente que con mayor razón se habría descartado la duplicidad de hechos imponibles, habida cuenta que este último límite es menos restrictivo.*

En suma, entre el impuesto sobre las viviendas vacías y el IBI se aprecian diferencias sustanciales, que llevan a concluir que no estamos ante tributos «coincidentes» (STC 210/2012, FJ 6) ni «equivalentes» (STC 53/2014, FJ 3) a efectos del artículo 6.3 LOFCA.

6. Enjuiciamiento de la alegada duplicidad con el recargo sobre viviendas desocupadas del IBI. La conclusión alcanzada en el fundamento anterior no se enerva por la circunstancia de que el artículo 72.4 LHL prevea un recargo en el IBI para viviendas desocupadas. La Abogada del Estado aduce que existe una coincidencia entre el tributo impugnado y dicho recargo, a lo que añade que la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio está invadiendo la competencia exclusiva que para el desarrollo del tributo local tiene el Estado. Esta alegación que no puede tener favorable acogida, según razonamos a continuación:

a) El artículo 72 LHL tiene por objeto regular el tipo de gravamen del IBI, estableciendo los tipos mínimos y máximos para inmuebles urbanos y rústicos (apartado 1); la horquilla de tipos para los bienes inmuebles de características especiales (apartado 2); y los puntos porcentuales de incremento que los ayuntamientos pueden aplicar a los tipos máximos, según las características del municipio (apartado 3).

Por su parte, el apartado 4 establece dos medidas: en sus párrafos primero y segundo prevé que los ayuntamientos podrán establecer para los bienes inmuebles urbanos, excluidos los de uso residencial, tipos diferenciados atendiendo a los usos establecidos en la normativa catastral; y los párrafos tercero, cuarto y quinto regulan un recargo para inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente. Este recargo ha sido modificado recientemente por el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (artículo cuarto), cuyo propósito principal ha sido concretar cómo se determinarán los inmuebles afectados por el mismo, quedando regulado en los términos siguientes:

«Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del impuesto. Dentro de este límite, los ayuntamientos podrán determinar mediante ordenanza fiscal un único recargo o varios en función de la duración del período de desocupación del inmueble.

El recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare.

A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado de acuerdo con lo que se establezca en la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal, con rango de ley, y conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal. En todo caso, la declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente exigirá la previa audiencia del sujeto pasivo y la acreditación por el ayuntamiento de los indicios de desocupación, a regular en dicha ordenanza, dentro de los cuales podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro».

El resto del artículo 72 LHL regula la posibilidad de aplicar tipos reducidos en los municipios en los que entren en vigor nuevos valores catastrales (apartado 5), el momento en que los ayuntamientos deben aprobar los nuevos tipos de gravamen (apartado 6) y los tipos aplicables en caso de alteración de términos municipales (apartado 7).

b) Lo anterior pone de manifiesto que el recargo en cuestión se integra dentro de la regulación del tipo de gravamen del impuesto local. En concreto, el artículo 72.4 LHL prevé, por un lado, la aplicación de tipos diferenciados según los distintos usos establecidos en la normativa catastral para las construcciones (comercial, oficinas, almacenes, industrial, turístico, etc.); y, por otro, la posibilidad de que los ayuntamientos que así lo decidan apliquen un recargo a los «inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente». El preámbulo de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre (apartado III), que lo introdujo, incardina este recargo dentro de la regulación de los tipos de gravamen del IBI, de suerte que se asemeja a un tipo incrementado que la ley permite establecer a los ayuntamientos. Esto significa que el legislador estatal no ha concebido el recargo como una figura independiente del IBI, sino como uno de los factores relevantes para su cuantificación, lo que nos lleva a

descartar que pueda considerarse como un hecho imponible autónomo a efectos de la prohibición del artículo 6.3 LOFCA, que —recordemos— veda a los tributos propios de las comunidades autónomas «recaer sobre hechos imposables gravados por los tributos locales» y no otra cosa.

