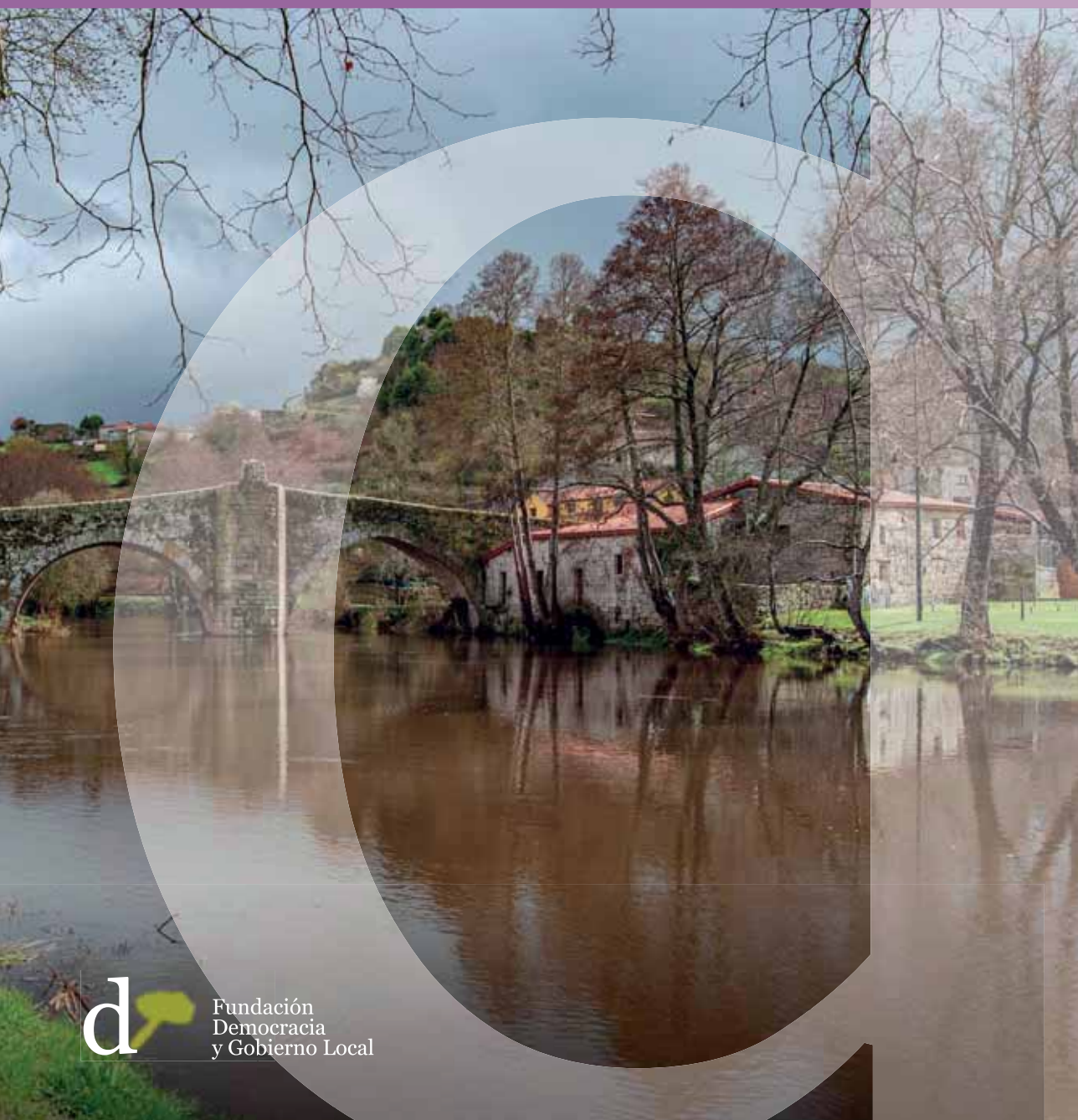


QDL51

Octubre de 2019 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL51

Octubre 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

Fernando el Santo, 27, bajo A - 28010 Madrid

Producción

Día Cash, s.l.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel)/2695-6101 (digital)

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*

QDL51

12

Estudios

La regulación del artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: demolición de edificaciones ilegales y garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe

ALFREDO GALÁN GALÁN E IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO

60

Concesiones mineras y ordenación urbanística

FERNANDO GARCÍA RUBIO

118

Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales

RAMON GALINDO CALDÉS

140

Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio: algunas cuestiones problemáticas

JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

164

Ponencias, crónicas y notas

Doctrina jurisprudencial sobre mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas: su relación directa con los derechos de libertad de expresión y acceso a los cargos públicos

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH

188

Dos fórmulas de valoración de las ofertas económicas adecuadas a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

CARLES ROS ARPA

204

La malversación del patrimonio público

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

Índice

Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
sobre Administración local 2018-2019
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

244

La doctrina jurisprudencial
del Tribunal Supremo referida al ámbito local
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT

266

QDL51

Estudios

La regulación del artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: demolición de edificaciones ilegales y garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe

ALFREDO GALÁN GALÁN

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universitat de Barcelona*

IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO

Becario doctoral de la Universitat de Barcelona

1. **La nueva regulación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**
2. **El origen del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: su génesis parlamentaria**
3. **Las paralelas reformas penal y administrativa: el nuevo artículo 319.3 del Código Penal**
4. **Los antecedentes del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: leyes autonómicas y declaración de inconstitucionalidad**
 - 4.1. La vía de la legislación sobre urbanismo en Cantabria
 - 4.1.1. El primer intento: la Ley 2/2011, de 4 de abril, de modificación de la Ley 2/2001, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística
 - 4.1.2. El segundo intento: la Ley 4/2013, de 20 de junio, del régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones pre-existentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento
 - 4.2. La vía de la legislación sobre vivienda en Galicia
5. **El examen de las cuestiones controvertidas que suscita la interpretación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998**
 - 5.1. Los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: naturaleza jurídica del condicionamiento de la demolición a la prestación de garantías suficientes

Artículo recibido el 21/10/2019; aceptado el 03/01/2020.

- 5.2. El ámbito temporal de aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: el régimen transitorio
- 5.3. Los elementos subjetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998
 - 5.3.1. La determinación del sujeto que debe exigir la prestación de garantías suficientes
 - 5.3.2. La determinación del sujeto beneficiario de la prestación de garantías suficientes
 - 5.3.3. La determinación del sujeto obligado a la prestación de garantías suficientes
- 5.4. Los elementos objetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998
 - 5.4.1. La determinación de la clase de garantía que debe prestarse
 - 5.4.2. La determinación de la suficiencia de la garantía prestada
 - 5.4.3. La determinación de la noción de “indemnizaciones debidas”
 - 5.4.4. El “inmueble” a demoler sobre el cual debe prestarse garantía
- 5.5. Los elementos procedimentales del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

Resumen

En 2015 se incorporó un apartado tercero al artículo 108 de Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, relativo al régimen de ejecución de sentencias en las cuales se ordenase la demolición de un inmueble. De conformidad con dicho precepto, cuando se ordene la demolición se debe exigir, como condición previa, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Se trata de un precepto que en la práctica ha generado múltiples cuestiones, puesto que, además de estar plagado de conceptos jurídicos indeterminados, confronta la protección de los terceros de buena fe con la tutela judicial efectiva y la ejecución de las sentencias. Ante esta tesitura, y en aras de la seguridad jurídica, el Tribunal Supremo se ha erigido como actor principal para colmar las lagunas jurídicas existentes, perfilando el exacto contenido de este precepto y dotando de criterios interpretativos en ejercicio de su función nomofiláctica. El presente trabajo trata de sistematizar los pronunciamientos recaídos hasta el momento y de contextualizar el citado precepto.

Palabras clave: *demolición de inmuebles; terceros de buena fe; ejecución de sentencias; indemnizaciones debidas; artículo 108.3 LJCA.*

The regulation of Article 108.3 of the Law on Contentious-Administrative Jurisdiction: demolition of illegal buildings and guarantee of compensation due to third parties in good faith

Abstract

In 2015, a third section was incorporated into article 108 of Law 29/1998, on the Contentious-Administrative Jurisdiction, regarding to the legal framework for the execution of judgments in which the demolition of a property was ordered. In accordance with that provision, when the demolition is ordered, the provision of enough guarantees to respond to the payment of compensation due to third parties in good faith must be required as a precondition. It is a provision that in practice has generated multiple issues. In addition to being plagued with undetermined legal concepts, it confronts the protection of third parties in good faith with effective judicial protection and the execution of judgments. Given this situation, and for the sake of legal certainty, the Supreme Court has established itself as the main actor to fill the existing legal loopholes, outlining the exact content of this provision and providing interpretive criteria in the exercise of its interpretative function. The article pursues to systematize the existing case law and contextualize Art. 108.3 of the Law on Contentious-Administrative Jurisdiction.

Keywords: demolition of buildings; third parties in good faith; execution of judgments; compensations; Art. 108.3 Law on Contentious-Administrative Jurisdiction.

1

La nueva regulación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

El precepto legal nuevo que es objeto de nuestro estudio se ha añadido a la regulación ya existente en materia de ejecución de sentencias. En concreto, como nuevo apartado (tercero) del artículo 108, ubicado dentro del capítulo IV (“Ejecución de sentencias”) del título IV (“Procedimiento contencioso-administrativo”) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El nuevo artículo 108.3 de la Ley 29/1998 dice así: “El juez o tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción

de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

De la simple lectura del precepto, esto es, de su literalidad, se derivan ya las siguientes consecuencias¹:

- a) El presupuesto para la aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 es que concurra alguno de “los casos” allí descritos. Esta concurrencia requiere el cumplimiento de tres condiciones. Primera: que el juez o tribunal haya declarado contraria a la normativa la construcción de un inmueble. Segunda: que haya ordenado la demolición del inmueble² y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. Y tercera: que lo haya ordenado “motivadamente”.
- b) La actividad impuesta al juez o tribunal es la de exigir la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe³. Nótese cómo el artículo 108.3 de la Ley utiliza el modo imperativo (“exigirá”).
- c) La prestación de garantías suficientes, en los términos arriba indicados, constituye una “condición previa a la demolición”. Por consiguiente, del tenor literal del precepto parece deducirse que, si no se prestan esas garantías o bien no se prestan en grado suficiente, no podrá procederse a la demolición. Y ello a pesar de que concurra alguno de “los casos” habilitantes, esto es, que un juez o tribunal haya declarado contraria a la normativa la construcción de un inmueble y, además, de manera motivada, haya ordenado su demolición y la reposición al estado originario⁴.

1. TOLOSA TRIBIÑO, C., “La aplicación judicial del art. 108.3 LJCA: certezas e incertidumbre”, *Revista de Urbanismo Lefebvre-el Derecho*, núm. 62, 2018.

2. Al respecto, debemos tener presente que el Tribunal Supremo ha sido categórico al afirmar que la demolición de las construcciones ilegítimas es un pronunciamiento implícito en las declaraciones de ilegalidad de los títulos administrativos en los que se ampara (SSTS de 23 de septiembre de 2003, RJ 2003/7186, y 7 de junio de 2005, RJ 2005/5244) que incluso no requiere que haya sido solicitada por las partes, sino que es una consecuencia irremediablemente derivada de la acción de nulidad (STS 18 de febrero de 2009, RJ 2009/2834).

3. Sobre los motivos que complican la ejecución de las resoluciones judiciales que comportan la demolición de inmuebles ilegalmente contruidos se recomienda la lectura de CASTANEDO GARCÍA, M.^a E., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, en NAVARRO VEGA, M.^a B. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 214-217.

4. CALATAYUD PRATS, I., “La invalidez de las licencias urbanísticas no siempre da lugar a la demolición de las obras: a propósito de la reforma del artículo 108 de la LJCA”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 52, 2016, págs. 75-101.

- d) La regla general descrita en el apartado precedente, es decir, que no cabe la demolición si no se han prestado garantías suficientes, encuentra una excepción expresa en el artículo 108.3 de la Ley: “salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera”. En esta hipótesis, deberá procederse a la demolición aunque no haya prestación de garantías suficientes. La justificación de la excepción se encuentra, obviamente, en la urgencia de poner fin a la “situación de peligro” que, además, debe de ser “inminente”.

2

El origen del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: su génesis parlamentaria

Se ha añadido el apartado 3 al artículo 108 como consecuencia de la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa operada por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015 modifica varios artículos de la Ley 29/1998. En concreto, su apartado 4 “introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 108, con la siguiente redacción: (...)”.

Sorprende que el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015 no contenga una justificación de la reforma que estamos examinando. Aún más, ni siquiera aparece mencionada. En su apartado XII, se limita a afirmar que “como complemento al articulado [que introduce las modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial] se introducen seis disposiciones adicionales, nueve transitorias y diez finales”. Entre las disposiciones finales, únicamente se hace mención a la cuarta, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, después, a la tercera, que modifica la Ley 29/1998. En relación con esta última, sin embargo, el preámbulo se centra únicamente en la reforma que se lleva a cabo sobre el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El protagonismo de esta modificación ha eclipsado a las otras de la Ley 29/1998, incluida la que estamos examinando, hasta el punto de que, como hemos adelantado, ni siquiera han merecido una alusión por el legislador.

Para encontrar la motivación de la reforma que supone el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 hemos de acudir a su origen, esto es, a su génesis parlamentaria⁵. El examen de su tramitación en las Cortes nos permite constatar, de

5. Asimismo, cabe invocar como antecedente indirecto del citado precepto el Informe Auken, aprobado por resolución del Pleno del Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009

entrada, que esta modificación no estaba incorporada en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Su interés se centraba, en lo referente a la Ley 29/1998, en la nueva regulación que se quería ofrecer del recurso de casación, en torno a la noción del interés casacional objetivo⁶. Hemos de esperar hasta que la iniciativa llegue al Senado para encontrar, por primera vez, señales de la propuesta de modificar el artículo 108 de la Ley 29/1998 por la vía de adicionarle un nuevo apartado 3⁷.

A través de dos enmiendas de adición, de contenido idéntico e igual justificación, presentadas, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 130) y por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (enmienda núm. 279), se propuso la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 108 de la Ley 29/1998 con la siguiente redacción: “En cualquier caso los jueces y tribunales, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordenen motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, garantizarán, como condición previa a la demolición, el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”⁸.

El contenido de las enmiendas presentadas se corresponde mucho con la redacción finalmente aprobada. Pero no en su totalidad. Se detectan, en efecto, algunas diferencias entre ambos textos. Discrepancias que, a nuestro juicio, y en orden a su relevancia, pueden ser agrupadas del modo siguiente.

Existen, de entrada, algunos cambios que nos parecen menores, más bien de estilo. Así, de entrada, la referencia al juez o tribunal en plural (en las enmiendas) o bien en singular (redacción final). También, en segundo lugar, la referencia que se hace a los jueces “y” tribunales (en las enmiendas) o

(ponente Sra. Margrete Auken), sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248[INI]). En dicho Informe se instaba a las autoridades españolas, entre otras cuestiones, a establecer mecanismos judiciales y administrativos operativos que permitiesen acelerar el acceso a la justicia y la indemnización a las víctimas de abusos urbanísticos.

6. Precisamente uno de los temas más recurrentes del nuevo sistema casacional ante el Tribunal Supremo ha sido la interpretación de este artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sobre el cual se han llegado a dictar un total de 16 autos de admisión de recursos de casación por parte de la Sección de Admisión del Tribunal Supremo para abordar distintos aspectos controvertidos de este precepto.

7. Sobre el citado precepto se recomienda la lectura de BARDAJÍ PASCUAL, G., “Sobre el nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa relativo a la demolición de construcciones declaradas ilegales por sentencia”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho administrativo. Anuario de Derecho Administrativo 2016*, Civitas, Madrid, 2016, págs. 737-754.

8. Boletín Oficial de las Cortes Generales, apartado I, núm. 542-3607, de 16 de junio de 2015.

al juez “o” tribunal (redacción final). Por último, el cambio de la expresión “en cualquier caso” (en las enmiendas) por “en los casos” (redacción final), seguramente justificado por la introducción –en la redacción final– de una excepción a la regla, en los términos que ahora veremos. La redacción de las enmiendas, por lo demás, es idéntica a la del artículo 319.3 del Código Penal, que toma como referente.

En segundo término, hay cambios que parecen sustantivos y de mayor relevancia. Por lo pronto, como hemos avanzado, la introducción, en la redacción final, de una excepción a la regla según la cual el juez o tribunal debe exigir la prestación de garantías suficientes como condición previa a la demolición: no aparece en las enmiendas, pero sí en la redacción final, que tal cosa deberá exigirse “salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera”.

También cambia, en segundo lugar, la descripción normativa dada de aquello que se impone al juez o tribunal. En efecto, en las enmiendas lo requerido es: “garantizarán [jueces y tribunales] (...) el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”. Sin embargo, la redacción definitiva es otra: “exigirá [juez o tribunal] (...) la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

El cambio –también de sentido– es notable: queda ahora claro que aquello a lo que está obligado el juez o tribunal no es a garantizar él mismo el pago de la indemnización (“garantizarán”), sino a exigir –a otro sujeto distinto– que se presten las garantías –que, además, ahora se exige expresamente que sean suficientes– para asegurar (“responder”) aquel pago de la indemnización (“exigirá”)⁹.

La motivación de la enmienda –común en ambos casos– es escueta: “Mejora técnica en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de propiedad, y de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe”¹⁰.

De la lectura de la motivación se deriva la búsqueda de un doble fundamento de las enmiendas. Por un lado, se justifica la iniciativa poniendo en evidencia la finalidad buscada con la nueva regulación (“en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de

9. Véase GARCÍA MORAGO, H., “Reflexiones a propósito del nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y sobre el nuevo artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria”, *Revista de Urbanismo Lefebvre-el Derecho*, núm. 35, 2015.

10. Véase MEDIAVILLA CABO, J. V., “Reflexiones en relación al artículo 108.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, págs. 21-40.

propiedad”), aspecto este del que nos ocuparemos más adelante¹¹. Y, por el otro, explicitando el paralelismo de la modificación propuesta con la reforma ya operada en el Código Penal, ambas (“de forma análoga”) dirigidas a “proteger a terceros adquirentes de buena fe”.

Resulta muy discutible compartir, por lo demás, que la reforma propuesta con estas enmiendas, de hondo calado y que se formaliza en la adición de un nuevo apartado a un artículo de la Ley 29/1998, pueda calificarse como una mera “mejora técnica”¹².

Las enmiendas que estamos examinando no se aprobaron en el Informe de la Ponencia, sino, posteriormente, en el Pleno del Senado.

3

Las paralelas reformas penal y administrativa: el nuevo artículo 319.3 del Código Penal

El artículo 319 del Código Penal está situado en el capítulo I (“De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”) de su título XVI (“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”). La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el apartado 171 de su artículo único, ha modificado el contenido del apartado 3 del citado artículo 319, que queda redactado del siguiente modo: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente

11. En este sentido, tal como apunta Ezquerro Huerva, la finalidad de dicho precepto es impedir los efectos de todos aquellos pronunciamientos judiciales para los cuales la presencia de terceros hipotecarios de buena fe, que pudieran verse perjudicados por la demolición de un inmueble ilegal, resulta un dato irrelevante a efectos del cumplimiento y la ejecución de la sentencia. Véase EZQUERRA HUERVA, A., “La protección de los adquirentes de buena fe frente a la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles”, en GIFREU FONT, J., BASSOLS COMA, M. y MENÉNDEZ REXACH, A. (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, pág. 877.

12. Al respecto de si la modificación normativa merece un juicio positivo o negativo se recomienda la lectura de GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUIZ LÓPEZ, M. A., “La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35, 2015, págs. 23-45.

la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Comparando la redacción anterior con la nueva, se descubre que el objeto de la reforma ha sido introducir un inciso en el precepto, con la finalidad de permitir condicionar la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En concreto, el inciso añadido es el siguiente: “y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas”. En el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 no se incluye la justificación de esta reforma, es más, ni siquiera aparece mencionada.

La existencia de una conexión entre las reformas del artículo 319.3 del Código Penal y del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 parece evidente. Y no solamente por la cercanía temporal de las modificaciones. Primero la reforma penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, y, muy poco tiempo después, la reforma procesal administrativa, operada por la Ley Orgánica 7/2018, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que además, entre otras leyes, también modifica la Ley 29/1998. Más allá de los tiempos, el contenido de los cambios introducidos en ambos artículos pone de manifiesto una voluntad coordinada del legislador. Cabe recordar, en este punto, la motivación común de las enmiendas presentadas en el Senado y que están en el origen del artículo 108.3 de la Ley 29/1998. En ellas, se justificaba la reforma administrativa diciendo que se propone “de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe”. No obstante, a nuestro parecer, habría resultado más lógico tocar primero la legislación procesal administrativa y solamente con posterioridad la normativa penal.

Es de interés realizar una comparación entre las nuevas redacciones del artículo 319.3 del Código Penal y del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, pues la comparación entre ambas regulaciones arroja diferencias sustanciales en cuanto a las potestades de cada órgano jurisdiccional¹³.

Ambas reformas tienen en común, de entrada, la finalidad buscada: la protección de terceros de buena fe. Recuérdesse, de nuevo, la motivación de

13. Véase SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El artículo 108.3 de la LJCA: la ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, en NAVARRO VEGA, *op. cit.*, pág. 178.

las enmiendas apenas citadas, según las cuales, “de forma análoga” a la reforma penal, la posterior administrativa tiene lugar “para proteger a terceros adquirentes de buena fe”. Y, en segundo lugar, ambos preceptos pretenden conseguir este objetivo de una misma forma: mediante el condicionamiento de la demolición a la existencia de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones que se les deban. Se afirma, de este modo, que la demolición quedará “condicionada temporalmente” (artículo 319.3 del Código Penal), o bien que tendrá como “condición previa” la existencia de las indicadas garantías.

A pesar de esta conexión teleológica, la literalidad de los preceptos no es del todo coincidente. En este sentido, pueden destacarse las siguientes diferencias, que, como ahora veremos, no son tan sustanciales como pudiera deducirse de una lectura apresurada. Bajo el presupuesto, claro está, de que los preceptos examinados se dirigen a jueces o tribunales de órganos jurisdiccionales distintos: el artículo 319.3 del Código Penal al juez penal, mientras que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 al juez contencioso-administrativo.