En consecuencia, el recargo previsto en el artículo 72.4 LHL es tan solo un elemento más de cuantificación del IBI, inserto en la normativa de este tributo, en concreto, en el artículo dedicado al tipo de gravamen. Por consiguiente, depende del resto de la regulación del impuesto en la que se integra, sin que pueda considerarse como un tributo autónomo a los efectos de la prohibición de duplicidad del artículo 6.3 LOFCA.

Lo anterior no impide reconocer a este recargo una finalidad extrafiscal, como expresa el preámbulo de la Ley 51/2002, que lo creó «para facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna y adecuada» (apartado III). Ahora bien, ya hemos advertido que no es la única norma del IBI que sirve a fines extrafiscales, existiendo otras como, a título de ejemplo, la bonificación que el artículo 74.5 LHL permite establecer a los ayuntamientos para «los bienes inmuebles en los que se hayan instalado sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía proveniente del sol».

En este sentido, venimos insistiendo en que los tributos predominantemente fiscales contienen a menudo elementos que sirven a otros fines, pues no hay tributos que respondan exclusivamente a una sola finalidad, y un tributo predominantemente fiscal no cambia de naturaleza por «introducir en sus elementos coyunturales o accesorios, como son, por ejemplo, los beneficios fiscales, ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas» [STC 122/2012, de 5 de junio, FJ 4)]. Este razonamiento se extiende sin dificultad a un recargo como el que nos ocupa, que no es sino un incremento del tipo de gravamen debido a la desocupación de la vivienda, como una circunstancia más de las que el legislador ha decidido tomar en cuenta para la cuantificación del IBI. Ahora bien, como señalamos en la letra f) del fundamento anterior, los impuestos comparados no tienen la misma finalidad, siendo fundamentalmente extrafiscal en el tributo autonómico, concretamente incentivar la puesta en alquiler de viviendas desocupadas en poder de personas jurídicas (aunque lógicamente también sirva a la consecución de unos ingresos con los que financiar el gasto público), mientras que el tributo local persigue un fin principalmente fiscal (sin perjuicio de que para la modulación de la carga tributaria se haya asumido algún criterio extrafiscal).

c) El carácter accesorio del recargo se confirma por el hecho de que, pese a haberse introducido por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, no ha sido

aplicado hasta la fecha, al no haberse desarrollado por el Estado el concepto de «inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente» como exigía el artículo 72.4, párrafo tercero, LHL antes de su reciente modificación por el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre. La Abogada del Estado aducía al respecto que «si la propia ley estatal se remite a un desarrollo reglamentario estatal, el desarrollo del mismo por una ley autonómica incurre en una clara extralimitación».

A juicio del Tribunal no cabe interpretar que al definir el concepto de vivienda vacía en los artículos 5 a 8 de la Ley 14/2015, de 21 de julio el legislador autonómico pretendiera sustituir al reglamento estatal exigido por el artículo 72.4 LHL antes de su modificación por el Real Decreto-ley 21/2018. Y con mayor motivo cabe descartar la extralimitación competencial a la vista de que la nueva redacción ya no reserva al Estado la definición de dicho concepto.

Por otra parte, es indudable que el legislador autonómico no desconoce la existencia del recargo previsto en el artículo 72.4 LHL, cuando afirma en la disposición adicional primera de la Ley del impuesto sobre las viviendas vacías que «[a] partir de la fecha en la que el Estado haya realizado el desarrollo reglamentario al que se refiere el artículo 72.4 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y los ayuntamientos puedan establecer el recargo sobre el impuesto sobre bienes inmuebles, la Generalitat debe adoptar las medidas compensatorias o de coordinación pertinentes a favor de los ayuntamientos que efectivamente hayan aprobado dicho recargo en ordenanza municipal», detallando el apartado 2 de dicha disposición los criterios a los que deben sujetarse las citadas medidas. Esta previsión de medidas compensatorias o de coordinación vinculada al establecimiento efectivo del recargo deberá interpretarse a la luz de la nueva redacción dada al recargo por el Real Decreto-ley 21/2018, tras la que no hace falta esperar a un desarrollo reglamentario estatal.