Una primera diferencia parece referirse al margen de libertad de que dispone el juez a la hora de tomar la decisión de condicionar la demolición a la prestación de las garantías. El juez contencioso-administrativo, según reza la literalidad del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, no dispone de ningún margen. Este precepto emplea el modo imperativo para imponerle (“exigirá”) la reclamación de la prestación de las garantías. El único espacio dejado a la valoración de este juez es, en su caso, la determinación de la concurrencia de la excepción, definida legalmente con conceptos jurídicos indeterminados (“situación de peligro” e “inminencia”). En cambio, el artículo 319.3 del Código Penal no ata tan en corto al juez penal, puesto que deberá tomar su decisión “valorando las circunstancias” y, además, “oída la Administración competente”. Realizadas estas operaciones, el juez penal tomará la decisión que considere oportuna, por mucho que el tenor literal del precepto emplee el modo imperativo (“condicionarán”).

Dicho de otra manera, no tiene sentido exigir legalmente al juez penal que valore las circunstancias concurrentes en el caso y, además, que escuche a la Administración competente, si estas actuaciones no pueden tener ninguna incidencia en la decisión a adoptar, por el hecho de que necesariamente deba ser positiva al condicionamiento de la demolición. Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es, a nuestro juicio, que la diferencia entre ambos preceptos realmente no es tan notoria.

De entrada, porque parece razonable suponer que el juez contencioso-administrativo no adoptará la medida de impedir –siquiera temporalmente– una demolición sin escuchar antes a la Administración que la haya

ordenado. Y, además, porque la imposición que hace el Código Penal al juez penal de que “valore las circunstancias” puede reconducirse, al menos parcialmente, a la excepción prevista en la Ley 29/1998 y que permite al juez contencioso-administrativo no condicionar la demolición. Dicho de otro modo, las “circunstancias” que deben ser valoradas por el juez penal son identificables —en parte— a la existencia de una “situación de peligro inminente”.

Como segunda diferencia, el artículo 319.3 del Código Penal advierte el carácter temporal de la condición a la que se somete la demolición (“condicionarán temporalmente”). Esta advertencia no aparece, en cambio, en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 (“condición previa”). No obstante, la lógica de ambos preceptos es la misma: no debe procederse a la demolición hasta que no se hayan prestado las garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones que se deban a terceros de buena fe. Por tanto, como resulta conforme a su esencia, también la de la Ley 29/1998 es una condición temporal.

Por último, cabe señalar que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 matiza que las garantías exigidas deben ser “suficientes”. Cosa que no se hace en el artículo 319.3 del Código Penal. A pesar de ello, no cabe duda de que el juez penal debe entender cumplida la condición únicamente cuando, a su juicio, las garantías constituidas sean suficientes. Porque —y esto es un elemento común en ambos casos— la estimación de la suficiencia de las garantías corresponde al juez, ya sea el penal o el contencioso-administrativo, disponiendo aquí de otro ámbito de valoración.

4

Los antecedentes del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: leyes autonómicas y declaración de inconstitucionalidad

Los primeros intentos legislativos de proteger a los terceros de buena fe, en el caso de demolición de inmuebles, se encuentran en la legislación autonómica. En concreto, en la legislación urbanística y en la de vivienda, en la búsqueda de una cobertura competencial autonómica. No obstante, el denominador común a todos estos intentos ha sido su declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, precisamente por invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (artículo 149.1.6 de la Constitución). A la vista del fracaso de esta vía¹⁴, ha sido cuando el legislador

14. La conexión entre el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y sus antecedentes autonómicos es puesta de manifiesto incluso por los órganos jurisdiccionales, como sucede en el Auto, de 18 de abril de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Santander

estatal ha impulsado la nueva redacción del artículo 108 de la Ley 29/1998 y, en concreto, la adición de su apartado 3.

4.1

La vía de la legislación sobre urbanismo en Cantabria

En Cantabria se han realizado dos intentos, ambos fracasados tras las correspondientes sentencias del Tribunal Constitucional. En los dos casos la vía empleada fue la reforma de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

4.1.1

El primer intento: la Ley 2/2011, de 4 de abril, de modificación de la Ley 2/2001, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística

La Ley 2/2011, de 4 de abril, de modificación de la Ley 2/2001, entre otras medidas, introduce una nueva disposición adicional sexta a la Ley 2/2001, relativa a la tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística. Pues bien, su apartado 4, párrafo quinto, establecía lo siguiente: “Solo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado”.

En el preámbulo de la Ley 2/2011 se encuentra una clara justificación de la reforma operada. De entrada, se constata la existencia de un problema no resuelto satisfactoriamente: “No es posible desconocer que cuando la restauración de la legalidad urbanística exige la adopción de la más rigurosa

(rec. núm. 185/1999), al afirmar: “Con dos sentencias constitucionales sobre esta materia y una doctrina que permite hacer interpretaciones conformes al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de ejecución del fallo, es posible conciliar el sentido del art. 108.3 LJ con el art. 24 CE, 105.a y 2 LJ, reforma introducida tras el fracaso de dos normas autonómicas dirigidas a resolver el problema jurídico, social y político generado por la obligación que pesa, aún pendiente, de cumplir los fallos firmes y demoler las viviendas e inmuebles afectados. Este nuevo precepto, consecuencia de esta situación (pero sin mención alguna en la exposición de motivos de la Ley que la introduce), ha de interpretarse conforme al texto constitucional para evitar, de nuevo, el mismo problema surgido con la Ley autonómica 2/2011, respetando el derecho fundamental de quien ha obtenido un fallo a su favor” (fundamento de derecho segundo).

de las medidas, la demolición de lo indebidamente edificado, su ejecución acarrea negativas consecuencias para los terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles afectados, que, habiendo sido ajenos, normalmente, a la comisión de la infracción, de la que suelen tener noticia posteriormente, se ven privados de uno de los más relevantes bienes de su patrimonio, en ocasiones afectado al pago de un préstamo que habrán de afrontar en todo caso sin poder disfrutar del inmueble. Estas consecuencias se tornan aún más gravosas cuando en el inmueble que hay que demoler el propietario tiene su vivienda habitual”.

Seguidamente, se reconoce el mecanismo jurídico para el resarcimiento del daño¹⁵: “En estos casos, el ordenamiento jurídico configura el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración como el mecanismo adecuado para resarcir tales perjuicios, compitiendo a los poderes públicos el dotar a los perjudicados de eficaces herramientas para conseguir la pertinente restitución patrimonial”. Finalmente, se afirma que, con la reforma, se pretenden introducir las “modificaciones normativas necesarias para que a los propietarios sobre los que pesan sentencias firmes de derribo, como consecuencia de la ilegalidad de la licencia concedida, se les garantizara la indemnización del perjuicio patrimonial con carácter previo al efectivo derribo del inmueble”.

En concreto, con la Ley de reforma “se pretende incorporar a la legislación urbanística de Cantabria una previsión que (...) dentro del marco establecido por la legislación administrativa estatal, permita el abono de la indemnización con carácter previo al derribo efectivo de los inmuebles. Se trata así de evitar que a los propietarios afectados se les prive de sus inmuebles sin que por la Administración responsable del perjuicio se atiendan sus legítimas pretensiones de forma inmediata, dando una pronta respuesta a su petición resarcitoria, y evitando, al propio tiempo, que el perjudicado tenga que esperar a verse privado del inmueble, momento en el que se verifica realmente el daño, para incoar un largo proceso ante las Administraciones primero, y eventualmente ante los tribunales, para conseguir ese resarcimiento patrimonial”.

Quizá consciente de las posibles críticas que pudiera recibir la Ley desde la perspectiva competencial, su preámbulo termina justificando que ha sido dictada sin afectar las competencias estatales y al amparo de títulos competenciales propios, en concreto, las competencias autonómicas atribuidas por el Estatuto de Autonomía de Cantabria sobre urbanismo, vivienda, organi-

15. CORTINES GONZÁLEZ DE RIANCHO, F., “El problema de la responsabilidad por las sentencias de derribo en Cantabria”, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 110, 2011.

zación administrativa propia y especialidades procedimentales derivadas de la propia organización: “Las previsiones legales no alteran en modo alguno el régimen general de responsabilidad patrimonial, ni prejuzgan la Administración responsable, ni desde luego inciden sobre las diversas modalidades indemnizatorias que puedan existir al margen del sistema de responsabilidad patrimonial, a través de fórmulas urbanísticas que, como transferencias de aprovechamiento, garanticen la indemnidad del patrimonio de los particulares. Estos extremos se recogen en la normativa general, en cuyo marco se incardina la presente regulación. Se trata, por tanto, de previsiones que se incorporan al ordenamiento autonómico de índole exclusivamente procedimental, encontrando acomodo en las competencias autonómicas sobre urbanismo y vivienda, organización administrativa propia, y especialidades procedimentales derivadas de la propia organización (artículo 24, apartados 1 y 3, y artículo 32 del Estatuto de Autonomía para Cantabria)”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril¹⁶, dictada como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, declaró la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, del precepto legal que estamos examinando, esto es, del párrafo quinto del apartado 4 de la disposición adicional sexta de la Ley 2/2001.

El reproche de inconstitucionalidad formulado por el órgano judicial frente al precepto legal cuestionado de la disposición adicional sexta es “que en ella se introduce una causa de suspensión de la ejecución judicial de las sentencias que llevan aparejada la demolición de obras declaradas ilegales, lo que vulneraría la competencia estatal exclusiva en materia de legislación procesal –artículo 149.1.6 de la Constitución–” (fundamento jurídico segundo). De manera coherente, la sentencia centra la cuestión a resolver “en la pretendida vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre legislación procesal (artículo 149.1.6 de la Constitución) por el párrafo 5 del apartado cuarto de la disposición adicional sexta cuestionada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria” (fundamento jurídico cuarto).

La declaración de inconstitucionalidad se fundamenta por el Tribunal Constitucional con el siguiente razonamiento: “La conclusión de lo anteriormente expuesto es que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido

16. Véase MARTIN REBOLLO, L., “Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)”, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 28, 2013.

la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el artículo 149.1.6 de la Constitución, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concorra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional”. Y prosigue: “Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso. Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –artículo 149.1.6 de la Constitución– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución que resulta igualmente vulnerado” (fundamento jurídico sexto).

4.1.2

El segundo intento: la Ley 4/2013, de 20 de junio, del régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento

La Ley 4/2013, de 20 de junio, vuelve a modificar la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. En lo que ahora nos interesa destacar, se le añade un nuevo artículo 65.bis, con la rúbrica “autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes”. En breve, el supuesto contemplado es aquel en el que se ha iniciado el procedimiento para la modificación del planeamiento urbanístico. En este contexto, la nueva regulación permite que los propietarios de edificaciones de-

claradas previamente ilegales (de conformidad con el planeamiento vigente y que ahora se quiere cambiar) y sobre los que pesa una orden de derribo, puedan obtener una autorización de carácter provisional. El requisito para su obtención es la previa comprobación de que la edificación en cuestión resulta compatible con el nuevo planeamiento en tramitación. El efecto de esta autorización es que, mientras despliegue sus efectos, las edificaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y resultándoles de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación. La consecuencia práctica es la paralización de la resolución, administrativa o judicial, que ordena el derribo de la edificación.

Es en el sentido arriba indicado como debe entenderse el apartado 1 del nuevo artículo 65 bis: “Iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, autorizaciones provisionales que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación. Si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución alguna podrá entender desestimada su petición”.

Por su parte, los efectos de la autorización se determinan en el apartado 2 del artículo 65.bis: “Las autorizaciones provisionales supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación”.

La extinción de la autorización, que es provisional, se producirá por las causas fijadas en el apartado 4 del artículo 65.bis: “Los efectos de las autorizaciones provisionales se extinguirán en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Cuando las edificaciones o construcciones preexistentes obtengan una nueva licencia de obra. Al no tratarse de obras de nueva construcción, y siempre que las edificaciones preexistentes estuviesen concluidas, los requisitos relativos a las condiciones técnicas de la edificación que tendrán que cumplirse para obtener la nueva licencia de obra serán los exigidos por la legislación vigente en la fecha en la que fue concedida la licencia que permitió la efectiva construcción de las mismas. b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado posteriormente en la aprobación inicial, provisional o definitiva del instrumento de planeamiento. Esta circunstancia será puesta de manifies-

to por la autoridad urbanística competente para llevar a cabo la aprobación correspondiente del instrumento de planeamiento, sin que en ningún caso el incumplimiento de esta obligación suponga la eficacia de las autorizaciones provisionales. c) Cuando transcurran cuatro años desde su otorgamiento”.

El preámbulo de la Ley 4/2013 explica claramente el sentido de la reforma y su fundamento. Comienza con la exposición del problema a resolver: “En muchos casos se está tramitando la formación, modificación o revisión de planeamiento que contempla ordenaciones conforme a las cuales, edificaciones o actuaciones que habían sido declaradas ilegales previamente, podrían obtener nuevas licencias de obra una vez que dichos planeamientos entrasen en vigor. En estos supuestos, si se demoliera lo que resulta conforme con el planeamiento municipal en tramitación antes de su aprobación definitiva, se daría la paradoja de que se podría volver a construir lo que acababa de ser demolido, con lo que se causarían perjuicios irreparables a los propietarios de dichas construcciones y, en muchos casos, al interés público”.

Más adelante se indica el instrumento jurídico con el que se quiere afrontar la situación: “Se crea así una nueva figura jurídica o institución, como son las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, con un régimen jurídico propio y específico. En este caso, al igual que ocurre con los acuerdos de suspensión de licencias, durante la tramitación del planeamiento, e incluso con anterioridad a la aprobación inicial, se adoptan decisiones de naturaleza cautelar y transitoria para buscar una coherencia entre la situación fáctica existente y el nuevo planeamiento que se está tramitando”. Y se adelantan los efectos reconocidos a esta autorización provisional: “Para conseguir la finalidad que se persigue, la autorización provisional supondrá que mientras duren sus efectos las construcciones preexistentes a las que se refiere se mantendrán en la situación en que se encuentren y se les aplicará el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación. Y ello hasta que se obtenga una nueva licencia de obra, o hasta que aprobado definitivamente el planeamiento resulte que lo construido no resulta compatible con el mismo, o bien, si no se da ninguno de los dos supuestos anteriores, hasta que transcurran cuatro años desde su otorgamiento”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre¹⁷, dictada nuevamente como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, declaró la inconstitucionalidad y,

17. Véase PULIDO QUECEDO, M., “A vueltas con la ‘suspensión’ autonómica de órdenes de demolición judiciales a la luz del art. 105.2 de la LJCA. (Comentario a la STC 254/2015, de 30 de noviembre)”, *Revista de Urbanismo Lefebvre-El Derecho*, núm. 38, 2016.

por tanto, la nulidad, de parte del precepto legal que estamos examinando, en concreto, del inciso “o judiciales” del apartado 1 del nuevo artículo 65.bis de la Ley 2/2001.

Se fundamenta el fallo del Tribunal Constitucional en el hecho de que el precepto impugnado suspende la ejecución de sentencias firmes de demolición, invadiendo las competencias estatales en materia procesal y la competencia judicial en materia de ejecución de sentencias: “el precepto cuestionado regula (...) la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo creando una causa de suspensión específica en relación con las sentencias que ordenan la demolición de edificios ilegales, procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina que hemos establecido recientemente (...) de acuerdo con la cual resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –artículo 149.1.6 de la Constitución– que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que implican el derribo de las edificaciones, determinando que la ejecución de la sentencia –como es aquí el caso por lo anteriormente expuesto– termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución” (fundamento jurídico tercero).

4.2

La vía de la legislación sobre vivienda en Galicia

La otra comunidad autónoma en la que se ha hecho el intento legislativo es Galicia, articulado a través de su Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda, en concreto, de su disposición adicional sexta (“Derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos”). Este precepto condicionaba la demolición del inmueble, por orden administrativa o judicial, que constituya vivienda, a la previa resolución de un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El apartado primero de la mencionada disposición adicional sexta reconoce el derecho al titular de la vivienda a continuar residiendo en ella hasta la determinación de la indemnización que le corresponda: “Los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado tienen derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la Administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho”. Y se añade, en un segundo párrafo: “En estos supuestos será aplicable lo dispuesto

en la legislación urbanística para las actuaciones de reposición de la legalidad urbanística en los casos de obras rematadas sin licencia y lo previsto en el presente artículo para garantizar la necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición”.

Complementa esta regulación el apartado segundo, según el cual: “A estos efectos, el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial”.

Destacamos, finalmente, el apartado 7: “Si la resolución del procedimiento determina la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración concedente del título y el derecho a una indemnización a la persona titular de la vivienda, la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. Será requisito necesario el previo pago o consignación a disposición de la persona titular de la vivienda de la indemnización, y tendrá derecho, mientras tanto, a residir en ella”.

La justificación contenida en el prólogo de la Ley gallega es breve y poco explicativa. En efecto, en relación con la disposición adicional sexta, se limita a afirmar lo siguiente: “Asimismo, se establece una medida encaminada a garantizar el derecho a la vivienda de los titulares de las mismas cuando las viviendas hubiesen sido construidas al amparo de un título anulado, de tal manera que la Administración asuma sus responsabilidades económicas, si existen, con carácter previo a la demolición de un edificio o de una vivienda”.

Sobre la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012 se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo, también dictada como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad¹⁸ por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Esta Sentencia declara la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, de parte del precepto legal, en concreto, del inciso “o sentencia” de su apartado 2.

A pesar de que el legislador gallego, a diferencia del cántabro, intenta vincular su regulación al derecho a la vivienda, entiende el Tribunal Constitucional que a este caso resulta “plenamente aplicable la STC 92/2013” (fundamento jurídico tercero): el reconocimiento al titular de la vivienda, situada en una edificación sometida a orden de derribo, del derecho a residir en ella

18. Sobre la inconstitucionalidad de la normativa de Galicia también se pronuncia en la STC 149/2014, de 22 de septiembre, cuestión de inconstitucionalidad núm. 6833-2013.

mientras se tramita un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tiene el mismo efecto –inconstitucional– paralizador de la ejecución de sentencias. Declaración de inconstitucionalidad que se circunscribe –debe advertirse– únicamente a los casos en los que el derribo procede por sentencia y no por decisión administrativa: “Atendida la conexión con el proceso a quo, la interferencia constitucionalmente ilegítima que produce la disposición cuestionada se refiere únicamente a la demolición de viviendas acordada en la fase de ejecución de sentencia”. Y se añade: “Por este motivo, la declaración de inconstitucionalidad se ciñe al inciso ‘o sentencia’ del apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2012. Una vez depurada de este inciso, la disposición regula únicamente el procedimiento a seguir cuando la anulación del título que conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido se produzca mediante acto administrativo firme, en el que no se ven comprometidos ni el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 de la Constitución) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex artículo 149.1.6 de la Constitución” (fundamento jurídico cuarto).

5

El examen de las cuestiones controvertidas que suscita la interpretación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

El legislador estatal ha afrontado el problema de dotar de mayor seguridad a los terceros de buena fe, en el caso de demolición de edificaciones, con la nueva regulación contenida en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998. No obstante, en gran medida debido a deficiencias en la técnica normativa empleada, la aplicación práctica de este precepto ha suscitado numerosos y relevantes interrogantes. Algunas de estas dudas han sido despejadas por el Tribunal Supremo¹⁹ y otras están todavía pendientes de resolución e interpretación²⁰.

19. Al respecto se recomienda la lectura de ARROYO, A. y RODRÍGUEZ FLORIDO, I., “La demolición de inmuebles y el artículo 108.3 LJCA: análisis de los recientes pronunciamientos judiciales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, págs. 325-355, y de NAVARRO ESPEJO, A. J., “La demolición de inmuebles ordenada por los órganos judiciales contencioso-administrativos”, *Revista Gabilix*, núm. 18, junio 2019.

20. Según se afirma en la STS 1409/2017, de 21 de septiembre, “esta nueva regulación legal” plantea “numerosos y complejos problemas aplicativos” (fundamento jurídico séptimo). En términos similares, puede leerse en la STS 905/2018, de 1 de junio, que el 108.3 de la Ley 29/1998 es “un precepto cuya interpretación no está exenta de incógnitas, alguna de las cuales sin embargo ha empezado a despejarse ya en esta sede” (fundamento jurídico segundo).

5.1

**Los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998:
naturaleza jurídica del condicionamiento de la demolición
a la prestación de garantías suficientes**

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 somete la demolición del inmueble a la “condición previa” de la prestación de garantías suficientes para asegurar el pago de las indemnizaciones que se deban a terceros de buena fe. La literalidad del precepto parece expresar claramente la voluntad del legislador: que la prestación de garantías constituya una condición a la que se somete la efectiva demolición. Por tanto, hasta que no se cumpla la condición no debería procederse a dicha demolición.

A esta interpretación ha llegado el Tribunal Supremo, si bien forzando la literalidad de la norma y tratando de conciliar dicha garantía con el mandato constitucional de ejecución de las sentencias (art. 118 Constitución) y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución). Recordemos que la ejecución judicial de las sentencias pivota sobre los principios de intangibilidad, inmodificabilidad e invariabilidad de las resoluciones.

a) Desde una perspectiva negativa, el Tribunal Supremo afirma que la “condición previa” del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no puede ser interpretada ni como un supuesto de suspensión de la ejecución (hasta que se preste la garantía suficiente) ni tampoco, claro está, como un supuesto de imposibilidad de ejecución de la sentencia²¹ (en la hipótesis de que esa garantía suficiente no llegue a ser prestada). La razón es que lo contrario supondría la vulneración del derecho a la ejecución de las sentencias, contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, por tanto, una vulneración del artículo 24 de la Constitución²². Como esta interpretación conduce a la inconstitucionalidad del precepto legal, el Tribunal Supremo la descarta, para decantarse por otra alternativa que lo hace conforme con el texto constitucional.

El Tribunal Supremo inicia su razonamiento identificando el “punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta

21. Sobre la imposibilidad legal y la demolición de inmuebles se recomienda la lectura de ALONSO IBÁÑEZ, M.^a R., “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones. Medidas legales”, en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. I, Iustel, Madrid, 2014, págs. 963-994.

22. Recordemos que, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional, sin ejecución de sentencias no hay tutela judicial efectiva, esto es, “únicamente con el cabal y efectivo cumplimiento de dichas resoluciones el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria” (STC 166/1988, de 15 de junio).

nueva previsión normativa”, a saber: “la conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”²³.

Con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo examina la conexión indicada, concluyendo que el derecho a la ejecución de las sentencias es uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución: “empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución no solo alcanza a la fase declarativa, sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos (...) Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo”²⁴.

A la misma idea de la existencia de una conexión, pero con expresión distinta, alude el Tribunal cuando afirma que la ejecución de sentencias “entronca directamente” con “el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos”²⁵.

Asentada esta premisa, el Tribunal Supremo fija el objeto del problema que debe solucionarse: “procede entrar a resolver acerca de si la alegación o la posible aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, constituye o integra un supuesto de imposibilidad o al menos de suspensión de la ejecución de la sentencia del artículo 105 de la citada Ley”. A renglón seguido avanza ya lo que va a ser su posición: “pudiendo ya adelantar nuestra respuesta negativa a tal planteamiento”²⁶.

De manera expresa afirma el Tribunal “que el artículo 108.3 ni reforma el artículo 109 [incidentes en ejecución de sentencia] ni el 105 [supuestos de imposibilidad de ejecución]”²⁷. En concreto, “que el supuesto contemplado

23. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico octavo.

24. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico octavo.

25. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

26. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimocuarto. A la doctrina asentada en esta sentencia se remiten otras posteriores del mismo Tribunal, así: STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo; y STS 905/2018, de 1 de junio, fundamentos jurídicos primero A) y tercero B).

27. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

en el artículo 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el artículo 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia”²⁸.

Aunque no lo diga de manera expresa, de su razonamiento se deriva que está precisando el significado del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 utilizando la técnica de la interpretación conforme con la Constitución. Por ello precisamente considera necesario realizar la siguiente advertencia: “debemos aclarar que a nuestro criterio, interpretar el nuevo artículo 108.3, considerando que constituye un supuesto de suspensión o inexecución de sentencia, haría que nos planteáramos y a su vez trasladáramos al Tribunal Constitucional, serias dudas, en el sentido de que la suspensión automática de la ejecución de una sentencia que entrañe la demolición de un inmueble, no resulta conforme ni compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se concreta en un derecho de contenido prestacional a que la sentencia sea llevada a su debido efecto y en sus propios términos”²⁹.

En otras palabras, se está reconociendo que, de no haber sido posible realizar otra interpretación del precepto legal, habría sido necesario elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por vulneración inmediata del derecho a la ejecución de sentencias y mediata del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

La interpretación sostenida por el Tribunal Supremo, en cambio, según afirma expresamente, hace conforme a la Constitución el precepto examinado: “resulta claro así que, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial: 1.º) el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no impide la ejecución de sentencias; 2.º) tampoco constituye causa alguna de inexecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 de la Ley 29/1998; y 3.º) no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente pudiera suceder esto así de prosperar el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 impide la ejecución de sentencias)”³⁰.

b) Complementariamente, desde una perspectiva positiva, el mismo Tribunal Supremo sostiene que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 atribuye al juez facultades con la finalidad de que la demolición no cause perjuicios irreparables a terceros de buena fe. Su objetivo, por tanto, no es paralizar temporalmente o impedir definitivamente la ejecución de la sentencia que ordena el derribo del inmueble, sino dotar al juez de un mecanismo que permita

28. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimocuarto.

29. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimocuarto.

30. STS 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico tercero B). Criterio consolidado en la STS 460/2019, de 4 de abril de 2019 (rec. 1821/2017), fundamento jurídico segundo.

asegurar que los daños que pueda causar ese derribo a terceros de buena fe serán debidamente reparados. En otras palabras, la lógica del precepto no es detener la ejecución, sino convertirse en una fase más del proceso de ejecución que, por tanto, prosigue su curso. Lo buscado es conciliar los intereses de los terceros de buena fe, que puedan verse perjudicados por el derribo, con el interés público de que la ejecución se ejecute. La legítima protección de aquellos intereses encuentra el límite de no ser preeminentes y, por tanto, no poder suponer el sacrificio del interés público.

En el razonamiento del Tribunal Supremo, el correcto entendimiento del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 conduce a la conclusión de que no dota a las partes en el proceso de la facultad de paralizar la ejecución de la sentencia que se haya dictado, sino que atribuye al juez los poderes necesarios para asegurar que la demolición no cause perjuicios irreparables a terceros de buena fe: “el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la Administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe”³¹.

Es en este sentido como debe entenderse la afirmación según la cual el contexto del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 son “las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (...) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción”³².

Del entendimiento expuesto del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 el Tribunal Supremo extrae algunas consecuencias. La primera es que lo regulado en este precepto constituye una fase más, que se añade a las ya existentes en el proceso de ejecución, pero no supone un impedimento –ni temporal ni mucho menos definitivo– a la efectiva ejecución de la sentencia: “mientras el artículo 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el artículo 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia”³³.

31. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

32. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

33. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

Como segunda consecuencia, se afirma que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 lo que hace es añadir un nuevo “deber de hacer” en la ejecución de las sentencias a las que se refiere, esto es, las que ordenan el derribo de edificaciones: “se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos”³⁴.

Conviene subrayar cómo el Tribunal Supremo, en su argumentación, diagnostica la existencia de un conflicto de intereses en el trasfondo del asunto: la tensión entre el interés general presente en la ejecución de la sentencia que ordena la demolición de la edificación ilegal y el interés privado de los terceros de buena fe que puedan verse perjudicados por dicha demolición³⁵.

La solución arbitrada por el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 intenta buscar el equilibrio entre esos intereses en presencia, de manera que se asegura la satisfacción del interés general, puesto que la ejecución no queda paralizada, “sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos”³⁶, protección ofrecida mediante la exigencia de prestación de las garantías suficientes para el pago de las indemnizaciones que puedan deberse.

La expresión empleada –“sin perjuicio”– ya refleja que, para el Tribunal, el “interés preeminente” es el de la ejecución de la sentencia, de manera que la tutela a los otros posibles intereses privados debe hacerse valorando la incidencia que tendrá sobre el aseguramiento del primero, es decir, “sin perder de vista” el interés público: “el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística, que constituye

34. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

35. Sobre los motivos que dificultan la ejecución de las sentencias que ordenan el derribo de inmuebles ilegalmente contruidos se recomienda la lectura de la magistrada CASTANEDO GARCÍA, M.^a E., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *op. cit.*, págs. 214-217.

36. STS 1409/2017, de 21 de septiembre, fundamento jurídico decimotercero.

el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros ha de llevarse a cabo, por el órgano judicial, sin perder de vista ese interés preeminente, y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia”³⁷.

La consecuencia obligada es que la protección del interés de los terceros de buena fe no puede constituir un obstáculo desproporcionado a la ejecución efectiva de la sentencia: “Tampoco en este aspecto resulta justificada la interpretación defendida por la parte recurrente, que supondría, cuando menos, una demora considerable en la ejecución de la sentencia y, previsiblemente, convertir la garantía de los derechos de terceros en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado”³⁸.

Por lo tanto, el art. 108.3 de la Ley 29/1998 implica un deber de hacer –la obligación de prestar una garantía, de forma previa a la demolición de un inmueble³⁹– en aras de una justicia cautelar para garantizar las posibles indemnizaciones que se puedan llegar a declarar en otro procedimiento a terceros de buena fe afectados⁴⁰. No se trata de una causa de suspensión en la ejecución de la sentencia que ordena la demolición, sino de un trámite integrado en la misma que debe ser respetado y cumplimentado de forma previa a la efectiva demolición⁴¹.

37. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

38. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

39. Se debe destacar a efectos prácticos el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 816/2018, de 28 de septiembre (rec. 264/2016), en la cual se aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, disponiendo que “por el Juzgado se adopten las medidas de aseguramiento de las indemnizaciones, que, en su día y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial que en su caso se promuevan a tal fin por los terceros que no tengan el deber de soportar los daños y perjuicios que cause el derribo de la edificación, puedan reconocerse a terceros de buena fe (...) La tramitación del referido incidente no ha de impedir la ejecución de sentencia por lo que hace a todas aquellas actuaciones conducentes a hacer efectivo el derribo de la edificación hasta el momento previo a su efectiva ejecución material, que no podrá producirse sino hasta que la garantía o caución fijada en el Auto de resolución de ese incidente conste debidamente constituida y acreditada” (fundamento jurídico sexto).

40. Al respecto véase ARROYO, A. y RODRÍGUEZ FLORIDO, I., “La demolición de inmuebles...”, *op. cit.*, pág. 346.

41. En este sentido resulta ilustrativo el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Sentencia 361/2019, de 25 de junio de 2019 (rec. 4372/2018), en la que se afirma que la Ley 29/1998 “no le otorga a la tramitación del incidente el artículo 108.3 LJCA el valor de suspender la ejecución de sentencia, sino que lo que hace es determinar los

5.2

El ámbito temporal de aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998: el régimen transitorio

La cuestión que aquí se plantea es la de la determinación del ámbito temporal de aplicación de la nueva regulación contenida en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998. En concreto, si es de aplicación a los casos en los que la sentencia se ha dictado con anterioridad a su entrada en vigor, pero en ese momento todavía no se ha ejecutado. En el caso que nos ocupa: a los supuestos en los que la sentencia que declara la contrariedad con la normativa urbanística es anterior, pero todavía no se ha procedido a la demolición de la edificación.

El problema se plantea por el hecho de que la Ley Orgánica 7/2015, que modifica el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, no ha previsto ningún régimen transitorio. La única disposición temporal se contiene en su disposición final décima y es relativa, en general, a la fecha de entrada en vigor de la propia Ley Orgánica 7/2015 (el 1 de octubre de 2015).

La cuestión se ha suscitado y ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, en concreto, en su Sentencia 1409/2017, de 21 de septiembre. La descripción del problema se realiza del modo siguiente: “Lo primero que debemos resolver es si este precepto [artículo 108.3 de la Ley 29/1998] es o no aplicable en el presente caso, desde la perspectiva de encontrarnos ante un supuesto de ejecución de una sentencia dictada con anterioridad a su entrada en vigor y que ha llevado, como ha quedado reflejado, un lento y proceloso proceso de ejecución”. Y se añade más adelante: “Siendo esto así, esto es, no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si el citado precepto (artículo 108.3) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la vigencia de la modificación legal o, por el contrario, solo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor” (fundamento jurídico décimo).

tiempos en que se han de ir desarrollando las diferentes actuaciones necesarias para dicha ejecución; y de su contenido se desprende que, de forma paralela y simultánea, se han de ir realizando los pasos previos conducentes a la demolición material y los relativos a la fijación de las garantías suficientes (...) Ello no está representando ninguna suspensión de la ejecución, por dos motivos: 1.º Forman parte de la ejecución tanto las actuaciones conducentes a la demolición efectiva como la fijación de las garantías, y el auto ordena que ambas actuaciones se desarrollen de forma paralela y simultánea, sin que la tramitación derivada del artículo 108.3 LJCA sea impedimento, según el auto, a la exigencia al Concello de ir adoptando sin demora los pasos necesarios para que se haga efectiva la demolición. 2.º El artículo 108.3 LJCA establece que la exigencia judicial de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe se producirá ‘como condición previa a la demolición’”.

La solución al problema se busca a través de la distinción entre regulación sustantiva y procesal⁴²: “Partiendo de esta doctrina general, la solución a dicha cuestión debe venir dada, a juicio de esta Sala, partiendo de la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal”.

La solución ofrecida es distinta en ambos casos: “En las normas materiales el momento decisivo para su aplicación es el de la realización o consumación del hecho, negocio, relación o situación jurídica productora de efectos jurídicos, mientras que la retroactividad de las leyes procesales ha sido analizada por este Tribunal en sentencia de 18 de abril de 1998, razonando que ‘Antiguamente se había dicho que eran retroactivas, pero la doctrina y la jurisprudencia modernas aceptan unánimemente que la Ley procesal es irretroactiva y se aclara la confusión anterior al comprender que cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores’. En consecuencia, puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución” (fundamento jurídico undécimo).

Por lo tanto, con independencia de la fecha de la sentencia pendiente de ejecución, resultarán de aplicación el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y las garantías previstas para los terceros de buena fe⁴³.

42. El Tribunal Supremo aplica la jurisprudencia consolidada desde su sentencia de 18 de abril de 1998 (RJA 2984) relativa a la retroactividad de las normas procesales, en la cual se afirmó que “cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores”.

43. A este mismo criterio llegaron otros juzgados y tribunales, como por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su sentencia núm. 15/2017, de 20 de enero de 2017, o el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Tarragona, mediante auto núm. 210/2016, de 14 de octubre, afirmando que “la realidad es que nos hallamos ante un incidente de ejecución de sentencia planteado con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 108.3 de la LJCA y, por ende, nada impide que en ejecución de sentencia se pueda aplicar y, por tanto, adoptar una decisión judicial en los términos que prevé el artículo 108.3 de la LJCA sin que por ello se varíe, sino que lo complementa, el fallo de la sentencia a ejecutar”.

5.3

Los elementos subjetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 establece que deberá exigirse la prestación de garantías suficientes. Desde una perspectiva subjetiva⁴⁴, esta afirmación legal plantea, al menos, los tres siguientes interrogantes: la determinación del sujeto que debe exigir la prestación, del sujeto beneficiario de la prestación y del sujeto obligado a la prestación.

5.3.1

La determinación del sujeto que debe exigir la prestación de garantías suficientes

De la redacción del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 se deriva claramente que el sujeto al que se encomienda la tarea de exigir la prestación de las garantías es el “juez o tribunal”. Esto es, el órgano judicial que haya conocido del proceso declarativo y ahora se esté ocupando de la ejecución de la sentencia. En efecto, al mismo juez o tribunal que haya declarado contraria a la normativa la construcción del inmueble, haya ordenado motivadamente su demolición y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, también le corresponderá exigir la prestación de garantías, como condición previa a la demolición.

Debe hacerse notar que la Ley le impone esta misión con carácter imperativo (“exigirá”). La consecuencia es que no se deja a su libre apreciación, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la decisión de exigir o no al sujeto obligado la prestación de las garantías suficientes. Estamos en presencia de una actuación judicial legalmente obligada.

5.3.2

La determinación del sujeto beneficiario de la prestación de garantías suficientes

La prestación de garantías suficientes se exige, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, para responder al pago de las indem-

44. Tal y como indica Flores Domínguez, debemos tener en cuenta que en el proceso de edificación intervienen y participan diversas partes. Véase FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., “Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica-Nueva Época*, núm. 8, 2017, págs. 74-96.

nizaciones debidas a “terceros de buena fe”. Por lo tanto, el sujeto beneficiario de dicha prestación es toda aquella persona que reúna la condición de “tercero de buena fe”, eso sí, a los efectos de lo previsto en este precepto legal.

La determinación precisa de las personas que ostentan la condición de “terceros de buena fe” a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no resulta sencilla. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo: “No se ocultan las dificultades que plantea la determinación del ámbito subjetivo al que se refiere el precepto, dados los escuetos términos en que se expresa, ‘terceros de buena fe’, que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso”⁴⁵. Este mismo Tribunal, sin embargo, sostiene que “es una de las cuestiones más relevantes que plantea el nuevo precepto”⁴⁶.

A pesar de las dificultades observadas, haciendo uso de un método de interpretación tanto sistemático como teleológico, el Tribunal Supremo consigue trazar el “marco” dentro del cual debe entenderse la expresión “terceros de buena fe”: “No obstante, una interpretación sistemática del precepto, atendiendo a la finalidad perseguida, nos permite señalar o trazar el marco en el que ha de moverse el órgano judicial en su aplicación”⁴⁷. Este marco es delimitado positiva y negativamente, de modo siguiente:

a) Desde una perspectiva positiva, los “terceros de buena fe” a los que se refiere el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 deben identificarse con aquellos sujetos que puedan ser beneficiarios de una indemnización por resultar perjudicados como consecuencia de la demolición de la edificación. Precisamente por ello, la Ley exige la prestación de garantías del pago de esas indemnizaciones que sean debidas. En consecuencia, se trata de aquellas personas que sean titulares de un derecho de indemnización, al cumplirse todos los requisitos legalmente exigidos para que tal cosa suceda. En palabras del Tribunal Supremo: “Así, en sentido positivo, el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que (...) ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar

45. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

46. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico octavo.

47. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización”⁴⁸.

Debe notarse que el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 exige que esos sujetos sean “de buena fe”. Para el Tribunal Supremo, como regla general, que la persona tenga derecho a la indemnización ya presupone su buena fe: “por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado, ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización”⁴⁹. Aclara este mismo Tribunal que tendrán buena fe aquellas personas que no tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba la edificación cuya demolición se ha ordenado⁵⁰.

Hace el Tribunal Supremo, en este punto, una advertencia importante: la noción de “terceros de buena fe” no coincide, sino que es más amplia, que el concepto de tercero hipotecario⁵¹, es decir, de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral: “no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados”⁵².

b) Desde una perspectiva negativa, la noción de tercero hace siempre alusión a una condición de ajenidad: se es tercero en relación con algo de lo que no se es parte.

Pues bien, para el Tribunal Supremo, esta ajenidad se predica respecto al proceso declarativo en el que se ha declarado la ilegalidad de la construcción y se ha ordenado su demolición⁵³. El título del que es portador ese sujeto no

48. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

49. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

50. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico décimo. Tal y como indicó Castanedo García en su momento, la buena fe es desconocer el vicio urbanístico que afecta a la construcción. Véase CASTANEDO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 234.

51. Recordemos en este punto la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto la existencia de terceros adquirentes de buena fe del edificio que se ordena demoler carece de trascendencia para la ejecución de la sentencia que ordena la demolición. En este sentido, SSTs de 12 de mayo de 2006, de 26 de septiembre de 2006 (rec. 8712/2003), y núm. 3768/2016, de 14 de julio de 2016 (rec. 3670/2015).

52. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

53. En la Sentencia núm. 241/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2016, se considera que no concurre la condición de tercero de buena

ha sido objeto del proceso, se trata de proteger a aquellos que no han podido hacer valer su derecho en el proceso declarativo. En palabras del Tribunal: “En sentido negativo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso (titulares de licencia, promotores,...) ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y a las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el artículo 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo”⁵⁴.

En definitiva, para la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, el dato relevante es que el sujeto sea titular de un derecho que no haya sido debatido ni declarado en el proceso, pero que, en cambio, pueda verse efectivamente frustrado si no se adoptan en él las medidas aseguradoras adecuadas: “el precepto [artículo 108.3 de la Ley 29/1998] responde a la necesidad de atender a las situaciones que acabamos de describir, de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada”⁵⁵.

fe por el mero hecho de haber sido parte en el recurso. “(...) la actual Ley de la Jurisdicción, establece en su artículo 103.1, a quien le corresponde la potestad de hacer ejecutar las sentencias, sin que exista dicha vulneración, ya que se ha dictado Auto en ejecución que es firme y que no es aplicable el artículo 108.3 por que el recurrente no es un tercero de buena fe, sino que es una parte en el recurso”.

54. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en las posteriores SSTs 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico noveno, y 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B).

55. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo. Reproducido en la posterior STS 905/2018, de 1 de junio, fundamento jurídico segundo B). Se trata de una tesis apuntada también por el magistrado TÁBOAS BENTANACHS en un doble sentido. Por un lado, si se trata de una persona que ya ha sido parte del proceso contencioso-administrativo que ha culminado con la sentencia que ordena la demolición, no cabe considerar que se trate de un “tercero”. Por otro lado, si dicha persona ha sido parte en el procedimiento, cabe la posibilidad de que se haya juzgado su situación subjetiva hasta el punto de descartar la “buena fe”. Véase M. Táboas Bentanachs en el Foro sobre la “Inejecución de sentencias urbanis-

Sin embargo, debemos advertir de los peligros de descartar la condición de “tercero de buena fe” por el mero hecho de haber participado en el recurso contencioso. De conformidad con el art. 49 de la Ley 29/1998, debería plantearse si la Administración deberá emplazar a cuantos interesados pudiesen resultar afectados por un recurso contencioso-administrativo, para que puedan personarse en defensa de sus derechos e intereses. A dicha llamada pueden acudir, entre otros, los terceros adquirentes (ajenos a la licencia originaria) que residan actualmente en el inmueble y que decidan comparecer en el procedimiento en defensa de la habilitación administrativa correspondiente que ampara la edificación. La situación procesal de estas personas –codeemandados– les impedirá ejercitar en dicho procedimiento cualquier tipo de pretensión resarcitoria e indemnizatoria, que únicamente pertenece a la parte actora (art. 31 Ley 29/1998). Por lo tanto, no resultaría admisible negarles la garantía del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, por cuanto tampoco han podido hacer valer su “derecho a una indemnización” en el procedimiento previo, que únicamente habrá tratado la legalidad de la construcción.

De manera complementaria, el Tribunal Supremo se ha planteado también, al hilo del análisis de supuestos concretos, el alcance que debe darse a la noción de “terceros de buena fe” del artículo 108.3 de la Ley 29/1998. Y, en particular, si esta expresión debe o no ser objeto de una interpretación restrictiva.

Haciéndose eco de la posición de una de las partes en la controversia, el Tribunal Supremo alude a esa limitación en la labor interpretativa del siguiente modo: “el supuesto contemplado, como excepción que es al principio general de ejecución de sentencias sin dilaciones, debe ser objeto de interpretación restrictiva, limitándose el mismo a los titulares de derechos que se vean seriamente afectados y precisen de una protección reforzada, como lo sería el caso de una vivienda que constituya el domicilio habitual de ese tercero o un local donde se desarrolle una profesión o un trabajo por parte de dicho tercero, supuestos en los que se causaría un daño de difícil reparación”.

ticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA”, *ElDerecho* [online]. Debemos recordar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene negando que la “buena fe” en la adquisición de un inmueble pueda equipararse a “un mero estado psicológico” consistente en la creencia de la legalidad de la adquisición. Al contrario, se entiende por parte del Tribunal que la apreciación de la buena fe en el ámbito de la adquisición de derechos reales “requiere del complemento objetivable de un ‘estado de conocimiento’ del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio, aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia ‘básica’ que haga, en su caso, excusable el error que pudiera sufrir el adquirente respecto del conocimiento de la realidad del curso transmisivo operado y, en su caso, de la discordancia con la información ofrecida por el Registro” (por todas, STS, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015, núm. 465/2014, FJ 3.º).