La Abogada del Estado interpreta la cláusula de coordinación transcrita como un reconocimiento por el legislador autonómico de que se vulnera la prohibición de duplicidad de hechos imponible del artículo 6.3 LOFCA. Sin embargo, su correcto entendimiento nos lleva a vincularla con la carga, que dicho precepto impone a las comunidades autónomas que ejerzan su competencia de establecer tributos sobre las materias reservadas a las corporaciones locales, de establecer «las medidas de compensación o coordinación adecuadas».

Así pues, la disposición adicional primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio parte de que, efectivamente, el impuesto sobre las viviendas vacías recae sobre la misma «materia» que el IBI (incluido el recargo del artículo 72.4 LHL), pues grava inmuebles que también están sujetos al impuesto local, pero ambos tienen un hecho imponible distinto, según hemos concluido en el fundamento jurídico quinto, en vista de lo cual la Ley autonómica prevé una medida de coordinación, conforme le exige el artículo 6.3 LOFCA.

En suma, con base en lo razonado, debemos concluir que el impuesto sobre las viviendas vacías tampoco vulnera lo dispuesto en el artículo 6.3 LOFCA en relación con el recargo para inmuebles residenciales desocupados con carácter permanente previsto en el artículo 72.4 LHL.

Sentencia 137/2018, de 13 de diciembre, por la que declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra el artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón.

Ponente: don Fernando Valdés Dal-Ré.

Doctrina

1. El presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, impugna en este recurso de inconstitucionalidad el artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón, que atribuye al Gobierno de Zaragoza las funciones propias de la junta general en las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio. Se considera vulnerada la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE), que preserva el principio constitucional de autonomía local (arts. 137 y 140 CE) y configura el principio democrático. Al sustraer al pleno municipal la facultad de determinar el órgano que debe asumir las funciones propias de la junta

general de la sociedad, el precepto impugnado, según la demanda, contraviene lo dispuesto por los artículos 85 ter.3 y 123.1 k) de la Ley 7/1985, de 25 de abril, de bases del régimen local (LBRL), en conexión con las normas sobre formación de la voluntad de los órganos colegiados en las sociedades mercantiles unipersonales.

Los representantes procesales de las Cortes y el Gobierno de Aragón se oponen al recurso por entender que la Ley se acomoda a lo dispuesto por el Estatuto de Autonomía de Aragón (arts. 71.5 y 87) sin contradecir la legislación básica estatal, solicitando en consecuencia su desestimación.

2. El análisis del reproche de inconstitucionalidad mediata o indirecta que se dirige al precepto impugnado requiere constatar «que concurren dos condiciones; por un lado, que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa» (por todas, STC 210/2014, de 18 de diciembre, FJ 4).

a) La doctrina general del Tribunal sobre las bases estatales en materia de régimen local, manifestación de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado para dictar las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (artículo 149.1.18 CE), ha quedado recogida en la STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 3 a), que se tiene aquí por reproducida. En particular, las SSTC 103/2013, de 25 de abril; 143/2013, de 11 de julio; y 161/2013, de 26 de septiembre, han analizado el régimen específico de organización de los municipios de gran población, recogido en el título X LBRL, incorporado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Según la STC 103/2013, esta reforma legal «ha supuesto, para los municipios de gran población, un cambio definitivo en la concepción tradicional de los órganos de gobierno municipales pues, llevada por la necesidad de agilizar y reforzar la eficacia de la Administración municipal, ha diseñado una junta de gobierno local dotada de amplias funciones de naturaleza ejecutiva» quedando el pleno, que «ha perdido sus competencias administrativas», configurado «como un órgano con potestad normativa, de debate de las grandes políticas locales, de adopción de decisiones estratégicas y de control del poder “ejecutivo”». Se diseña así un modelo basado en «una separación clara de funciones entre [el pleno] en el que se reside el principio representativo, y [la junta de gobierno], órgano de carácter ejecutivo que aúna las competencias de dirección política o gobierno con la dirección