Planteadas así la cuestión, el Tribunal identifica la labor que se le encomienda: analizar “si esa condición de terceros solo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si, también, cabe extenderlo a quienes disfrutaran del inmueble por otro título, como por ejemplo el arrendatario, o si cabe considerar como tal al promotor o constructor respecto de las viviendas no enajenadas, etc.”⁵⁶.

En relación con esta tarea, y por el momento, ha realizado expresamente las siguientes aclaraciones:

a) La condición de tercero de buena fe, a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, no se limita a los titulares de inmuebles que constituyan su vivienda habitual o lugar de trabajo⁵⁷: “Lo primero que cabe aclarar es que la condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias”⁵⁸.

b) No tiene la condición de tercero de buena fe, a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula⁵⁹. Y ello por las dos siguientes razones: “En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3 viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso”. Con la siguiente tajante conclusión: “En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998”⁶⁰.

56. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico octavo.

57. En un primer momento, por parte de algunos tribunales, como por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante sentencias núm. 601/2016, de 13 de octubre (rec. 4320/2016), y núm. 341/2017, de 13 de julio (rec. 4215/2017), se vinculó dicho precepto con el “derecho a la vivienda”. Sin embargo las garantías del artículo 108.3 Ley 29/1998 no se agotan ni limitan a dichos supuestos.

58. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico décimo.

59. En este mismo sentido, y al negar la condición de tercero de buena fe al promotor del inmueble, Sentencia 711/2018 del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 9 de noviembre de 2018 (rec. 208/2017).

60. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico décimo. En términos muchos más claros se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 800/2018, de 25 de septiembre de 2018 (rec. 259/2017), al negar la condición de tercero de buena fe al promotor de la licencia que además había sido penalmente investigado por los hechos: “la invocación de la condición de tercero de buena fe del esposo, aquí apelante, a los efectos del art. 108.3 LJCA sonroja al más profano en la materia. Pues no es ya que no se trate

c) Asimismo, se ha negado que esta garantía previa a la demolición ampare los derechos de una entidad bancaria que concedió un préstamo para la construcción de la edificación que se debe demoler, así como los derechos del titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto (STS núm. 1020/2018, de 18 de junio de 2018, rec. 1093/2017).

5.3.3

La determinación del sujeto obligado a la prestación de garantías suficientes

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 no precisa –y, por ello, constituye una de sus principales dudas– el sujeto que está obligado a prestar las garantías suficientes para responder al pago de las indemnizaciones debidas.

La lógica indica que el sujeto obligado a prestar las garantías que aseguren el pago es el mismo que está también obligado al pago de la indemnización debida. La prestación de garantías es instrumental en relación con el pago de la indemnización: la finalidad de la existencia de la primera es el aseguramiento de la segunda.

No está claro, sin embargo, quién es el sujeto obligado al pago de la indemnización y, con ello, a prestar la garantía requerida para su aseguramiento⁶¹.

En una primera aproximación, podría pensarse que se trata de aquel sujeto que, en ejecución de sentencia, tiene la obligación de proceder a la demolición de la edificación, que será la causa inmediata de la producción de los daños a indemnizar. Sin embargo, no parece ser esta una respuesta satisfactoria o, al menos, no siempre. La razón está en que, en virtud del principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en los derechos y deberes

aquí de la ejecución de sentencia que haya venido a anular título habilitante de determinada obra, con condena a su demolición, sino de que aquella condición brilla por su ausencia en el Sr. Anselmo. Baste al efecto la lectura del relato de hechos probados que conduce a su condena como autor de un delito contra la ordenación del territorio con motivo de parte de la construcción litigiosa para entender que el apelante llevó a cabo materialmente la que aquí nos ocupa, no habiendo sido condenado por los hechos atinentes a la construcción destinada a vivienda por la sola circunstancia de la apreciación de prescripción del delito (...) De modo que ni el apelante es ajeno a la construcción de marras, ni lo fue al proceso contencioso administrativo seguido ante esta Sala contra el acto de cuya ejecución aquí se trata, pues recurrió en vía administrativa y posterior jurisdiccional contra el mismo” (fundamento jurídico quinto).

61. En este sentido, VILELA PASCUAL, M.^a L. (2017), en su tesis doctoral *Potestades administrativas y jurisdiccionales en la ejecución de sentencias urbanísticas*, afirma que la solución dada por algunas voces doctrinales apuntan a la figura del demandado y/o de la Administración demandada (pág. 257).

vinculados con la edificación, lo más frecuente será que el obligado a la demolición sea el adquirente de buena fe y, por tanto, quien tenga la condición de “tercero de buena fe” a los efectos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998⁶².

La solución en la que parece estar pensando el legislador, cuando ha introducido el nuevo apartado 3 en el artículo 108 de la Ley 29/1998, es otra: que el obligado a la prestación de las garantías sea la Administración. En concreto, la Administración que otorgó el título administrativo habilitante para la construcción de la edificación y que después fue judicialmente declarado ilegal. De esta manera, se produciría una conexión entre lo dispuesto en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta tesis ha vencido al obstáculo legal consistente en que determinadas Administraciones públicas están exentas de prestar fianzas y garantías o, al menos, limitado su alcance a los bienes patrimoniales⁶³.

El Tribunal Supremo ha venido a salvar el contenido de la norma aplicando los principios normativos de especialidad y de ley posterior⁶⁴, afirmando que “para rechazar también la invocación del Ayuntamiento recurrente relativa a la inaplicación a la Administración de la previsión del artículo 108.3 de la Ley jurisdiccional con fundamentado en la prerrogativa que le otorga el artículo 173.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, precepto este que denuncia como infringido en relación con la disposición adicional cuarta, apartado 2, y artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. Y es que parece olvidar el Ayuntamiento, como ya precisa la sentencia recurrida, que el artículo 108.3 no solo es una norma especial referida específicamente al aseguramiento de una orden de demolición acordada en sentencia, y cuya ejecución se pretende, esto es, una norma procesal, sino también una norma posterior al Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, cuya inaplicación a la Administración en los términos que se pretende dejaría prácticamente sin contenido la indicada norma”⁶⁵.

Superado este escollo, el Tribunal Supremo fija el foco en “si cabe la exigencia de garantías suficientes a las que se refiere el precepto no solo a la Administración sino también a terceros tales como los promotores de las obras a demoler y en tal caso, si lo es de forma aislada o de forma conjunta

62. Véase EZQUERRA HUERVA, *op. cit.*, pág. 881.

63. Sirvan de ejemplo el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y el artículo 173.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

64. Dicha solución también fue apuntada por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante sentencias núm. 637/2016, de 27 de octubre de 2016 (rec. 4372/2016), y núm. 316/2017, de 22 de junio de 2017.

65. STS 62/2019, de 28 de enero de 2019 (rec. 5793/2017), fundamento jurídico sexto.

con la Administración, solidaria o subsidiariamente, precisando asimismo cómo debería sustanciarse procesalmente dicha exigencia”⁶⁶.

Para responder esta cuestión el Tribunal acude, de nuevo, a la finalidad del citado precepto, recordando que “las garantías a que se refiere el art. 108.3 LJCA se proyectan sobre el alcance de la regularización urbanística declarada en la sentencia de cuya ejecución se trata, es decir, a los pronunciamientos realizados en atención a lo efectivamente juzgado y lo establecido y previsto en el fallo en relación con el restablecimiento de la legalidad urbanística”⁶⁷.

Una vez se ha puesto el foco en el principio de cosa juzgada y el pronunciamiento que ha acordado la demolición, el Tribunal afirma que “ello justifica la exigibilidad a la Administración, en la medida que en la propia sentencia se aprecie y declare su deficiente ejercicio, por acción-anulación de licencia u omisión —obras sin la oportuna autorización—, de las facultades de control que el ordenamiento jurídico le atribuye, como es el caso que aquí se examina, en el que la sentencia en ejecución declara expresamente en relación con la actuación del Ayuntamiento, que ‘su conducta de total pasividad y desatención de sus deberes en relación con la legalidad urbanística es la que determinó la necesidad de la tramitación del presente recurso’”⁶⁸.

Por lo tanto, se vincula la exigencia de la prestación de garantía con el motivo que ha comportado la demolición⁶⁹, que en el orden contencioso-administrativo vinculará, generalmente, a la Administración.

Sentado lo anterior, no se descarta la posibilidad de exigir dicha garantía a los promotores de la licencia, si bien dicha posibilidad se supedita a lo efectivamente enjuiciado en el procedimiento de instancia: “las mismas razones y en los mismos términos, la posibilidad de exigencia de tales garantías a terceros tales como promotores de las obras a demoler, a que se refiere el

66. ATS (Sección de Admisión) de 8 de enero de 2019 (rec. 5759/2018).

67. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

68. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

69. En este sentido se pronuncia también el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia núm. 227/2019, de 3 mayo (rec. 4493/2017), al afirmar que “la responsabilidad exigible conforme al artículo 108.3 de la LJCA no se refiere a la obligación de indemnizar, sino a la obligación de prestar garantías suficientes, y la responsable a este respecto es la Administración que con su actuación ha dado lugar a la eventual generación de la lesión. Por tanto, la exigencia de garantías será procedente respecto de la Administración pública responsable en cada caso (...)”. Incluso, dicha Sentencia vincula a la Administración con la obligación de prestar garantías amparándose en la obligación subsidiaria de demolición: “Por otra parte, la responsabilidad municipal en cuanto a la realización de las actuaciones precisas para la demolición también es clara: una vez constatada la inactividad del promotor o titular de la obra, la demolición derivada de anulación de la licencia debe ser ejecutada por la Administración cuya actuación anulada fue la que propició el resultado constructivo, sin perjuicio de que dicha ejecución subsidiaria se haga a cargo de las promotoras”.

auto de admisión, vendrá determinada, en su existencia y alcance –exigencia de forma aislada o conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente–, por los pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta acerca de su intervención en la regularización urbanística acordada por el Tribunal, realizados en razón de lo efectivamente juzgado en cada caso y sometido a la decisión jurisdiccional, a los que responde la ejecución y las consiguientes garantías exigidas para ello. Sin que resulte procedente, por lo tanto, otro planteamiento genérico al margen de las circunstancias del caso y alcance de los correspondientes pronunciamientos de la sentencia que se trata de ejecutar, siempre que los mismos hubieran intervenido en proceso o pudieran haberlo hecho (...) Tampoco se justifica la exigencia de tales garantías a los promotores de las obras a demoler, en cuanto la Sala de instancia no incluye en su sentencia pronunciamientos en relación a los mismos que justifique su imposición, siendo que, por el contrario, existe un preciso pronunciamiento de condena a la Administración recurrente”⁷⁰.

Por lo tanto, el sujeto obligado a prestar la garantía dependerá en cada caso del pronunciamiento que contenga la sentencia que impone la demolición, respecto del grado de intervención en la regularización urbanística de la Administración y/o del promotor de la licencia.

5.4

Los elementos objetivos del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

La demolición del inmueble se condiciona legalmente a la previa prestación de garantías suficientes para responder al pago de las indemnizaciones debidas. La redacción dada por el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 suscita varias dudas en relación con los elementos objetivos del tipo normativo: la determinación de la clase de garantía que debe prestarse, de su suficiencia exigida legalmente y de la noción de “indemnizaciones debidas”.

5.4.1

La determinación de la clase de garantía que debe prestarse

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 se limita a referirse genéricamente a “garantías”, sin especificar el tipo o clase de que se trate.

⁷⁰. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

En este punto, puede hacerse un paralelismo con lo prevenido en el artículo 133.2 de la Ley 29/1998. Nos situamos en la materia relativa a las medidas cautelares que pueden adoptarse con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia (artículo 129.1 de la Ley 29/1998). Cuando la medida cautelar pueda causar perjuicios de cualquier naturaleza, podrá exigirse la presentación de “caución o garantía suficiente” para responder de ellos (artículo 133.1 de la Ley 29/1998). Pues bien, el mencionado artículo 133.2 de la Ley 29/1998 advierte que “la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho”.

De manera paralela, si el sujeto obligado a la prestación de la garantía del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 es la Administración, podría ser cumplida dicha obligación, entre otras formas imaginables, a través de la exigencia de un seguro de responsabilidad de la Administración, de un aval bancario o mediante la consignación de partidas presupuestarias⁷¹.

Asimismo se ha afirmado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Sentencia 361/2019, de 25 de junio (rec. 4372/2018), que, “en cuanto al tipo de garantía a prestar, es una cuestión abierta tanto por la legislación por la jurisprudencia, y en la medida en que el auto permite esa elección entre metálico o bienes inmuebles tampoco se observa ninguna contravención legal”.

5.4.2

La determinación de la suficiencia de la garantía prestada

El artículo 108.3 de la Ley 29/1998 se limita a exigir que la garantía prestada sea “suficiente”, pero sin establecer indicadores objetivos para medir y valorar la suficiencia exigida.

De nuevo, en este punto, puede hacerse un paralelismo con lo establecido en el artículo 133.1 de la Ley 29/1998. Como ya hemos indicado, en el contexto de la adopción de medidas cautelares, el precepto sirve de habilitación para imponer la prestación de caución o garantía que legalmente se exige que sea “suficiente”. Esa suficiencia se predica en relación con los perjuicios que la adopción de la medida cautelar pueda causar (“para responder de aquellos”). Aunque en referencia a la antigua ley jurisdiccional, el Tribunal Supremo ha afirmado: “La caución exigida ha de ser suficiente y para ello ha de asegurar todas las consecuencias económicas que previsiblemente se

71. Véase MARTÍN PAPIOL, J. F., “Supuestos de demolición con la aparición de terceros de buena fe”, *Revista jurídica de Catalunya*, 1, 2017, págs. 93-118.

derivarán de la suspensión cautelar en el caso de que fracase la pretensión principal del proceso. Por lo cual, ha de compartirse la crítica del recurrente de casación a que la Sala no atendiera a su alegación de que, para cuantificar la caución, no se tuviera en cuenta una cifra que fuera acorde con la previsible duración del proceso y con las obligaciones accesorias que pueden acompañar al débito principal”⁷².

Otra vez razonando en paralelo, el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 exige la prestación de una garantía que debe ser “suficiente” en relación con los perjuicios que pueda causar la demolición de la edificación. En otras palabras, respecto a la valoración económica de dichos perjuicios, ya que determinará el importe de la indemnización que, en su caso, sea debida a los terceros de buena fe.

5.4.3

La determinación de la noción de “indemnizaciones debidas”

La expresión legal “indemnizaciones debidas” ha suscitado dudas interpretativas. Se trata de averiguar a qué indemnizaciones se refiere el legislador y, en concreto, si las garantías exigidas lo son para asegurar un genérico e hipotético deber futuro de indemnizar o bien indemnizaciones ya declaradas y fijadas en su cuantía.

El Tribunal Supremo aborda y resuelve la cuestión estableciendo la siguiente doctrina: el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 usa la expresión “indemnizaciones debidas” para “referirse al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, que no es consecuencia de una concreta declaración previa reconociendo la condición de tercero y la indemnización que es debida, sino de la valoración de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, producida, en su caso, esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición. No se ajusta a esa interpretación la mantenida por la parte recurrente, que considera la expresión ‘indemnizaciones debidas’ como indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles”⁷³.

72. STS de 28 de junio de 2002, fundamento jurídico cuarto.

73. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

En definitiva, será tarea del juez o tribunal que deba ejecutar la sentencia acordar, atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía...), las garantías correspondientes, teniendo en cuenta el principio de indemnidad total sobre el que se articula la institución de la responsabilidad patrimonial, y sin que se trate de un trámite —el del art. 108.3 Ley 29/1998— tendente a declarar ningún derecho indemnizatorio concreto ni definitivo⁷⁴.

5.4.4

El “inmueble” a demoler sobre el cual debe prestarse garantía

El precepto analizado prevé la prestación de garantías cuando se declare “contraria a la normativa la construcción de un inmueble”. El primer aspecto a tener en cuenta es que la declaración de demolición deberá ser judicial, por tanto estamos ante un precepto que exige un pronunciamiento previo por parte de un juez o tribunal, y se ubica sistemáticamente en la ejecución de sentencias.

Asimismo, al establecer la noción de “inmueble” debemos descartar que la garantía previa a la indemnización se deba prestar sobre otro tipo de edificaciones, tales como muros, cerramientos de fincas, instalaciones desmontables u otros elementos de urbanización.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha declarado que también pueden ser objeto de la garantía del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 aquellas obras realizadas sin licencia. Esto es, el ámbito objetivo del citado precepto no únicamente incluye las garantías relativas a las obras realizadas al amparo de una

74. En este sentido se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, mediante Auto de 18 de abril de 2016 y que posteriormente ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, al afirmar que “lo que debe tramitar la Administración es la garantía de esas responsabilidades, estableciendo un cálculo de los posibles afectados, los importes y modelos de garantía. Y dado que el precepto no establece límites, bastará una cifra alzada global o podrán individualizarse, siempre a priori esas cantidades, y constituirse, por ejemplo, en cualquiera de las formas del art. 529 LEC, esto es, garantías reales o personales o que pudieran presentar terceros, incluida la Administración personada para colaborar en el cumplimiento del fallo, el Gobierno de Cantabria. Esta figura del afianzamiento de futuras responsabilidades, sin prejuzgar las mismas y de cara al procedimiento, no es algo ni novedoso ni extraño en el ordenamiento y así, por ejemplo, existe en materia de accidentes de circulación, regulándose las obligaciones de afianzar del asegurador y la necesidad de hacer oferta motivada y consignar, en la LEC y en el RDLegis 8/2004. Más concretamente, el art. 9 b) RDLegis 8/2004 contempla una decisión judicial a efectos exclusivamente de la suficiencia o insuficiencia de un tipo de garantía, como es la consignación, ello dejando al margen el asunto de fondo definitivo de las responsabilidades, penales y civiles”.

licencia anulada, sino también aquellas realizadas sin licencia y sobre las que se ordena la demolición⁷⁵.

La justificación dada por parte del Tribunal Supremo es que, en primer lugar, se debe ordenar la demolición de las obras, y que, por ende, se cumple el supuesto previsto en el art. 108.3 Ley 29/1998: “la construcción llevada a cabo sin la oportuna licencia constituye una grave infracción de la normativa urbanística que, cuando no sea susceptible de regularización, como es el caso que aquí se examina, determina que el restablecimiento de la legalidad urbanística ha de llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada, como ha declarado la sentencia objeto de la presente ejecución, lo que constituye un supuesto incluido en el ámbito de aplicación y la consiguiente exigencia de las garantías establecidas en el referido precepto”⁷⁶.

Y, en segundo lugar, porque la responsabilidad de la Administración puede darse tanto por acción (concesión de la licencia posteriormente anulada) como por omisión (no ejercicio de las facultades de control administrativo): “ha de tenerse en cuenta que el control administrativo sobre la regularidad de las actividades de edificación y uso del suelo comprende tanto el aspecto positivo de acomodar las autorizaciones y licencias a la normativa urbanística como el negativo de impedir la realización de actuaciones al margen de las autorizadas o careciendo totalmente de la licencia exigible, de manera que el referido control administrativo puede cuestionarse tanto por acción, concesión de licencias ilegales, como por omisión, por no ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce frente a las actividades urbanísticas que no se sujetan al previo control administrativo. Así lo reconoce, implícitamente, la Administración recurrente, cuando trata de justificar su falta de actuación y paralización de las obras por las razones que expone”⁷⁷.

5.5

Los elementos procedimentales del artículo 108.3 de la Ley 29/1998

Uno de los principales interrogantes planteados por el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 es la determinación de la forma en que debe acordarse la

75. La respectiva cuestión de interés casacional objetiva sobre este punto se admitió mediante Auto del Tribunal Supremo (Sección de Admisión) de 8 de enero de 2019 (rec. 5759/2018).

76. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

77. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico tercero.

prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas.

El Tribunal Supremo concretó el interrogante de este modo: “si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inexecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el juez o tribunal”⁷⁸.

La respuesta que ofrece el Tribunal a la cuestión es la siguiente: “consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el artículo 109.1 de la Ley 29/1998”⁷⁹.

En su razonamiento, parte el Tribunal Supremo, tomando como base la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con el derecho

78. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

79. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico octavo. La misma solución se reitera en las posteriores SSTs núm. 905/2018, de 1 de junio (rec. 571/2017), fundamento jurídico tercero; núm. 1673/2018, de 27 de noviembre (rec. 115/2017), fundamento jurídico tercero; núm. 1749/2018, de 10 de diciembre (rec. 137/2017), fundamento jurídico primero, y núm. 46/2019, de 22 de enero (rec. 2048/2018), fundamento jurídico tercero.

a la ejecución de sentencias, de la delimitación del contenido propio de la fase de ejecución y, en concreto, de la determinación de aquello que está excluido por no constituir su objeto: “Queda al margen de la ejecución de la sentencia y los incidentes que puedan suscitarse (...) la resolución de cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, y ello, entre otras razones, porque podría resultar menoscabado el derecho a la tutela judicial de terceros no intervinientes en el proceso, en cuanto vieran efectuadas declaraciones sobre sus derechos al margen del procedimiento declarativo correspondiente, del que no se les puede privar. Además de la razón fundamental, que el procedimiento de ejecución se proyecta sobre el derecho declarado y no tiene por objeto la declaración de otros derechos no cuestionados en el proceso y que no incidan en la declaración y reconocimiento de aquel. En este sentido son numerosos los autos de esta Sala que descartan el pronunciamiento en ejecución de sentencia sobre derechos que no han sido objeto de controversia en el proceso declarativo”⁸⁰.