de la Administración municipal» (FFJJ 5 y 6). La STC 111/2016, de 9 de junio, en mención específica a los municipios de gran población, advierte por su parte que «la ordenación de las competencias de los órganos de gobierno que llevó a cabo la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local —a la que se refieren las SSTC 103/2013, 143/2013 y 161/2013— tuvo en cuenta el principio democrático. En líneas generales, optó por un modelo de separación funcional (en general, pero especialmente respecto de los llamados “municipios de gran población”), que traslada la dirección política y las tareas administrativas al alcalde (o presidente provincial) y a su junta de gobierno. Lo relevante a nuestros efectos es que el legislador perseguía (...) potenciar a la junta de gobierno local, pero fortaleció igualmente el pleno como órgano representativo que controla al anterior, monopoliza prácticamente toda la producción de normas y conserva funciones administrativas de relevancia» [FJ 8 b)].

Las atribuciones del pleno de los municipios de gran población, recogidas en el artículo 123.1 LBRL, están comprendidas en un modelo organizativo de indiscutible carácter básico: «La regulación de los órganos de gobierno municipal forma parte de la competencia básica del Estado para el desarrollo directo de los artículos 137 y 140 CE. En la medida en que el gobierno municipal se encomienda a diferentes órganos con muy distinta composición, la distribución entre ellos de las atribuciones municipales constituye un elemento esencial de la definición del funcionamiento democrático municipal (STC 33/1993, 1 de febrero, FJ 3) y, por tanto, del modelo de autonomía municipal común por el que ha optado el legislador estatal» [STC 103/2013, FJ 5 h)].

La competencia estatal del artículo 149.1.18 CE comprende asimismo la regulación de la organización de las entidades instrumentales locales, en «aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados» [STC 103/2013, FJ 5 d)]. Así se afirmó a propósito de la gestión directa de los servicios de competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales (art. 85 bis LBRL). La STC 41/2016 confirma que «el artículo 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], teniendo en cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE)» (FJ 14). La doctrina constitucional ha fijado

así un criterio perfectamente extensible a la gestión directa a través de sociedades mercantiles locales (art. 85 ter LBRL).

En el recurso se ha invocado asimismo el artículo 103 del texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. No puede considerarse parámetro de la constitucionalidad mediata en este proceso, puesto que no constituye normativa básica (SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 30, y 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 6).

b) Dentro del título VI del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr), dedicado a la organización territorial y el gobierno local, el artículo 87 dispone un régimen especial para Zaragoza, como capital de Aragón, que será establecido por Ley de las Cortes de Aragón. La Ley de Aragón 10/2017, cuyo artículo 14.1 u) es el objeto de este proceso constitucional, responde a este mandato estatutario. Como en el caso de las previsiones relativas al régimen de concejo abierto (art. 82.2 EAAr), la interiorización estatutaria de la materia de régimen local no puede hacerse en detrimento de la competencia estatal sobre las bases, de modo que la relación entre las normas estatutarias en materia de régimen local y las bases estatales se basa en la consideración de que las previsiones estatutarias deben respetar en todo caso la reserva a favor del Estado contenida en el artículo 149.1.18 CE (STC 210/2014, de 18 de diciembre, FJ 3).