Trasladando estos razonamientos al supuesto contemplado en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, que es “de ejecución de sentencias en las que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, se determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”, advierte el Tribunal Supremo que, en estos casos, “se aprecia inmediatamente que tales sentencias vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones, que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la orden motivada del órgano judicial de demolición de lo construido”⁸¹.

A partir de esta constatación, el Tribunal delimita en positivo y en negativo el objeto propio del proceso de ejecución al que se refiere el artículo 108.3 de la Ley 29/1998:

a) En positivo, el objeto del proceso de ejecución es el de asegurar la efectividad del derecho declarado a la regularización de la legalidad urbanística, procediendo a la demolición de lo ilegalmente edificado y reposición a su estado originario de la realidad física alterada: “el marco o ámbito en el que opera el procedimiento de ejecución de la correspondiente sentencia es la efectividad del derecho declarando la regularización de la legalidad urbanística, que ha constituido el objeto de debate en el proceso declarativo, y

80. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto, reiterado en la STS 263/2019, de 28 de febrero (rec. 139/2017), fundamento jurídico segundo.

81. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional, con las garantías propias del procedimiento (con especial referencia al principio de contradicción procesal), y en el que, además, se propicia la intervención de quienes en el desarrollo del mismo puedan hacer valer derechos o intereses legítimos, que tienen igualmente la posibilidad de impugnar el resultado del proceso si se ha desconocido su derecho a ser parte en el mismo”⁸².

b) En negativo, no es objeto propio de este proceso de ejecución la determinación de la existencia, cuantía y sujetos del derecho a la indemnización, que habrá de ser objeto de otro procedimiento distinto⁸³: “la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia supondría (...) resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso (...) la determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia”⁸⁴.

También desde una perspectiva procedimental, se ha suscitado la duda acerca de si es o no necesaria la aplicación del artículo 108.3 de la Ley 29/1998 y, por tanto, que el juez exija la prestación de garantías suficientes, en el caso de que ya se hayan fijado las indemnizaciones debidas en el procedimiento correspondiente, e incluso que ya se hayan pagado.

82. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

83. Precisamente amparándose en toda la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de los de Barcelona mediante el cual, en ejecución de sentencia, requería al respectivo Ayuntamiento para que “contestase en plazo las propuestas de evaluación aportadas, presentando una valoración alternativa o proponiendo, en su caso, la designación de una prueba pericial para realizar esta valoración, con advertencia de tenerle en otro caso por conforme con las propuestas presentadas a efectos de prestación de garantías”. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Sentencia 729/2018, de 30 de julio de 2018 (rec. 466/2017), lo revocó, al considerar que el art. 108.3 Ley 29/1998 no precisa tal procedimiento contradictorio. Decisión distinta se adopta por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Sentencia 361/2019, de 25 de junio (rec. 4372/2018), en la cual se avala un auto del Juzgado que prevé unas actuaciones a realizar por parte del Concello de Ourense antes de acordar las garantías del referido artículo, trámites tales como: audiencia a los afectados, incorporación de los datos, propuesta de tipo de garantía...; se avala dicho procedimiento por cuanto se afirma que no se sustrae al juzgador la respectiva competencia, que sigue ostentando un control judicial sobre la decisión (fundamento jurídico cuarto).

84. STS 476/2018, de 21 de marzo, fundamento jurídico sexto.

El Tribunal Supremo centra la cuestión en los siguientes términos: que “en trámite de ejecución de sentencia se obligue a que se garanticen las posibles indemnizaciones a terceros de buena fe afectados por la demolición de viviendas por anulación de la licencias concedidas, y si el expediente de responsabilidad patrimonial culminado con el pago de la indemnización equivale a las garantías a que hace referencia el precepto”.

El mismo Tribunal ofrece la siguiente respuesta: “debemos responder que, sin perjuicio de que la existencia de un procedimiento abierto de responsabilidad patrimonial constituye un elemento indiciario de la existencia de terceros perjudicados a efectos de la fijación de garantías, cuando la Administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, culminando dicho expediente con el abono de las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del artículo 108.3, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos”⁸⁵.

Por lo tanto, podría plantearse si la resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial respecto de los terceros de buena fe vacía de contenido las garantías del citado precepto⁸⁶. Lo anterior puede suceder en un doble sentido; en primer lugar, si se ha reconocido la indemnización y se ha pagado, no será necesario prestar garantía alguna por cuanto se habrán satisfecho los intereses afectados por la demolición. En segundo lugar, si se ha resuelto el respectivo procedimiento rechazando el derecho indemnizatorio y ello ha devenido firme, se podrá argumentar por parte de la Administración que no estamos ante sujetos beneficiarios del artículo 108.3 de la Ley 29/1998.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha reiterado que la prestación de garantías del artículo 108.3 Ley 29/1998 no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio, ni requiere que tales indemnizaciones se hayan fijado como debidas en un incidente de ejecución ni en un expediente de

85. STS 868/2018, de 25 de mayo, fundamento jurídico undécimo. Reproducido en la posterior STS núm. 62/2019, de 28 de enero de 2019 (rec. 5793/2017), fundamento jurídico octavo.

86. En este sentido, Sentencia núm. 263/2019, de 16 de mayo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 2.ª, rec. 4125/2018), al afirmar que “en este caso, en el que ya se ha tramitado el expediente de responsabilidad patrimonial, fijando una determinada cuantía indemnizatoria a favor del titular de la licencia, no procede exigir ninguna garantía adicional al amparo del artículo 108.3 de la LJCA, y las cuestiones atinentes a quién efectúa el pago –Concello o aseguradora– no pueden ser decididas en esta pieza de ejecución”.

responsabilidad patrimonial⁸⁷. Dicho precepto no requiere ni comporta un pronunciamiento declarativo de derechos. Únicamente deberá garantizarse⁸⁸, con los elementos de que disponga el juzgador, una hipotética futura indemnización tras el procedimiento que corresponda constituyendo, por tanto, una suerte de justicia cautelar y garantista para los terceros afectados de buena fe⁸⁹.

También se ha suscitado la duda de si corresponde al juez o tribunal exclusivamente promover la identificación y el emplazamiento de los posibles terceros de buena fe titulares de un eventual derecho de indemnización, o por el contrario puede auxiliarse de la Administración⁹⁰.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha avalado que los órganos jurisdiccionales se apoyen en las respectivas autoridades administrativas implicadas cual comisario de la ejecución, sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos⁹¹, recordando que el art. 108.1 Ley 29/1998 permite a los órganos jurisdiccionales, para llevar a cabo la efectiva ejecución de sus resoluciones: “(1) recurrir para la ejecución de la sentencia a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades

87. Esta cuestión entronca, si bien de forma indirecta, con la reciente jurisprudencia relativa al *dies a quo* para reclamar la responsabilidad patrimonial por anulación de licencias que comporten una orden de demolición. El Tribunal Supremo, en su sentencia 1174/2018, de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017), ha declarado que “—en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido— la que señala que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado”.

88. En este sentido afirma el Tribunal Supremo que “se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto” (STS 1102, 28 de junio de 2018, rec. 1/2016, FJ 4.º).

89. Tal y como afirma Ezquerro Huerva, se trata de una suerte de medida cautelar de carácter peculiar, por cuanto no se adopta para garantizar la ejecución del “fallo”, sino que se adopta “frente al fallo” en aras de paliar determinados efectos negativos que la demolición comporta frente a los terceros de buena fe. Véase EZQUERRA HUERVA, A., “A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que puedan causar perjuicios a terceros de buena fe”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, págs. 67-100.

90. ATS 13094/2017, de 14 de julio de 2017 (rec. 1042/2017).

91. En el supuesto de hecho analizado en la STS 1421/2019, de 23 de octubre de 2019 (rec. 1042/2017), la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia requirió al Consello de Cangas do Morrazo para que, en el plazo de tres meses, identificase a los terceros de buena fe afectados por la demolición del respectivo inmueble, les requiriera los títulos que acreditasen los posibles perjuicios y los aportase a la Sala.

y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto”⁹².

Por último, surge la duda de si la Administración puede oponerse a la prestación de la garantía del artículo 108.3 Ley 29/1998 invocando una prescripción de la acción para reclamar por parte del tercero de buena fe. El Tribunal Supremo ha respondido de forma negativa afirmando que “la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial habrá de plantearse, en su caso, frente al ejercicio de tal acción y atendiendo a las condiciones de tiempo y forma en que se haya ejercitado”⁹³. Dicha interpretación resulta coherente con la naturaleza de este incidente de ejecución, el cual tiene una vocación de justicia cautelar y se exige sin perjuicio de los respectivos pronunciamientos en los procedimientos para depurar las oportunas responsabilidades.

92. STS 1421/2019, de 23 de octubre de 2019 (rec. 1042/2017), fundamento jurídico sexto.

93. STS 1321/2019, de 7 de octubre de 2019 (rec. 5759/2019), fundamento jurídico cuarto.

Concesiones mineras y ordenación urbanística

FERNANDO GARCÍA RUBIO¹

*Técnico de Administración General
del Ayuntamiento de Madrid.*

Profesor titular de Derecho Administrativo

- 1. Introducción. Objeto del estudio**
- 2. La legislación minera. Un breve examen de esta y las competencias de las diferentes entidades territoriales**
- 3. El concepto y categorías de concesión administrativa como base de la actuación minera**
- 4. Las concesiones mineras**
- 5. Planificación urbanística y concesiones mineras**
 - 5.1. La incorporación al planeamiento de las determinaciones sectoriales
 - 5.2. La planificación territorial como condicionante del planeamiento urbanístico
 - 5.3. Clasificación del suelo y usos mineros
 - 5.4. Interrelación de intereses: explotación de minas y protección medioambiental. Su previsión en el planeamiento
 - 5.4.1. Concepto de utilidad pública e interés social
 - 5.4.2. Necesidad de emplazamiento en el medio rural
 - 5.5. *Ius variandi* del planeamiento y concesiones mineras
- 6. Mecanismos de coordinación entre las diversas entidades con competencias en la materia**
- 7. Los controles municipales sobre actividades mineras. El caso de las licencias**
- 8. La integración de las aguas minerales**
- 9. La minería urbana**
- 10. Conclusiones**
- 11. Bibliografía**

Artículo recibido el 28/10/2019; aceptado el 11/12/2019.

1. El presente artículo forma parte del proyecto *La Minería Extractiva en el Siglo XXI: Retos Jurídicos y Medioambientales* (DER2016-78393-R), dirigido por la profesora Encarnación MONTOYA MARTÍN, del que el autor forma parte como investigador.

Resumen

El presente estudio aborda el concepto de concesión y específicamente el de las concesiones demaniales dentro de su categoría minera para abordar sus relaciones con los municipios, y concretamente la incidencia en la planificación urbanística de las concesiones mineras, tanto la de carácter territorial como la general, ya sea por vía sectorial o meramente urbanística. Se estudian la clasificación del suelo y los usos mineros, la interrelación de intereses y la consecuente afectación sobre la explotación de minas y la protección medioambiental, partiendo de los requisitos para la autorización de estos usos en suelos rurales, así como las complicaciones del *ius variandi* del planeamiento sobre las minas. Finalmente se aborda la peculiar casuística de las aguas minerales y de la minería urbana.

Palabras clave: *concesión; minería; planeamiento; suelo rústico; medio ambiente; licencia; usos; minería urbana.*

Mining concessions and urban planning

Abstract

*The article addresses the concept of concession and specifically the mining category to study its relations with the municipalities and its impact on urban planning, both territorially and general speaking, either by sector or merely in urban planning. The article explores the classification of land and mining uses, the interrelation of interests and the consequent impact on the exploitation of mines and environmental protection, based on the requirements for the authorization of these uses in rural land, as well as the complications of the *ius variandi* of mine planning. Finally, the article addresses the peculiar casuistry of mineral waters and urban mining.*

Keywords: concession; mining; planning; rural land; environment; license; urban planning; urban mining.

1

Introducción. Objeto del estudio

La ordenación urbanística, entendida esta en sentido amplio y no del mero suelo clasificado como urbano, tiene un carácter omnicompreensivo de todas las actuaciones humanas sobre el territorio y por tanto debe contemplar todas las situaciones que en él se produzcan, incluidas las de los espacios excluidos del proceso urbanizador o suelos rústicos.

Esta concepción de la ordenación urbanística es un elemento de enlace entre la ordenación territorial de carácter general, que abarca por su naturaleza un carácter supramunicipal de ámbito regional, y la mera ordenación de los suelos urbanos.

Especialmente esta ordenación de carácter urbanístico debe contemplar (entre otras muchas situaciones) las explotaciones mineras existentes (obviamente ajustadas a derecho, al menos formalmente) en el territorio del respectivo planeamiento y singularmente el planeamiento de carácter general municipal, o aquel que le sustituya.

Esta situación de “contemplar” supone una realidad existente previa a la configuración de la figura del planeamiento y otros instrumentos de ordenación urbana, aunque la legislación específica minera y los distritos mineros ya se regulaban con bastante detalle en Roma, tal y como indicó ESCUDERO².

Tradicionalmente las minas se han vinculado a una incompatibilidad con los usos del suelo urbano, y lo habitual era su ubicación en suelo no urbanizable, y por tanto su consideración desde el punto de vista de la ordenación urbana se reflejaba en dicho ámbito, y bajo un prisma incluso más de ordenación territorial que estrictamente urbanístico.

Por tanto, el prisma de las relaciones entre concesiones mineras y ordenación urbanística era el de la integración de estas en los correspondientes planeamientos urbanísticos como usos singulares en suelo no urbanizable, que además de los correspondientes permisos de la Administración competente en materia de minas, debía incorporar las autorizaciones para la ubicación en suelo no urbanizable por parte de la Administración autonómica prevista en las diferentes leyes de suelo y urbanismo de las 17 comunidades autónomas.

2. ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 1985, págs. 152-154, con la regulación de los bronceos de Vipasca, que contenían la *Lex metalis dicta*.

De hecho, tal y como recuerdan GUTIÉRREZ COLOMINA³ y PAREJA I LOZANO⁴, el uso minero es una de las actuaciones permitidas en suelo no urbanizable con carácter tradicional, por la necesaria ubicación en suelo rústico de estas explotaciones.

Por tanto, es absolutamente imprescindible la coordinación de las legislaciones y actuaciones de las diversas Administraciones públicas en materia minera, de ordenación territorial y hoy en día, con carácter indispensable, de ámbito ambiental, puesto que, tal y como argumentan JUNCEDA MORENO⁵ y RENAU FAUBELL⁶, sobre esta materia concurren, además de la regulación propia de minas, las de urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente, entre otras varias.

Debemos advertir la importancia cardinal de las legislaciones autonómicas en la materia, especialmente en lo referido al urbanismo con sus 17 leyes de suelo (más la estatal y la supletoria de 1976), pero por razones de espacio, sin perjuicio de las referencias de algún supuesto concreto, abordaremos el estudio desde una perspectiva general con el TRLSOU/76 y sus reglamentos de desarrollo, aunque debe recordarse la preferencia de las leyes autonómicas y sus matices al respecto.

Por último, en estos tiempos de economía en ciernes de ser circular, los aspectos mineros no solo deben contemplarse desde ese prisma tradicional, sino que tienen que incorporar (en lo que respecta a la ordenación urbana) dos vertientes que se podrían configurar como nuevas “modalidades mineras”, como la explotación de aguas termales-mineromedicinales, que la Ley de Minas establece como explotaciones de dicho tipo, sometidas a concesión tramitable por dicha legislación y por tanto excluidas del procedimiento y ámbito de aplicación de la Ley de Aguas.

Pero además debemos considerar una novedosa modalidad, no expresamente prevista por la vigente Ley de Minas, que comprende el aprovechamiento de materiales, fundamentalmente metálicos, que se encuentran en las ciudades, y, de forma más intensa, de los ubicados en los residuos sólidos urbanos.

3. GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio, *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable*, RDU-Montecorvo, 1990; y, más recientemente, BARREDA BARBERÁ, Juan, *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*, Tirant lo Blanch, 1.ª edición, 2008.

4. PAREJA I LOZANO, Carles, *Régimen del suelo no urbanizable*, Marcial Pons, 1990.

5. JUNCEDA MORENO, Javier, *Minería, medio ambiente y ordenación del territorio*, Civitas, 2001, págs. 201 a 271.

6. RENAU FAUBELL, Fernando, “Tratamiento urbanístico de las actividades mineras. Su regulación en el planeamiento urbanístico”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, n.º 219, 2005, págs. 131 a 176, en concreto pág. 132.

Debe recordarse que el régimen de los residuos está reservado en exclusiva en cuanto a su explotación, tal y como especifica el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora del régimen local, a los municipios, por lo que cualquier aprovechamiento de estos residuos en esa línea novedosa de la “minería urbana” exige un título jurídico habilitante otorgado por el propio municipio.

Ahora bien, si con carácter previo a la pretensión de explotar esos “recursos” se logra un acuerdo con los emisores de residuos, nos encontraríamos con una problemática no tradicional, puesto que la Ley de residuos considera estos: *cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseche o tenga la intención o la obligación de desechar*, por lo que un acuerdo previo a la acción de desechar, el producto entre el poseedor de este y un tercero explotador, supondría la elusión de la competencia e incapacidad municipal sobre los residuos, al desprenderse del producto sin la condición de residuo.

Pero dejando al margen estas consideraciones, lo cierto es que estas actuaciones productivas deben tenerse en cuenta a la hora del establecimiento de las disposiciones urbanísticas y otras normas municipales de ordenación urbana.

El objeto del presente trabajo es un análisis de estas relaciones entre las concesiones mineras (entendidas estas en sentido muy amplio) y la ordenación urbanística.

2

La legislación minera. Un breve examen de esta y las competencias de las diferentes entidades territoriales

Con carácter previo al análisis de lo expuesto debe recordarse lo que se refiere a las minas, y tomando a ARANA GARCÍA⁷ con referencia a la regulación de estas, cabe indicar que para analizar la competencia en materia de minas debe partirse de la histórica transcendencia económica y social de las explotaciones mineras para el Estado, lo que llevó al constituyente de 1978 a reservar al Estado las bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25.^a).

Pero esa misma Constitución crea la figura de las comunidades autónomas en sus arts. 2 y 143 y ss., atribuyendo en el art. 148.1.10.^a la posibilidad de que las comunidades autónomas asuman competencias en las aguas minerales y termales.

7. ARANA GARCÍA, Estanislao, “Medio ambiente y actividades extractivas a cielo abierto: algunas cuestiones de su difícil pero necesaria compatibilidad”, *Actualidad Administrativa*, Sección Doctrina, 1999, Ref. XXVII, pág. 479, tomo 1, Editorial LA LEY 2205/2001.

Por otro lado, el art. 149.1.22.^a de la Ley de leyes establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación, ordenación y autorización del transporte de energía, cuando traspase el ámbito territorial de una comunidad autónoma.

Junto a este planteamiento inicial, nos encontramos, tal y como afirma el citado ARANA GARCÍA⁸ y nosotros compartimos, con que prácticamente todos los estatutos de autonomía han asumido como competencias propias las de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación básica del Estado en materia de régimen minero.

Este es el caso de Andalucía, que en el art. 15.1.5.^a establece que corresponde a la Comunidad Autónoma andaluza, en el marco de la regulación general del Estado, el desarrollo legislativo y ejecución de la materia de “régimen minero y energético”.

Por otra parte la Comunidad de Madrid establece en el art. 27.8 de su Estatuto las competencias sobre “régimen minero y energético”. Eso sí, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, correspondiendo a la indicada Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución.

Partiendo de esa realidad autonómica, la complejidad de nuestro sistema de distribución de competencias no queda resuelta con este tipo de alusiones directas a la materia minera, puesto que es necesario tener muy en cuenta otros títulos competenciales colaterales que pueden ser esgrimidos como título competencial propio para incidir en este ámbito minero. En este sentido, y por lo que a las competencias estatales se refiere, podemos citar con ARANA⁹ los siguientes: la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a)¹⁰, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a), la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18.^a) y la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23.^a).

Comenzando por los títulos competenciales específicos, al Estado corresponde la legislación básica, es decir, la regulación de las cuestiones o los extremos fundamentales o esenciales sobre protección del medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias, lo que en tales mate-

8. ARANA GARCÍA, Estanislao, “Medio ambiente...”, *op. cit.*

9. ARANA GARCÍA, Estanislao, “Medio ambiente...”, *op. cit.*

10. Aunque debe recordarse que la STC 61/1997, de 20 de marzo, no asumió dicho título competencial como habilitante para el urbanismo.

rias deja libre para la asunción por las comunidades autónomas, en sus respectivos estatutos de autonomía, el espacio competencial integrado por la legislación de desarrollo de la básica estatal y la ejecución, así como, en punto concretamente a la protección medio ambiental, el dictado de normas adicionales a las estatales.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha precisado que la normativa básica general constituye un mínimo común que las comunidades autónomas pueden, en ejercicio de su potestad legislativa propia, no solo desarrollar siguiendo la lógica de esta normativa, sino también complementar con soluciones diferenciadas propias, siempre que estas sean más severas o exigentes (SSTC 149/1991, de 4 de julio; 102/1995, de 26 de junio, y 156/1995, de 26 de octubre). En cualquier caso, se afirma la competencia autonómica en materia de gestión, es decir, de ejecución.

Junto a este título más específico de intervención, no puede olvidarse que tanto el Estado como las comunidades autónomas y, en menor medida, las entidades locales disponen de una serie de competencias que indirectamente inciden o pueden incidir en esta materia.

Teniendo en cuenta estos títulos específicos, con la gran cantidad de títulos sectoriales que inciden en materia de medio ambiente y urbanismo, el tratamiento de las minas quedaría abarcado en su regulación jurídica por la legislación básica estatal al respecto, las leyes o normas de las comunidades autónomas dictadas en desarrollo de esos principios básicos: las determinaciones urbanísticas para dichas explotaciones dictadas por cada comunidad autónoma que afecten a estas explotaciones, especificadas en cada planeamiento general municipal, y en su caso las normas de ordenación territorial aplicables.