La presente controversia queda pues regida por lo establecido en los artículos 149.1.18 CE y 71.5 EAAr, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de régimen local, «respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución». Entre las submaterias enumeradas en el artículo 71.5 EAAr, figura la relativa a «las modalidades de prestación de los servicios públicos locales». La STC 161/2013, de 26 de septiembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, recuerda que «las competencias autonómicas en materia de régimen local son de desarrollo de las bases estatales, y el título que en esta materia otorga al Estado el artículo 149.1.18 CE no ha desaparecido por la modificación estatutaria y la calificación de la competencia como exclusiva» (FJ 3).

c) De todo ello se desprende que la Comunidad Autónoma de Aragón, al regular el régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón (art. 87 EAAr), ejerce una competencia de desarrollo de las bases estatales en materia de régimen local, debiendo respetar lo establecido por los artículos 85 ter y 123.1 LBRL, cuyo carácter formal y material-

mente básico viene confirmado por la doctrina recogida en la antes citada STC 103/2013, FJ 5 d) y h).

3. Corresponde pues examinar si el artículo 14.1 u) de la Ley de Aragón 10/2017 entra en contradicción efectiva e insalvable con las citadas disposiciones estatales, dictadas por el Estado ex artículo 149.1.18 CE.

a) En el modelo organizativo básico aplicable a los municipios de gran población, según el artículo 123.1 k) LBRL corresponde al pleno, entre otras atribuciones, adoptar el acuerdo de creación de sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal, así como la aprobación de los expedientes de municipalización. Son atribuciones que, con distinta dicción, recoge el artículo 22.2 f) LBRL para el conjunto de los municipios.

Las sociedades mercantiles locales se rigen por el ordenamiento jurídico privado, (texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC), salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (art. 85 ter.1 LBRL). El artículo 85 ter.3 LBRL remite a los estatutos societarios la determinación de «la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas». La determinación de cuál sea el órgano que expresa la voluntad del socio único a la hora de ejercer las competencias propias de la junta general no viene dispuesta por el ordenamiento mercantil, que (al margen de las especialidades del régimen jurídico de las sociedades unipersonales públicas contempladas en el artículo 17 LSC, que no vienen al caso), únicamente predetermina que, en las sociedades unipersonales, es el socio único el que ejerce las competencias de la junta general (art. 15.1 LSC). La normativa estatal citada deja así abierta la configuración de los órganos societarios: no impone que el pleno se haya de constituir necesariamente en junta general, ni prohíbe en consecuencia que las funciones propias de la junta general de la sociedad mercantil sean ejercidas por la junta de gobierno local.

Lo que sí hace el artículo 85 ter.3 LBRL, inequívocamente, es reservar a los estatutos societarios esta decisión, fijando una regla básica cuya interpretación requiere tener en cuenta el ordenamiento jurídico privado por el que se rigen, con las especialidades indicadas, las sociedades mercantiles locales.

El acuerdo de creación que corresponde al pleno municipal [art. 123.1 k) LBRL] equivale al acto unilateral de constitución de las sociedades unipersonales (art. 19.1 LSC), primera fase del proceso formativo de una

sociedad mercantil. En la siguiente fase de la sociedad en formación, la escritura de constitución de las sociedades de capital, que perfecciona el proceso fundacional, forzosamente deberá ser otorgada por el socio fundador, por medio de representante cuando se trate de una persona jurídica (art. 21 LSC). La escritura pública debe incluir, entre otros contenidos mínimos, los estatutos sociales [art. 22.1 d) LSC]. Constituye un negocio jurídico unilateral, en el que la voluntad del único socio fundador se manifiesta en la escritura pública de constitución, cuyo contenido mínimo, por exigencia legal, incluye los estatutos sociales.

En las sociedades mercantiles locales unipersonales, el fundador de la sociedad es el ayuntamiento, socio único que expresa su voluntad a través del pleno, constituyendo los estatutos societarios la manifestación más acabada de la voluntad del fundador. La voluntad fundacional no puede entenderse constreñida a la aprobación de un acuerdo de creación de la sociedad abstracto o vacío de contenido. La escritura pública formaliza el acto de constitución, incorporando como parte necesaria de su contenido los estatutos; es inherente a la voluntad fundacional el otorgamiento de escritura pública comprensiva de los estatutos sociales, con el contenido mínimo fijado legalmente: la denominación de la sociedad; el objeto social, determinando las actividades que lo integran; el domicilio social; el capital social; el modo o modos de organizar la administración de la sociedad; y el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad (art. 23 LSC).