Con carácter sustantivo, tal y como recuerda MORENO MONTOYA¹¹, el dominio público minero se regula por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (en adelante LMi) y el Reglamento General para el Régimen de la Minería aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto (a partir de ahora RGRM). La LMi ha sido modificada posteriormente por la Ley 54/1980, de 5 de noviembre; la Ley 50/1985, de 27 de diciembre; el Real Decreto Legislativo 1303/1986, de 28 de junio, de adaptación del título VIII de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas al derecho de las comunidades europeas, y la disposición final 1 de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre; y ha sido complementada por la Ley 6/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Minería.

11. MORENO MONTOYA, Araceli, “Propiedades especiales (II): el dominio público minero, viario y de montes”, en GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (coord.), *Régimen de bienes de las entidades locales*, 2012, págs. 711-767, y en concreto pág. 716.

A nivel reglamentario debemos recordar el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero, y el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado posteriormente por el Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero. Normas reglamentarias, estas últimas, que se mantienen expresamente vigentes de conformidad con lo previsto en la disposición derogatoria de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Es cierto que la actuación administrativa en materia minera ha estado vinculada a un prisma de sociedad occidental ya muy desarrollada, con los principales recursos mineros agotados y una necesaria óptica en el impacto ambiental de estos, con especial hincapié en las evaluaciones de impacto y en los planes de restauración. No obstante, y pese a esa concepción, el agotamiento de los recursos y la incorporación de nuevas técnicas hacen despertar nuevamente la minería metálica, pero, eso sí, bajo un estricto control y prisma ambiental.

En cualquier caso debe recordarse que la propiedad minera está integrada por el suelo, vuelo y subsuelo. El subsuelo no es solo lo que está debajo del suelo, sino que el *Diccionario de la lengua española* de la RAE lo define también como *la parte profunda del terreno a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los predios* y en donde las leyes consideran constituido el dominio público, facultando a la autoridad gubernativa para otorgar concesiones mineras. En la LMi, tanto el suelo como el subsuelo son regulados en cuanto susceptibles de explotación económica y son los objetos sobre los que se cierne la explotación minera (art. 2), que se dividen en cuatro apartados conforme al art. 3.º LMi:

- A) Pertenecen a la misma los de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantado y calibrado.
- B) Incluyen, con arreglo a las definiciones que establece el capítulo primero del título IV LMi, las aguas minerales, las termales, las estructuras subterráneas y los yacimientos formados como consecuencia de operaciones reguladas por esta Ley.
- C) Comprende esta sección cuantos yacimientos minerales y recursos geológicos no estén incluidos en las anteriores y sean objeto de aprovechamiento conforme a la Ley.
- D) Los carbones, los minerales radiactivos, los recursos geotérmicos, las rocas bituminosas y cualesquiera otros yacimientos minerales o

recursos geológicos de interés energético que el Gobierno acuerde incluir en esta sección, a propuesta del ministro de Industria y Energía, previo informe del Instituto Geológico y Minero de España.

Las aguas minerales y termales de la sección B) son, conforme a los estatutos de autonomía, de competencia autonómica, aunque muy pocas comunidades autónomas han legislado de forma extensa sobre ellas.

Los yacimientos de origen no natural vienen regulados en los arts. 31 a 33 de la LMi y 46 a 50 del RGRM, definiéndose como aquellas acumulaciones constituidas por residuos de actividades reguladas por esta Ley que resulten útiles para el aprovechamiento de alguno o algunos de sus componentes.

En cuanto a las estructuras subterráneas, su regulación la encontramos en los arts. 34 y 35 de la LMi y 51 a 55 del RGRM, definiéndose como todo depósito geológico natural artificialmente producido como consecuencia de actividades reguladas por la Ley de Minas, cuyas características permitan retener naturalmente y en profundidad cualquier producto o residuo que en él se vierta o inyecte; y la Ley 54/80, de 5 de noviembre, de modificación de la LMi, incluye también dentro de esta catalogación a las artificialmente creadas que resulten aptas para almacenar productos minerales o energéticos o acumular energía bajo cualquier forma.

Según las SSTs de 14 de junio de 2002 (Tol 1706258) y 20 de marzo de 2002 (Tol1717662), las minas son dominio público y pueden ser objeto de concesión, sin que por ello pasen a considerarse dominio privado, aunque el mineral extraído del yacimiento de los que tengan derecho al aprovechamiento lo calificamos de privado.

Como ya hemos indicado, el art. 149.1.25.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen minero y energético, aunque debemos relacionarlo con el art. 149.1.13.^a CE, que incide en la ordenación del sector, como las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; el art. 149.1.22.^a CE sobre la legislación, ordenación y autorización del transporte de energía; y sobre la legislación básica sobre protección del medio ambiente, el art. 149.1.23.^a CE. Los arts. 40 y 131 CE regulan la planificación en el sector de la minería, que debe asumir como objetivos básicos el progreso social y económico y la armonización del desarrollo regional.

Pero partiendo de ese régimen jurídico estatal también debemos recordar las competencias de las comunidades autónomas sobre el dominio público minero.

El art. 3 d) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, transfirió a las comunidades autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León competencias para

el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen minero y para dictar normas relacionadas con las industrias sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear.

Por otra parte las comunidades de País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía ya ostentaban en sus estatutos originarios dichas competencias, al igual que tras la LOTRAVA y la LOTRACA la Comunidad Valenciana y las Islas Canarias.

Aunque, pese a dichas competencias, tan solo Galicia aprobó la Ley 3/2008, de 23 de mayo, de ordenación de la minería de Galicia, lo cual puede ser debido a que la LMi es preconstitucional y es difícil establecer límites de la normativa básica. No son muy numerosos los asuntos que han llegado al Tribunal Constitucional en materia de competencias sobre energía y medio ambiente en un periodo inicial¹².

El art. 148.1.10.^a CE atribuye a las comunidades autónomas la posibilidad de asumir la competencia exclusiva en materia de aguas termales y minerales, como han hecho en los correspondientes estatutos de autonomía.

Pero debemos plantearnos cuál es el margen del legislador autonómico en la materia: ¿puede prohibir los usos mineros en parte del espacio sometido a sus títulos competenciales? Así, sin perjuicio de la STC clave en esta materia¹³, que más adelante desarrollaremos al detalle al analizar la ponderación de valores a realizar por el planeamiento, lo cierto es que esta sentencia del Tribunal Constitucional niega la posibilidad de que una comunidad autónoma, mediante ley, pueda prohibir las actividades mineras de las secciones C y D de la Ley de Minas dentro de un espacio natural protegido, incluso aunque en la citada prohibición se estableciera una excepción para las materias primas declaradas prioritarias por el Estado.

Esta doctrina se complementa con el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre, en la que se examinó la constitucionalidad de la Ley madrileña 1/1985, de 3 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares. En este caso el Tribunal Constitucional, tras citar su anterior sentencia 64/82, añade lo siguiente:

12. Debe destacarse la STC 64/1992, de 4 de noviembre (Tol 80676); en productos petrolíferos, STC 24/1985, de 21 de febrero (Tol 79439).

13. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 64/1982, de 4 de noviembre (LA LEY 7305-JF/0000), resolviendo el recurso de inconstitucionalidad formulado por el presidente del Gobierno contra la Ley catalana 12/1981, de 24 de diciembre, de protección de espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas, resolvió que era inconstitucional el prohibir con carácter general la realización de actividades extractivas en un extenso espacio (con el fin de proteger el medio ambiente), por cuanto tal previsión vulneraba el artículo 128.1 de la Constitución. Lo que deduce al analizar dos valores protegidos en la Constitución: el interés público minero y el interés público en la protección del medio ambiente, imponiendo la necesidad de llegar a un equilibrio, mediante un juicio de compatibilidad caso por caso entre la protección del medio ambiente (art 45 CE) y el desarrollo del sector económico minero (artículo 130.1).

“En el presente caso se trata de una prohibición limitada a unos terrenos muy concretos y destinada fundamentalmente a actividades extractivas y de cantería, areneros, graveros y similares (...) El carácter territorialmente limitado de la prohibición y su escasa repercusión en el interés general ha ponderado adecuadamente los valores constitucionales protegibles y que, por ello, el artículo 14.2.c de la Ley autonómica no es contrario al artículo 128.1 de la Constitución”.

Así, en esta segunda sentencia el Tribunal Constitucional ratifica el criterio mantenido en la primera, incluso en un supuesto en el que la declaración del espacio natural se está efectuando a través de una ley de aprobación del Parque. De estas dos sentencias se derivaría que las comunidades autónomas, en la regulación de sus espacios naturales protegidos, no podrían establecer una prohibición general de las actividades mineras de las secciones C y D de la Ley de Minas, pero sí la prohibición en terrenos concretos de las actividades extractivas de las secciones A y B de dicha Ley.

Por lo que se refiere a las entidades locales, debe señalarse con respecto a las competencias de estas que, partiendo de los arts. 7, 25 y 27 de la LRBRL, que regulan las competencias propias o delegadas o compartidas, así como las fórmulas de cooperación o colaboración, las entidades locales también juegan un papel en este entramado competencial de las minas.

De hecho, en el art. 17.1 de la LMi se establece lo siguiente: “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Industria, señalará por decreto las condiciones técnicas que deban contener las ordenanzas de las corporaciones locales para poder otorgar las autorizaciones de explotación a que se refiere el párrafo 1 de este artículo. Una vez aprobadas las ordenanzas, dichas corporaciones podrán otorgar autorizaciones, dando cuenta a la delegación provincial del Ministerio de Industria para su conocimiento y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias en la esfera de su competencia”.

Como veremos posteriormente, al ser bienes de dominio público los recursos mineros, es necesaria para su explotación la obtención de un título concesional previo, sin perjuicio de los previos permisos de exploración.

Según la STS de 11 de febrero de 1995 (Tol 1697152), “El otorgamiento de una concesión derivada de un permiso de investigación suele considerarse reglado, carácter impropio de una concesión de dominio público. El carácter reglado se justifica por esos derechos preferentes que ostentan los titulares de los permisos de exploración e investigación”.

Según el art. 105.2 LMi, “El otorgamiento de una concesión de explotación y la declaración de una zona de reserva definitiva llevarán implícita la declaración de utilidad pública”, lo que no exige, conforme al art. 21.1.b) RSCL, de la necesaria obtención de licencia municipal de movimiento de tie-

rras en actividades extractivas de canteras o minas, siempre y cuando lleven implícitas obras de excavación, desmonte o formación de escombreras, correspondiendo, conforme a las competencias atribuidas a las entidades locales en la LRBRL, a los municipios.

Ahora bien, no debe olvidarse que con carácter básico estas competencias han sido constreñidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local¹⁴, limitando las competencias ambientales al medio ambiente urbano, y recogiendo para las urbanísticas, en el art. 25.1 a) de la LRBRL, *Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística*.

3

El concepto y categorías de concesión administrativa como base de la actuación minera

La Administración, en sus actuaciones y servicios hacia la comunidad, puede actuar mediante sus propios medios o a través de terceros; esta segunda modalidad es la denominada gestión indirecta, cuya forma más extendida y tradicional es la concesión.

De las seis acepciones que el *Diccionario de la lengua española* de la RAE otorga al término concesión, la jurídica es la tercera de ellas¹⁵: “Nego-

14. La Ley ha sido objeto de diversos estudios, y así, por orden cronológico: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar (coords.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-El Consultor, 2014; QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014; DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés Estudios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014; MELLADO RUIZ, Lorenzo, *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma local?*, CEMCI, 2014; MEDINA GUERRERO, Manuel, *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, 2014; CAMPOS DAROCA, José María, *La reforma de la Ley de bases de régimen local: Ley 27/2013, de 27 de diciembre*, Bosch, 2014; GARCIA RUBIO, Fernando (dir.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, 2015; y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Comares, 2015.

15. Así:

1. f. *Acción y efecto de conceder.*
2. f. *Acción y efecto de ceder en una posición ideológica o en una actitud adoptada.*
3. f. *Der. Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona*

cio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones”.

Parece lógico que la definición lingüística incorpore buena parte del concepto, y por tanto, partiendo de ella, debemos indicar que en las concesiones nos encontramos ante un negocio jurídico que tiene carácter bilateral, siendo imprescindible que una de las partes sea la Administración, que es la que otorga naturaleza jurídica al hecho concesional.

Para abordar el concepto de concesión debemos acotarlo dentro del campo de la intervención administrativa, que parcialmente se realiza en este caso sobre situaciones jurídico-privadas, puesto que a través de la concesión se otorga un título jurídico que permite a un privado actuar sobre un bien o un servicio de titularidad pública, no perdiendo dicho carácter los indicados bienes o servicios.

Esta habilitación para la explotación privada también constituye un deber, puesto que, como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ¹⁶, la libertad de actuación privada se acompaña de deberes y obligaciones nuevas, quedando la libertad sustituida por una concesión administrativa otorgada desde arriba (por el órgano del poder público titular del bien o servicio que se permite explotar) que configura facultades, pero también el deber de ejercerlas en un determinado sentido, y siempre con la extensión que la Administración determine, concesión que es además resoluble en un plazo, o caducable, o rescatable por la propia Administración.

El concepto de concesión supone, pese a la consideración que GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷ realiza de carácter “bastante elemental”, una técnica con muy diversas manifestaciones, vinculada al ejercicio de poder público, si bien el ya apuntado diccionario jurídico de la Real Academia la atribuye también a sociedades mercantiles.

facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.

4. f. Der. Otorgamiento que una empresa hace a otra, o a un particular, de vender y administrar sus productos en una localidad o país distinto.

5. f. Fil. y Ling. Expresión de cierto obstáculo, potencial pero inefectivo, para el cumplimiento de algo.

6. f. Ret. Aceptación, real o aparente, por parte del hablante, de algo que se le objeta o pudiera objetársele, dando a entender que aun así podrá sustentar victoriosamente su opinión.

Disponible en <https://dle.rae.es/?id=A7vOPVe>

16. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 15.ª edición, Thomson Reuters-Civitas, 2017, pág. 175.

17. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho...*, op. cit., pág. 175.

De hecho las concesiones se producen por parte de todas las Administraciones y en diversos campos; así, de servicios, obras, y de carácter demanial, esto es, el aprovechamiento privativo de bienes de dominio público.

En el primero de los casos podemos coincidir con COSCULLUELA¹⁸ en que la citada tipología de concesiones es la más antigua y la que genera un mayor desarrollo vinculándose a las técnicas de contratación.

La segunda de las tipologías, esto es, la de los servicios, ha sufrido una reciente variación de especial importancia al suprimirse la exclusividad en las concesiones para los “servicios públicos”, puesto que la Directiva de concesiones y la actual Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, recogen una especificidad del contrato de concesión, independientemente del servicio de que se trate; esto es, tanto si tiene el carácter de servicio público (el sometido a *publicatio*: la sanidad, la educación, la recogida de residuos urbanos etc.) como si tiene el carácter de mero servicio sin dicho régimen jurídico público del servicio (prestación de servicios por profesionales, labores de jardinería, etc.).

Esto supone una gran variación con respecto al régimen jurídico del TRLCSP, puesto que ahora se podrán concesionar meros servicios, eso sí, susceptibles de una explotación económica que genere un riesgo que asumirá el concesionario.

La tercera de las modalidades principales de la concesión está vinculada al aprovechamiento privativo de un bien público, que cuando tiene tal carácter de privativo, esto es que excluye a terceros del uso y disfrute del citado bien público, lo cual, tal y como argumentan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ¹⁹, supone una previa calificación demanial de un bien cuya utilidad última es privada y no la de sostener una función pública estrictamente tal.

La demanialización de bienes se produce a través de una norma legal, salvo para los previstos expresamente en la Constitución, en su artículo 132, referidos al mar territorial y las costas, existiendo multitud de bienes que tienen tal carácter y sobre los que cabe realizar una pequeña digresión previa.

Los bienes demaniales se clasifican tradicionalmente en bienes afectos a un uso o servicio público y al fomento de la riqueza nacional, expresión esta última derivada de la vieja Ley de Patrimonio del Estado que derogó la vigente Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003, de 3 de noviembre, que en su artículo 5.1 señala: “Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso

18. COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, 30.ª edición, Thomson Reuters–Civitas, 2019, pág. 628.

19. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, Thomson Reuters–Civitas, pág. 176.

general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”.

Por tanto, la vieja clasificación sigue más o menos en uso, solo que la denominación de fomento de la riqueza nacional queda sustituida por una remisión genérica a aquellos a los que una ley otorgue expresamente el citado carácter demanial.

El régimen jurídico de estos bienes en su carácter básico, conforme a los artículos 132 y 149.1.18.^a de la Constitución, corresponde al Estado, que lo ha realizado a través de la indicada Ley 33/2003. Pero la demanialización concreta de bienes se produce por leyes como la que aquí nos afecta: Ley de Minas de 31 de julio de 1973, o el Texto refundido de la Ley de Aguas, la Ley General de Telecomunicaciones, etc.²⁰.

Pues bien, con independencia de la legislación autonómica, tanto las corporaciones locales como el resto de Administraciones dejan aprovechar con carácter privativo a particulares algunos bienes públicos, o porciones de estos, toda vez que el destino de ellos no esté reservado en exclusiva, en ese periodo temporal, a finalidades estrictamente públicas, y sean susceptibles de explotación privada.

Puede darse también un aprovechamiento privativo de un bien público para la prestación de un servicio público, como es el caso por ejemplo de un

20. En el ámbito local el régimen jurídico básico de los bienes de las entidades locales se concreta en el artículo 79 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, que es desarrollado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

En este ámbito de las entidades locales debemos destacar el papel de la legislación autonómica, tanto de patrimonio como del régimen local de cada comunidad autónoma, puesto que, dependiendo de los títulos competenciales asumidos en cada estatuto de autonomía, tendrán un mayor o menor margen legislativo, pero en todo caso deberán ajustarse a las determinaciones básicas recogidas por la legislación al respecto del Estado, anteriormente descrita.

Igualmente debemos recordar la existencia de un peculiar bien de carácter demanial de las corporaciones locales, puesto que el artículo 79.2 LRBRL recoge la figura de los bienes comunales, que hasta ese momento tenían un régimen jurídico peculiar calificado de *tertium genus* entre los bienes demaniales y los patrimoniales, por lo que se clasificaban aparte.

Hoy en día, pese a la subsistencia de legislaciones específicas sobre bienes comunales, queda claro que, conforme al régimen jurídico básico estatal, tienen carácter demanial. En este aspecto se discute la aplicabilidad directa del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que pese a su carácter básico ha sido objeto de no pocas discusiones.

El citado TRRL recoge en sus artículos 74 y siguientes el carácter demanial y su afectación o a un uso o a un servicio público de los principales bienes de las corporaciones locales, y así las calles, plazas, fuentes, monumentos, casas consistoriales, etc. Sobre esta materia *vid.* LÓPEZ PELLICER, José Antonio, “El Reglamento de Bienes Locales ante la nueva Ley estatal de Patrimonio”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 10, quincena del 30 de mayo al 14 de junio de 2005, Ref. 1642/2005, pág. 1642, tomo 2.

polideportivo, un cementerio, un aparcamiento, prevaleciendo en estos casos la legislación reguladora del servicio público sobre la del bien, tal y como prevén los reglamentos de servicios y de bienes de las corporaciones locales.

Aunque tanto el contrato de concesión como el contrato de servicios pueden tener por objeto la prestación de un servicio público, solo el artículo 312 LCSP, que se refiere a este último, apunta sus notas características. No existe esta previsión para el contrato de concesión, cuya regulación solo se refiere a los servicios públicos de forma expresa y puntual en los arts. 284.2, 285.1 y 287.2, lo que, como hemos expuesto en otro trabajo²¹, solo se justifica por una defectuosa previsión legislativa cuya aplicación se augura problemática.

Junto al carácter bilateral de todo negocio jurídico, la concesión va unida a la supremacía de la Administración, ya que es esta la que, mediante una configuración de la voluntad del órgano competente, otorga un título jurídico a una persona (física o jurídica), que le permite una exclusividad en la explotación, o de un bien o de un servicio público.

El *Diccionario del español jurídico* de la RAE precisa más el concepto, al señalar²²: “Acto administrativo que implica el otorgamiento del derecho de explotación o gestión, por un período determinado, de bienes y servicios por parte de una administración pública o empresa a otra, generalmente privada”.

Es, por tanto, un negocio jurídico muy desigual, puesto que parte de la supremacía de una de las partes (la Administración), que manifiesta su aquiescencia mediante un acto que es acto administrativo, que siguiendo la definición de ZANOBINI, corregida por GARCÍA DE ENTERRÍA²³, es toda declaración de voluntad de conocimiento, juicio o deseo, emitida por un sujeto de la Administración pública, en virtud de una potestad distinta de la reglamentaria.

Partiendo de ello debemos recordar que la Administración (tras el 137 de la Constitución, las Administraciones públicas) no es libre en su voluntad, pues está supeditada tanto al interés general como al principio de legalidad, por determinación vinculante del artículo 103.1 de la Carta Magna.

La configuración concreta de las concesiones como título jurídico de carácter administrativo habilitante para la explotación de un bien o servicio de titularidad pública exige de un procedimiento como toda actuación administrativa, dado que la Administración, para otorgar cada uno de los títulos concesionales del tipo que fuere, debe respetar el procedimiento legalmente establecido, al que –recuérdese– obliga el artículo 105 de la Constitución.

21. GARCÍA RUBIO, Fernando, *La contratación pública tras la crisis económica y la nueva LCSP. Un estudio jurídico*, Dykinson, 2018.

22. Puede consultarse en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E68830>

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, 18.ª edición, Thomson Reuters-Civitas, 2017, págs. 116 y ss.

Para tener en cuenta todas las determinaciones aplicables al procedimiento, verdadero núcleo de la adjudicación del título concesional, debemos recordar la normativa aplicable a cada concesión, donde debemos contar con el esqueleto de la legislación contractual, puesto que tanto las concesiones de obras como las de servicios se articulan mediante un contrato, y las concesiones demaniales se rigen supletoriamente por la indicada legislación contractual.

Esta normativa fundamental que se contiene en el derecho español por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y las normas aplicables de desarrollo de esta, en tanto en cuanto no se apruebe su desarrollo reglamentario, que son los reales decretos 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Junto a ello debemos recordar las determinaciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que lo regula en el Título IV bajo la rúbrica de uso y explotación de los bienes públicos, que en las concesiones demaniales que aquí analizamos es la norma de aplicación, y no la LCSP.

Junto a la indicada normativa, que podríamos considerar general, podemos citar, además, la referente a cada entidad administrativa, puesto que las comunidades autónomas gozan de potestad legislativa en materia de su propio patrimonio y las entidades locales, tal y como hemos descrito anteriormente, tienen su propia legislación básica (LRBRL, RBEL y TRRL), así como la legislación autonómica correspondiente.

Junto a las entidades territoriales ya apuntadas debemos citar como titulares de bienes de dominio público a las Universidades públicas, puesto que la Ley Orgánica de Universidades les atribuye la titularidad de sus bienes que están afectos a un uso y servicio público de carácter educativo.

Como es imposible abordar todos y cada uno de los procedimientos, nos centraremos en el previsto en la legislación contractual con referencia a la demanial, pero recordando que existen particularidades para títulos concesionales como las minas, las aguas, las costas, la caza (tal y como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA)²⁴, etc.

24. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, op. cit., págs. 178-180.

La LPAP especifica en su artículo 86:

2. *El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.*
3. *El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.*

Para obtener los referidos títulos concesionales, es imprescindible tramitar el previo procedimiento, que salvo excepciones tiene un carácter concurrencial, como la inmensa mayoría de modalidades de ejercicio del poder público administrativo, por el carácter objetivo que el artículo 103.1 de la Constitución atribuye a la Administración (así, cobertura de empleo público, subvenciones, contratos, etc.). Aunque pueden existir prioridades o derechos, como los titulares de derechos de exploración en las minas, etc.

Con carácter general, el art. 91 de esta norma dispone que, en defecto de condiciones generales, las concesiones y autorizaciones se ajustarán a las que se establezcan por el ministro titular del departamento²⁵ al que se encuentren afectados los bienes, o del que dependan los organismos públicos que sean sus titulares o que los tengan adscritos. Estas condiciones podrán tener un alcance general, para categorías determinadas de autorizaciones y concesiones de competencia del departamento, o establecerse para supuestos concretos, y su aprobación requerirá, en todo caso, informe previo favorable del ministro de Hacienda²⁶, que será igualmente preceptivo y vinculante cuando se pretenda establecer excepciones a las condiciones aprobadas con carácter general por este.

Las condiciones para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones podrán contemplar la imposición al titular de obligaciones accesorias, tales

25. Obviamente este es un aspecto organizativo que se determinará por el titular de la competencia, comunidad autónoma o Estado, pero conforme a la disposición final segunda de la LPAP sí tiene carácter básico el apartado 4 del art. 91, que señala:

Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

26. Debe realizarse la misma reflexión que en la nota anterior con respecto a los órganos de las comunidades autónomas.

como la adquisición de valores, la adopción y el mantenimiento de determinados requisitos societarios, u otras de análoga naturaleza, cuando así se considere necesario por razones de interés público.

Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Por lo que se refiere a las concesiones en sí mismas (obviamente de carácter demanial), el artículo 93 LPAP establece:

1. *El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta Ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes.*
2. *Cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo. Este documento será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad.*
3. *Las concesiones se otorgarán por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación.*
4. *Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales. No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve*

aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquella.

En los casos previstos en el párrafo anterior, se hará constar tal circunstancia en los pliegos de condiciones o clausulado de la concesión.

5. *Sin perjuicio de los demás extremos que puedan incluir las condiciones generales o particulares que se aprueben, el acuerdo de otorgamiento de la concesión, incluirá al menos las menciones establecidas para las autorizaciones en el apartado 7 del artículo 92 de esta Ley, salvo la relativa a la revocación unilateral sin derecho a indemnización²⁷.*

Por tanto, la concesión es un título jurídico que las Administraciones públicas otorgan a los particulares para actuar, ya sea mediante obras, prestación de servicios o aprovechamiento del dominio público, que se somete a una serie de condiciones.

4

Las concesiones mineras

La vigente Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, en su artículo 2.1, recoge el testigo de una larga tradición cuando declara las minas como bienes demaniales. En efecto, el precepto –con un criterio amplio y expansivo– dispone que son bienes de dominio público de titularidad del Estado: “todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional (...)”.

Aceptado que el dominio público es una técnica de intervención administrativa mediante la que se afectan a una finalidad considerada pública unos bienes determinados –en nuestro caso las minas–, cuyo elemento neurálgico radica en el cumplimiento efectivo del destino de los bienes que en ella se integran a la finalidad de utilidad pública prevista por la ley, puede concluirse que la razón de ser de la declaración de titularidad pública de las minas se localiza en la utilidad pública que está presente en la explotación de los recursos que de ellas se extraen.

27. Precepto básico excepto el punto 5, conforme a la disposición final 2.ª LPAP.

Así se evidencia en la Exposición de Motivos de la Ley de Minas de 1973, que partiendo de la constatación del reconocimiento insuficiente de muchos yacimientos, lo que provoca su inadecuado aprovechamiento y deficiente explotación, reconoce como una de sus principales pretensiones la potenciación de las minas y de los beneficios susceptibles de obtenerse con los recursos naturales que integran su objeto. En consonancia con lo anterior se dictó la Ley 6/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Minería, con la que se persigue (artículo 1): promover “la exploración, investigación, explotación y beneficios mineros, con el fin de procurar el abastecimiento de materias primas minerales a la industria española”.

En suma, la atribución de la titularidad sobre las minas a favor del Estado encierra el nacimiento a su favor de la competencia consistente en garantizar la explotación de aquellas. Aspecto este que se puede decir se eleva a grado de obligación en la medida en que en el mismo artículo 2.1 de la Ley de Minas se asevera lo siguiente: “(...) el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso” la investigación y el aprovechamiento de estos recursos. Se abre, pues una diatriba que habrá de resolverse, a favor de una de las alternativas formuladas.

Garantía u obligación, evidentemente, no absoluta, sino en adecuado equilibrio con otros cometidos que asimismo se encomiendan a los poderes públicos y, veremos, pueden incidir en la anterior. En particular, dado que nos estamos refiriendo a recursos naturales resulta capital no perder de vista lo dispuesto en el artículo 128.1 de la Constitución Española de 1978, en el que se establece lo siguiente: “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. El interés general al que se alude en el precepto puede ser concebido como una suerte de “interés general supremo”, que se alcanzará tras una pertinente ponderación de los intereses generales parciales o sectoriales en presencia. Parece acogerse una idea equiparable en la misma Constitución cuando se determina en el artículo 45.2 lo siguiente: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

De la dicción literal de los preceptos transcritos se deriva la obligación para los poderes públicos de asumir un impulso tenaz y efectivo de la utilización de los recursos naturales (como lo son las minas), pero en armonía con otros bienes jurídicamente protegidos como el medio ambiente, lo que desemboca en la ponderación de bienes que habrá de ser resuelta en atención a las coyunturas presentes en cada caso.

Tal y como apunta VALCÁRCEL FERNÁNDEZ²⁸, es bien conocido que la riqueza que representan los productos minerales del subsuelo para la economía de un país hizo surgir, ya en tiempos remotos a los ojos de hoy, el debate acerca de a quién debiera corresponder su titularidad, su explotación y la obtención de beneficios de ella derivados. Dejando al margen otras experiencias, en nuestro país, se optó por reconducir el tratamiento de la cuestión al régimen jurídico del dominio público.

Llegados a este punto, la conciencia de la diversidad de yacimientos minerales y recursos geológicos ha llevado a que en la Ley de Minas se proceda a su clasificación en cuatro grupos (letras de la A a la D). Por el peso específico que en relación con las cuestiones que queremos poner de manifiesto tiene, prestaremos mayor atención a la explotación de los recursos que integran la sección C, que aunque definidos de forma negativa o por exclusión en el artículo 3.º de la Ley de Minas, son los que mayor interés general representan, por la riqueza que pueden generar.

Efectivamente, la explotación de los minerales integrados en la sección C, salvo que la Administración decidiese explotar por sí misma la mina, pasa necesariamente por la obtención del título concesional que habilite a un particular para ello. De hecho es común presentar la concesión minera como una de las más típicas concesiones demaniales, tal y como hemos podido contemplar en el apartado anterior.

Ahora bien, el interés público que hemos dicho encierra la actividad extractiva conlleva que la concesión que permite acometerla sea, en palabras de SORO MATEO²⁹, una concesión demanial *sui generis*.

Así es, no se cuestiona que nos encontramos ante un negocio jurídico por el que se faculta a un particular a realizar un uso privativo de un bien de dominio público: la mina. Mas la peculiaridad a que hacemos referencia radica en el hecho de que, a diferencia de otras concesiones meramente demaniales, en las que el uso privativo del dominio público se solicita por los particulares a la Administración titular del bien, en el caso de las concesiones de explotación minera puede ser la Administración la que busque, por la realización del interés general que custodia, un concesionario interesado en la explotación de la actividad de que se trate. Asimismo, la Administración puede imponer al concesionario, por causas de interés nacional, la obligación de ampliar sus investigaciones o realizar el aprovechamiento en la forma y medida que

28. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad extractiva en suelo no urbanizable de especial protección”, *Práctica Urbanística*, n.º 34, Sección Estudios, enero 2005, pág. 12.

29. SORO MATEO, Blanca, *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 163.

considere conveniente a dicho interés, convirtiéndose la no aceptación o el incumplimiento por parte del concesionario de estas obligaciones en motivo de caducidad de la concesión, y llegándose a la expropiación de las instalaciones existentes.

Aunque, según las SSTs de 19 de junio de 1991 (Tol 228295), 29 de septiembre de 1987, 29 de febrero de 1988, 13 de julio de 1988 y 5 de junio de 1995 (Tol 1674717), estamos ante un concepto jurídico indeterminado, importa destacar algunas consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo al hilo de la concreción de la utilidad pública y del interés social que puede levantar la proscripción general de construcción o edificación en el suelo no urbanizable. Se considera que el margen de apreciación con el que cuenta la autoridad urbanística competente para autorizar construcciones o edificaciones en suelo no urbanizable no puede considerarse el ejercicio de una potestad discrecional, ya que esta se caracteriza por ser en esencia una “libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”, no pudiendo establecerse un paralelismo, o equiparación, pues entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, en los que para su “(...) aplicación no juega la voluntad del aplicador y sí el juicio de comprensión de unas circunstancias reales en ellos (...) presupuesto lo anterior, el ejercicio de la potestad autorizatoria en modo alguno puede ser restrictiva, pese a la excepcionalidad de los supuestos de su ejercicio, sino acomodada a la comprensión del supuesto de hecho en la norma que ha hecho posible algo pese a hacerlo posible solo en casos concretos”.

Así, la STS de 19 de octubre de 1998 (Tol 1703850) afirma que “si el órgano competente según los artículos 85 TRLSOU y 44 del RGU no emite la declaración de utilidad pública o interés social, la licencia que pueda otorgar el ayuntamiento no es válida”; es decir, la “autorización (...) es absolutamente necesaria para el posterior otorgamiento válido de la licencia, de tal modo que mientras no exista la referida autorización, en el indicado supuesto, toda licencia ha de ser considerada como no ajustada a derecho al reputarse contraria al régimen de usos de este carácter; y que el interés social no se consiente a actividades o sectores determinados, sino que ampara potencialmente a todo tipo de instalaciones, sin especificar el fin concreto a que puedan ser dedicadas” (SSTs de 25 de febrero de 1985, de 13 de julio de 1984 y de 9 de diciembre de 1986). La STS de 17 de noviembre de 1998 (Tol 9313) declara que “Los conceptos de utilidad pública o interés social pueden quedar justificados por las razones expresadas en los fundamentos de la autorización o por la legislación específica que resulte aplicable al supuesto”.

5

Planificación urbanística y concesiones mineras

5.1

La incorporación al planeamiento de las determinaciones sectoriales

El planeamiento urbanístico es el conjunto de documentos que regulan todos los usos e intensidades del suelo en cada uno de los términos municipales, y por tanto debe incorporar todas las situaciones, instalaciones y determinaciones con incidencia territorial, reflejando aquellas amparadas por otros ordenamientos o normativas sectoriales; así, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos impone que “la planificación de instalaciones de transporte de gas y de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos así como los criterios generales para el emplazamiento de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor, deberán tenerse en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio, de ordenación urbanística o de planificación de infraestructuras viarias según corresponda, precisando las posibles instalaciones, calificando adecuadamente los terrenos y estableciendo las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes”.

Por tanto, estas situaciones deben integrarse en la planificación urbanística también en el supuesto minero, y así, a título de ejemplo, debemos traer el supuesto eléctrico, donde debemos recordar, con CABRAL GONZALEZ-SICILIA³⁰, que el artículo 3.º4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE) dispone que corresponde a la Administración General del Estado la competencia de “Ejercer las facultades de planificación eléctrica”, teniendo carácter vinculante la planificación de la red de transporte con las características técnicas que en la misma se definen, y requiriéndose para ello la “necesaria coordinación de la planificación con los planes urbanísticos” (Exposición de Motivos, epígrafe III, de la LSE. Y, por su parte, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, impone en su artículo 154 que, “en la elaboración por parte de las distintas Administraciones públicas de (...) planes que puedan variar el tendido de una línea ya existente, se dará

30. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel, “Los informes preceptivos en su tramitación y la planificación territorial y urbanística andaluza: la espiral de complejidad”, *Práctica Urbanística*, n.º 140, mayo-junio 2016.

audiencia a la entidad titular de la línea, con objeto de que formule las alegaciones pertinentes sobre los aspectos técnicos, económicos y de cualquier otro orden respecto a la variación que se proyecte” (párrafo 1.º del precitado artículo), y en dicho expediente ha de emitir informe la Dirección General de Política Energética y Minas, o el órgano autonómico que resulte competente (párrafo 2.º del indicado artículo del Real Decreto 1955/2000). Precizando que “la Administración competente sobre el (...) plan del que derive la necesidad de variación de la línea, una vez que este haya sido aprobado, abonará al titular de la línea el coste de la variante y los perjuicios ocasionados” (párrafo 3.º del reseñado artículo 154 del Real Decreto 1955/2000).

Asimismo, se prevé la necesaria coordinación entre la planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica y la planificación urbanística conforme al ya indicado artículo 5.º de la LSE.

Sobre ello, es de citar el artículo 11.1 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía, que dispone que “la Consejería competente en materia de energía elaborará un Programa de Fomento de las Energías Renovables, que tendrá en cuenta los condicionantes territoriales, ambientales, culturales, urbanísticos y de infraestructuras establecidos en otras planificaciones”. El indicado Programa de fomento tendrá la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio (Apartado I del anexo de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía), teniendo que garantizar la planificación territorial y los planes urbanísticos “que en los espacios vinculados a la generación y transporte de energías renovables previstos en las áreas preferentes contenidas en los programas territoriales (...) tenga preferencia este uso respecto a otros” (art. 11.3 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo), y siendo consideradas estas instalaciones como “Actuaciones de Interés Público” (art. 12.1 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo), pudiendo declararse de Interés Autonómico “las instalaciones de generación, en régimen ordinario y especial, y las infraestructuras de transporte y distribución energéticas” (disposición adicional 1.ª de la Ley 2/2007, de 27 de marzo).

En lo atinente a las actividades extractivas mineras, debemos significar que tradicionalmente, en nuestro acervo urbanístico y territorial, el subsuelo se ha instituido como el gran relegado, arrinconado y postergado por la planificación, no habiendo existido una idónea articulación o acoplamiento con la planificación sectorial, teniendo que ponderarse en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trata y el daño que pueda producir, por ejemplo, al medio ambiente. Tomando las palabras de nuestro Tribunal Constitucional, “se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza”.

Ahora bien, la planificación urbanística no debe desconocer las actividades extractivas que en ese momento dispongan de la correspondiente concesión administrativa, al objeto de no hacerla desaparecer, con la consiguiente responsabilidad patrimonial, al otorgar prevalencia al interés medioambiental y/o urbanístico sobre el minero. Y ello porque a) la titularidad de los derechos mineros no se erige como límite para una innovación del plan; b) la legislación urbanística no obliga al planificador a pronunciarse de forma expresa sobre las zonas de uso extractivo, ni otorga derechos de explotación; y c) no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento.

Por otra parte, y en relación con los planes de ordenación de los recursos naturales (PORN), el artículo 18 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en sus apartados c) y d), establece que son objetivos de los PORN, entre otros, (i) el “identificar la capacidad e intensidad de uso del patrimonio natural y la biodiversidad y geodiversidad y determinar las alternativas de gestión y las limitaciones que deban establecerse a la vista de su estado de conservación”; y (ii) el “formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias contenidas en la presente Ley”.

Pero a juicio del citado autor³¹ no debe entenderse una prevalencia categórica y absoluta de uno respecto del otro, pues habrá de analizarse caso a caso mediante un juicio de compatibilidad, resultando preciso para ello el atender con carácter previo al elenco de técnicas y requisitos que el legislador ha provisto, a fin de posibilitar y armonizar (si se puede) actividad minera y protección del medio ambiente.

5.2

La planificación territorial como condicionante del planeamiento urbanístico

En nuestro sistema de planificación siempre se ha distinguido entre ordenación del territorio de un carácter ampliamente supramunicipal y de competencia autonómica y planeamiento general de competencia, en la formulación, municipal.

Así, la ordenación o el planeamiento de carácter territorial, con base en los *non natos* planes directores de coordinación territorial, previstos por el

31. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel, “Los informes preceptivos...”, *op. cit.*

TRLSOU/76, corresponde, desde los diferentes estatutos de autonomía, a la materia prevista en el art 148.1.2.^a CE.

Con carácter general debemos indicar, con RENAU FAUBELL³², que las leyes urbanísticas de las comunidades autónomas suelen establecer que el municipio es la Administración competente para redactar el plan general, para exponerlo al público y para aprobarlo provisionalmente. Lo habitual en la legislación urbanística autonómica es que se prevea que la aprobación definitiva del plan general corresponda a la Administración autonómica, si bien esta tiene limitada la posibilidad de formular objeciones al plan aprobado provisionalmente por el municipio, puesto que, normalmente, solo puede formular objeciones derivadas de un control de legalidad o de la existencia de específicos intereses de carácter supramunicipal. En cuanto al planeamiento municipal de desarrollo (planes parciales y planes de reforma interior), son muchas las comunidades autónomas en las que su aprobación definitiva corresponde en exclusiva al municipio, aunque con un previo informe de las comunidades autónomas respectivas.

El Tribunal Constitucional ha destacado el importante papel que corresponde al municipio en la determinación de la ordenación urbanística de su territorio. Según la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2004, de 13 de abril, “la decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el Plan de urbanismo (marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos) es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio, y sobre aquella decisión se proyecta, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal”. Si bien es posible también la intervención de otras Administraciones públicas, por la imbricación de intereses diversos que se proyectan sobre el mismo territorio municipal, esta intervención “no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica solo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores”.

El planeamiento urbanístico condiciona de modo relevante las actividades mineras: es ya lugar común tanto en la doctrina como en la jurisprudencia

32. RENAU FAUBELL, Fernando, “Incidencia de las competencias urbanísticas de los municipios sobre las actividades mineras”, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4236-incidencia-de-las-competencias-urbanisticas-de-los-municipios-sobre-las-actividades-mineras/>

el señalar que la posibilidad de llevar a cabo una explotación minera exige su conformidad con las determinaciones establecidas en el planeamiento urbanístico.

Esta idea debe ser completada de inmediato con esta otra: para que el planeamiento urbanístico pueda válidamente limitar las actividades mineras es necesario que efectúe, de modo expreso, una ponderación entre el interés general presente en la explotación del yacimiento mineral y el valor ambiental que en cada caso pueda concurrir.

La necesidad de llevar a cabo esta ponderación de valores arranca del contenido de la ya anunciada sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de noviembre, y ha sido establecida claramente por la jurisprudencia. Son claras las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1995 (Arz 2061), según la cual, “cuando se plantea en cada caso concreto el conflicto entre la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero, es obligado ponderar la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que esta pueda producir al medio ambiente”, por lo que, “cuando de explotar recursos mineros se trata, ha de efectuarse, en todo caso, un juicio de valor que pondere la importancia que para la economía tenga la concreta explotación minera y el daño que esta pueda producir al medio ambiente”. Las sentencias de los tribunales superiores de justicia siguen exigiendo al planeamiento urbanístico que efectúe esta ponderación de intereses.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 462/2005³³ exige esta expresa ponderación de intereses al enjuiciar la aprobación de unas normas subsidiarias de planeamiento que establecían una amplia prohibición de las actividades mineras en prácticamente todo el suelo forestal del municipio. Según esta sentencia:

“Se trata de que con la introducción en las normas subsidiarias de las expresadas limitaciones en materia de minas, extracción de gravas y arenas y explotación de canteras, se está incidiendo en otras actividades, públicas o privadas, de carácter netamente económico que parecen no haber sido tenidas en cuenta en modo alguno. Es cierto que las sentencias del Tribunal Constitucional (4-11-82) y Tribunal Supremo (1-2-95) pueden no resultar miméticamente trasladables al caso al establecer doctrina para un supuesto en el que el ámbito territorial al que afectaban las limitaciones era tan extenso que con ello podría afectarse los intereses económicos generales, cosa que no cabe entender que se produzca cuando el suelo afectado no

33. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 10 de mayo de 2005 (JUR 2005x320).

excede del de un término municipal (y aun este solo el forestal). Pero como bien señala el demandante, no cabe duda de que esa doctrina, que trata de la armonización de la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos, sí exige que cuando tales intereses u objetivos se pueden ver contrariamente afectados por una decisión administrativa se realice un juicio de valor que pondere la importancia de unos y otros. Y ese juicio de valor –dice la parte citada y nosotros asumimos– viene dado *ex lege* en nuestro caso pues en principio y salvo que otra cosa resulte de las ‘específicas condiciones y características del territorio’ (art. 26) la ‘explotación minera, la extracción de gravas y arenas (y) las canteras’ (art. 31) pueden autorizarse en suelo forestal. De donde, también desde esta óptica, es imprescindible la expresa motivación en acuerdo como el recurrido que, en definitiva, sustrae todo un término municipal (suelo forestal, por supuesto) a las expresadas actividades económicas. Piénsese qué pasaría si todos los municipios de Navarra tomasen igual decisión”.