Al remitir la decisión sobre los órganos societarios a los estatutos, el art. 85.ter.3 LBRL es plenamente congruente con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico privado, que también remite a los estatutos el modo o modos de organizar la administración de la sociedad [art. 23 e) LSC]. Debe concluirse que el ordenamiento jurídico estatal, tanto público (y básico) como privado, encomienda esta decisión a la voluntad del socio fundador, que en las sociedades mercantiles locales de carácter unipersonal no es otro que el pleno del ayuntamiento, a través del acuerdo de creación que le atribuye el artículo 123.1 k) LBRL.

b) El artículo 14.1 u) de la Ley de Aragón 10/2017, al atribuir al Gobierno de Zaragoza «la formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de junta general», no se opone formal o literalmente, al artículo 123.1 k) LBRL, que recoge una atribución del pleno recogida por lo demás, en los mismos términos literales, en el artículo 11.1 k) de la Ley autonómica. Pero materialmente sí entra en contradicción efectiva e insalvable con la normativa

básica de repetida cita, al reducir el acuerdo de creación de la sociedad mercantil local a un acto vacío de una parte del contenido fundacional que le es propio.

En particular, contradice lo dispuesto por el artículo 85 ter.3 LBRL, al impedir que el pleno decida, al aprobar los estatutos de la sociedad, cuál es «la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas».

El legislador básico estatal ha reservado al pleno municipal la facultad de optar por una u otra fórmula organizativa en las sociedades mercantiles locales, dentro naturalmente del margen de configuración dispuesto por el ordenamiento jurídico. La ley autonómica, al desapoderar al pleno de este ámbito de decisión, invade el espacio de autoorganización local garantizado por la normativa básica estatal, e incurre con ello en vulneración del artículo 149.1.18 CE.

c) Procede por tanto estimar este recurso de inconstitucionalidad declarando la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón, sin necesidad de pronunciamiento sobre el levantamiento o el mantenimiento de la suspensión acordada por providencia de 6 de septiembre de 2018 (por todas, STC 142/2017, de 12 de diciembre, FJ 6).

QDL49SUMARIO

Estudios

- 12 Nuevos retos de la transparencia
· EMILIO GUICHOT
- 32 La intervención administrativa sobre las viviendas
vacacionales. Especial referencia a las entidades
locales · FERNANDO GARCÍA RUBIO
- 82 Municipios en la encrucijada: la garantía de los ser-
vicios públicos «potestativos» · GABRIELE VESTRI
- 107 Inicio y fin de la caducidad en el procedimiento
administrativo sancionador
· L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ
- 136 La responsabilidad de la Junta de Compensación y
de los juntacompensantes
· JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Ponencias, crónicas y notas

- 176 Reflexiones en el ámbito local con ocasión de las
sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley
de Racionalización y Sostenibilidad de la Adminis-
tración Local
· FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO
- 194 Municipalismo y Policía Comunitaria. Un estudio
administrativo y psicosociológico para un nuevo
modelo policial
· PABLO-DARÍO IBAÑEZ CANO
- 234 Doctrina constitucional en relación con el control
mediante cámaras de videovigilancia
· ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ
- 281 Incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea, de fecha 27 de junio de 2017,
en relación con los beneficios fiscales de los tributos
locales · PILAR GALINDO MORELL
- 308 La consolidación como cauce diferencial con el
acceso al empleo público. El supuesto de la Admi-
nistración local · MARCOS PEÑA MOLINA

Jurisprudencia

- 328 Crónica de jurisprudencia (de 1 de octubre de 2018
a 28 de febrero de 2019)
· ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