En el caso concreto el Tribunal anula la aprobación del Plan por considerar que no se ha efectuado esta ponderación de intereses.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 982/2005³⁴ examina la impugnación de la aprobación definitiva de un plan general que clasifica unos terrenos en los que se ubica una cantera de caliza en explotación como suelo no urbanizable de protección paisajística. El Tribunal razona del siguiente modo:

En los particulares relativos al uso extractivo debe destacarse que se ha dado cumplida cuenta que los terrenos de la parte actora se hallan calificados con la clave 23 zona de protección natural y paisajística si bien con una diferenciación consistente en que los terrenos que el plan general anterior de 1981 ya tenían esa calificación y que actualmente se integran en el Plan especial del medio físico y entorno natural del Garraf que mantienen aquella clave con sus limitaciones y en que los terrenos anteriormente calificados como zona libre permanente que ahora se califican como zona de protección natural y paisajística admitiendo el uso extractivo mediante la redacción de un plan especial –baste a los presentes efectos remitirse a los dictados del artículo 276 y en su relación a los artículos 263 y 264–.

Dirigiendo la atención a la prueba con que se cuenta no se alcanza a detectar infracción o vulneración alguna al ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico tanto por lo que hace referencia

34. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 15 de diciembre de 2005.

a uno u a otro de los regímenes urbanísticos establecidos por lo que las alegaciones formuladas de contrario decaen y deben rechazarse.

Como puede apreciarse, el Tribunal considera que esa distinción efectuada por el Plan entre área incluida en el Plan Especial del medio físico y entorno natural del Garraf, en la que se prohíbe el uso minero, y el resto de terrenos en los que, pese a su calificación como “zona de protección natural y paisajística”, se admite el uso extractivo mediante la redacción de un plan especial, supone una adecuada ponderación de valores e intereses.

Muy interesante es también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 4 noviembre 2005 (JUR 200691822). En el caso que se examina la Comisión Provincial de Urbanismo de la Comunidad Autónoma denegó, dentro de la aprobación definitiva de la Revisión de las Normas Subsidiarias del Planeamiento, la clasificación de suelo apto para urbanizar del denominado SAU-4, SICALEC, que el Pleno del Ayuntamiento había destinado a uso deportivo, hotelero y residencial, ello “al concurrir un interés público vinculado a la posibilidad de explotación de recursos naturales, en este caso, riquezas minerales, que se configuran como de carácter supramunicipal”³⁵. Todo ello conduce a una estimación parcial, en la que la solución del Tribunal consigue

35. El Tribunal lleva a cabo una explícita ponderación de los valores presentes, y señala lo siguiente: “En este sentido, es claro que la ponderación de intereses debe realizarse por las Administraciones teniendo en cuenta las circunstancias que se han acreditado, sobre todo por la mercantil actora, acerca de las explotaciones mineras, si no para negarle la protección y ordenación de sus derechos, sí para compaginarlos en sus justos términos, atendidos el fin perseguido por el Ayuntamiento y el respeto a las explotaciones y concesiones mineras. En atención a cuanto ha resultado probado, es claro que las explotaciones mineras carecen de entidad suficiente para ensombrecer por entero la pretensión municipal y ha de concluirse que este interés del municipio en la definición de su territorio presenta mayor rigor que aquel que se le opone, aunque debe buscarse una fórmula que cohoneste el interés concurrente de las partes en litigio y sin que en modo alguno la resolución comunitaria deba por ello calificarse de constitutiva de abuso de derecho, dado que en cierta medida sus cautelas son oportunas, en cuanto pretende la protección de intereses que el Ayuntamiento pretendía ignorar por entero, aunque no se esté de acuerdo en el excesivo pronunciamiento de su alcance denegatorio. En tal sentido, la demanda sugiere en su folio 65 una posibilidad que vendría a llenar esta necesidad de ponderación de los intereses en juego y que fue considerada por los propios técnicos de la Administración demandada, esto es, el mantenimiento sustancial de la decisión municipal, excluyendo de su ámbito aquellas explotaciones mineras efectivamente merecedoras de protección, cuestión en la que coincidió asimismo la codemandada ‘Arenas de la Janda, S.L.’, en sus alegaciones ante el propio Ayuntamiento, siendo así que este excluye el uso extractivo en la propuesta que formula a la Comisión Provincial de Urbanismo. En consecuencia, procede parcialmente la estimación de las demandas, anulando la resolución autonómica y sustituyéndola por otra que apruebe el documento revisorio en cuanto a la clasificación de suelo apto para urbanizar del denominado SAU-4, SICALEC, destinado a uso deportivo, hotelero y residencial, que deberá excluir de su ámbito las explotaciones de recursos minerales en actual actividad que fundadamente determine la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cádiz, en la fase ejecutoria de este proceso”.

una plena armonización del interés minero, sin menoscabo del estrictamente urbanístico.

La regulación que del uso minero pueda efectuar el planeamiento general del municipio afecta claramente a intereses de carácter supramunicipal. Por ello, esta concreta determinación del planeamiento general puede ser objeto de un control autonómico en el momento de la aprobación definitiva, pudiendo en tal momento la Administración autonómica supervisar la ponderación de valores inicialmente efectuada por el municipio.

Cabría incluso, si la legislación autonómica lo permite, incorporar en el planeamiento territorial estos usos mineros en base a lo que RENAU FAUBELL³⁶ denomina planificación minera, con el subsiguiente efecto vinculante para el municipio al formular el planeamiento general.

5.3

Clasificación del suelo y usos mineros

El suelo clasificado por el planeamiento urbanístico como no urbanizable o rústico conforme a las determinaciones previstas por las leyes de las comunidades autónomas, en desarrollo de la situación básica rural prevista por el TRLSRU, es, como su propia denominación permite entrever, el que se considera excluido del proceso urbanizador, el que pretende preservarse del desarrollo urbano y, en su caso, también edificatorio, porque concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 13 del Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobada por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, y que especifica:

En el suelo en situación rural a que se refiere el artículo 21.2.a), las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

La utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de

36. RENAU FAUBELL, Fernando, “Tratamiento urbanístico de...”, *op. cit.*, págs. 131 a 176.

alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice.

Pese a lo expuesto en el artículo, para disipar incertidumbres conviene tener presente que se han previsto una serie de supuestos en los que, pese a la clasificación del suelo como no urbanizable, se permite desarrollar en él usos y actividades que pueden implicar una utilización constructiva del mismo, suavizándose, por tanto, la prohibición general que, *a priori*, parece llevar aparejada la clasificación de un espacio como suelo no urbanizable.

De hecho, el propio TRLSRU expresa, en el citado artículo 13.1 *in fine*, lo siguiente: “Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural”.

Mas antes, y para comprender los razonamientos que desarrollaremos, debemos realizar una puntualización acerca de la aplicabilidad de las exenciones anunciadas a los casos en que estemos ante un suelo clasificado no solo como no urbanizable, sino como suelo no urbanizable especialmente protegido.

A este respecto comencemos por indicar que el artículo 45 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística (RGU), determina en su apartado primero, en consonancia lógica con lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976³⁷ que desarrolla, que “los terrenos clasificados como suelo no urbanizable (en general, sin considerar en este instante si existe o no sobre ellos una especial protección) estarán sujetos a las limitaciones establecidas para el suelo urbanizable no programado”, dicho lo cual, acto seguido, en su apartado segundo, y ahora sí aludiendo al dato de que según el plan determinados espacios hayan de ser objeto de una especial protección, establece que los mismos “(...) no podrán ser dedicados a utilidades que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger”.

Dado que el artículo 45.1 RGU habla textualmente de “limitaciones”, en este caso de un uso del suelo, y que toda limitación decretada por un poder público sobre el margen de libertad se justifica cuando concurre un interés

37. Disposición expresamente vigente a título supletorio tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, que lo “resucitó” y que es de aplicación directa en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y en el resto de comunidades autónomas en defecto de previsiones en la materia de su legislación propia.

general superior al particular precisado de tutela, no sería de recibo, en opinión de VALCÁRCEL³⁸, entender que solo el apartado segundo del precepto se refiere al suelo no urbanizable de especial protección; la remisión al tratamiento de las limitaciones establecidas para el suelo urbanizable no programado opera solo respecto del suelo no urbanizable común. Y es que donde la ley no distingue no cabe establecer una distinción. Además, ha de entenderse que el hecho de que en el apartado segundo se contenga una alusión específica al suelo no urbanizable de especial protección se trata de una protección a mayores; es decir, que en la aplicación de las limitaciones se habrá de ser más cauto, velando por que no se ponga en peligro el aspecto concreto que ha conllevado esa especial protección, pero sin que en ningún caso signifique que sobre el mismo no pueda desarrollarse actividad alguna.

La interpretación de la norma que realiza la ya citada VALCÁRCEL FERNÁNDEZ³⁹ viene avalada por el parecer del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado en este sentido en diversas ocasiones. Así, cabe citar su sentencia de 12 de junio de 1991, en cuyo FJ 3.º determina, acogiendo el parecer de la sentencia recurrida, que “no parece justificado que en el suelo no urbanizable de específica protección se produzca una actividad de control de los órganos urbanísticos inferior a la que se predica para las actuaciones en suelo no urbanizable simple”. O más recientemente la STS de 20 de octubre de 1997 (LA LEY JURIS 10971/1997), en la que, tras recordarse la regla general que impide la edificación en suelo no urbanizable, salvedad hecha de las excepciones que en breve veremos, reconoce, en el FJ 2.º, que “Naturalmente (...) cuando estamos en presencia de suelo no urbanizable de especial protección, ello conlleva un especial cuidado en la apreciación de las circunstancias concurrentes que puedan dar lugar a la materialización de las excepciones edificatorias acabadas de expresar” (las excepciones edificatorias acabadas de expresar son las contenidas en el artículo 44 RGU).

Asumida la premisa interpretativa apuntada por la indicada VALCÁRCEL⁴⁰, el paso siguiente consiste en analizar si pese a las limitaciones de uso previstas para el suelo clasificado como no urbanizable, ya sea este común o especial, se ha previsto algún supuesto en el que de concurrir ciertas premisas quede alterada la prohibición general.

A este respecto, el artículo 44.1.2.º RGU dispone que a pesar de las prohibiciones, “sin embargo, podrán autorizarse, siguiendo el procedimiento previsto en este artículo, edificaciones e instalaciones de utilidad pública o

38. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad...”, *op. cit.*, pág. 12.

39. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad...”, *op. cit.*

40. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad...”, *op. cit.*

interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar en los que no exista la posibilidad de formación de un núcleo de población”. Preceptuando a mayor abundamiento en el número siguiente (esto es, el artículo 44.1.3.º RGU) que en todo caso “Los tipos de las construcciones habrán de ser adecuados a su condición y situación aislada, conforme a las normas que el Plan establezca, quedando prohibidas las edificaciones características de las zonas urbanas”.

Si se analizan estas prescripciones, se desprende, en lo que a nuestro caso interesa, la obligatoriedad de que concurren tres requisitos específicos para que quepa enervar la prohibición de construcción o edificación que originariamente se asocia al suelo clasificado como urbanizable, a saber: a) la declaración de utilidad pública o interés social de la construcción o edificación pretendida por el órgano competente para emitirla; b) la necesidad de emplazamiento de la construcción o edificación en el medio rural; c) que no se trate de una construcción o edificación que presente características propias de las zonas urbanas.

Por otra parte, en línea con la exégesis mantenida, estas prohibiciones susceptibles de erradicación para el caso del suelo no urbanizable común, de concurrir los tres presupuestos enunciados, no se levantan para el caso del suelo no urbanizable de especial protección, si ello implicase la transformación de su destino o de su naturaleza o se lesionase el valor específico que se quiera proteger (recordemos lo establecido en el artículo 45.2 RGU).

Determinado ya que el planeamiento urbanístico condiciona la actividad minera, tal y como afirma MOREU CARBONELL⁴¹, deberemos desarrollar los límites de sus concreciones y su correlación con la protección ambiental.

5.4

Interrelación de intereses: explotación de minas y protección medioambiental. Su previsión en el planeamiento

Así, con RENAU FAUBELL⁴², debemos recordar que la mera existencia de una concesión minera (sin una efectiva explotación del yacimiento) no es razón suficiente para impedir por sí misma su inclusión por el plan en suelo no urbanizable protegido. Así lo establece sin mayores problemas la jurisprudencia. En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 (Arz 6319) se

41. MOREU CARBONELL, Elisa, *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 325.

42. RENAU FAUBELL, Fernando, “Incidencia de las competencias urbanísticas...”, *op. cit.*

examina el recurso interpuesto por una empresa titular de “tres concesiones que han estado siempre inactivas”, que impugna la aprobación de un plan especial de protección de un espacio natural que protege los terrenos de la concesión. El Tribunal Supremo desestima el recurso por entender que no existe impedimento legal en que el Plan proteja tales terrenos, sin que la existencia de la concesión sea causa suficiente para reputar ilegal la protección de este suelo.

A la misma conclusión llegan en sus sentencias los tribunales superiores de justicia. Podemos citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de abril de 2001, en la que, en un supuesto en el que una empresa era titular de una autorización de explotación previa que no había sido caducada, afirma la aptitud de los instrumentos de planeamiento urbanístico para incidir en el sector minero, señalando que debe prevalecer el ordenamiento urbanístico, por lo que entiende que la prohibición impuesta en el Plan Urbanístico es jurídicamente válida. Es de destacar que en este caso nos hallamos ante una cantera en estado de total abandono.

Las determinaciones establecidas por el planeamiento urbanístico son vinculantes también para la Administración minera en el momento de otorgar los permisos de investigación y las autorizaciones y concesiones mineras, las cuales no pueden concederse vulnerando lo previsto por el plan de urbanismo. Así lo estableció con claridad el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de mayo de 1979 (Arz 2043), al anular un permiso minero de investigación concedido en unos terrenos en los que el planeamiento urbanístico lo impedía, recordando que al tener el Plan de autos una naturaleza jurídica normativa, es obvio que “la Administración no puede adoptar resoluciones de carácter singular o particulares”.

Sería iluso negar que cualquier realización de actividades mineras comporta una alteración del medio natural en el que se lleva a efecto, esto es, tiene repercusiones en el medio ambiente. Ahora bien, la progresiva concienciación acerca de la importancia de velar por la defensa del entorno natural, como no podía ser de otra forma, no ha dejado de brazos cruzados al legislador, que se ha hecho eco de la misma. En lo que a la actividad minera se refiere esta preocupación queda patente en diversos preceptos de la Ley de Minas, que aluden directamente a la necesaria coordinación que ha de existir entre las actuaciones de investigación y explotación mineras, y las de salvaguarda y mantenimiento del espacio físico de las zonas en las que se localicen las anteriores actividades, con el fin de intentar atemperar los impactos negativos que la actividad extractiva comporta. Como muestra se pueden citar los siguientes artículos: 5.3, 33.2, 66, 69.1, 74.1, 81 y 116.2, todos ellos de la Ley de Minas.

De entre las disposiciones mencionadas destacaremos la prevista como norma de aplicación general en el artículo 5.3, que establece lo siguiente: “El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley (...)”.

En desarrollo de esta previsión se aprobó el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacio natural afectado por actividades mineras. Se trata de un reglamento de protección preventiva que pretende conciliar el interés en la explotación de recursos con la salvaguarda y respeto al medio ambiente. Para ello determina que la Administración competente con anterioridad al otorgamiento de una autorización de aprovechamiento o de una concesión de explotación minera ha de estudiar el *Plan de Restauración*, que obligatoriamente han de presentar los interesados al resultar adjudicatarios de una concesión minera⁴³. Presentado el Plan de Restauración, la Administración minera puede o bien aprobarlo sin más o exigir modificaciones en el mismo, previa solicitud de informe al Instituto Geológico y Minero de España y a la Administración ambiental competente. En todo caso, una vez aprobado por la Administración –aprobación que se efectúa de forma conjun-

43. En el Plan de Restauración habrán de pormenorizarse los extremos siguientes (artículo 3 del Real Decreto):

- 1) *Información detallada sobre el lugar previsto para las labores mineras y su entorno, incluyendo, como mínimo, las siguientes especificaciones:*
 - a) *Descripción del medio físico, con referencia a la geología, hidrología, climatología, superficie vegetal, paisaje y demás elementos que permitan definir la configuración del medio.*
 - b) *Definición del medio socioeconómico, que incluya la relación de usos y aprovechamientos preexistentes, propiedades, obra de infraestructura, instalaciones y regímenes jurídicos especiales, en su caso, aplicables a la zona.*
 - c) *Descripción de las características del aprovechamiento minero previsto, así como de sus servicios e instalaciones.*
 - d) *Planes y documentación relativos a los aspectos contemplados en los párrafos anteriores.*
- 2) *Medidas previstas para la restauración del espacio natural afectado por el aprovechamiento o explotación, conteniendo, como mínimo, las siguientes especificaciones:*
 - a) *Acondicionamiento de la superficie del terreno, ya sea vegetal o de otro tipo.*
 - b) *Medidas para evitar la posible erosión.*
 - c) *Protección del paisaje.*
 - d) *Estudio del impacto ambiental de la explotación sobre los recursos naturales de la zona y medidas previstas para su protección. (Este Estudio no ha de confundirse con el que a continuación comentaremos, puede entenderse sustituido por el mismo.)*
 - e) *Proyecto de almacenamiento de los residuos mineros que generen y sistemas previstos para ampliar el deterioro ambiental por este concepto.*
- 3) *El Plan de Restauración contendrá asimismo el calendario de ejecución y coste estimado de los trabajos de restauración.*

ta con el otorgamiento en nuestro caso de la concesión de explotación—, su contenido se considera condición especial del título otorgado, quedando el concesionario obligado a su acatamiento, ya por sí, ya confiando su realización a la Administración, supuesto en el que ha de entregar a la anterior una cantidad periódica que servirá para dotar un fondo destinado al efecto.

En aras de asegurar la ejecución de las labores de restauración, el Ministerio de Industria procedió a dictar la Orden de 20 de noviembre de 1984 que desarrolla las previsiones del Real Decreto de 1982, y establece las garantías que las Administraciones concedentes pueden exigir a los concesionarios para asegurar la realización de las labores para la restauración de espacios naturales afectados por actividades mineras. Se trata de una garantía a mayores encaminada a asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de minimización del impacto ambiental exigibles a todo el que llegue a resultar concesionario de una explotación minera.

El no acatamiento de lo dispuesto en el Plan de Restauración (artículo 7.1 del Real Decreto citado) “conllevará la aplicación de las sanciones previstas en la legislación de minas, pudiendo acordarse la caducidad de la concesión de explotación o permiso de investigación, en caso de incumplimiento, de acuerdo con lo previsto en dicha legislación”.

Por otra parte, *no podemos olvidar que la extracción a cielo abierto de minerales es una de las actividades que desde que en España vio la luz la normativa de Evaluaciones de Impacto Ambiental, a través del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, está sometida a la misma* (Punto 12 de su Anexo), y que actualmente se prevé de forma más pormenorizada en la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto (Anexo I, Grupo 2, letra a).

En suma, para poder ser otorgada toda concesión de explotación minera han de haberse respetado escrupulosamente todos los pasos indicados, de tal suerte que si del análisis, en especial de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), se sigue que puede ocasionarse un daño grave para el medio ambiente, la concesión podría no otorgarse. De otorgarse, no obstante, el título concesional conlleva la asunción por su titular de las obligaciones que de los estudios ambientales se infiere son precisas para la preservación del medio natural.

En este sentido, sería desatinado ignorar que existen no pocas técnicas que impiden o minimizan las alteraciones medioambientales de la acción minera. Técnicas que se ha puesto sumo cuidado en desarrollar y mejorar a causa del paulatino e incesante incremento de la preocupación social por la conservación del entorno ambiental, y cuyo perfeccionamiento ha sido ostensible y posible en los últimos años debido a los incesantes avances tecnológicos.

En buena lógica, las acciones que se acometan estarán adaptadas a las características de la zona particular a la que afecten. En fin, con el apunte de este elenco de medidas no hemos pretendido más que realizar un recordatorio genérico de las soluciones que en defensa del medioambiente pueden adoptarse, y que la propia normativa reguladora de la actividad minera impone como de obligado acatamiento.

Veamos si una concesión de explotación minera puede cumplir los presupuestos que le permitirían engarzarse en las excepciones apuntadas.

5.4.1

Concepto de utilidad pública e interés social

Conforme dispone el artículo 105.2 de la Ley de Minas, el otorgamiento de una concesión de explotación lleva implícita la declaración de utilidad pública. No obstante, tal declaración no exime de la necesaria obtención de licencia municipal de movimiento de tierras en actividades extractivas de canteras o minas, según lo previsto en los artículos 21.2.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 178 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, toda vez que ellas implican obras de excavación, desmonte y formación de escombreras, modificando, en suma, el aspecto y relieve del suelo, y estando su control atribuido a los ayuntamientos, a través de sus facultades de intervención urbanística.

Pues bien, de lo primero de lo que debe darse cuenta al abordar este concepto, el de “utilidad pública”, es de que estamos ante uno de los considerados conceptos jurídicos indeterminados por excelencia (así lo han reconocido doctrina y jurisprudencia) (SSTS de 19 de junio de 1991, 29 de septiembre de 1987, 29 de febrero de 1988, o 13 de julio de 1988).

El empleo de un criterio como el referido, en cuanto que indeterminado, no debe llevarnos al error de considerar que, con su admisión, se corre el peligro de desnaturalizar el sentido de excepcionalidad que preside la formulación de la norma, sino que ha de concebirse como un punto de partida que sirve para ponderar el uso que se pretende con el conjunto de circunstancias que lo rodean, hecho lo cual, la indeterminación inicial desaparece.

Tal y como hemos apuntado anteriormente, y conforme a la jurisprudencia, se considera que el margen de apreciación con el que cuenta la autoridad urbanística competente para autorizar construcciones o edificaciones en suelo no urbanizable no puede considerarse el ejercicio de una potestad discrecional, ya que esta se caracteriza por ser en esencia una “libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos

en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”, no pudiendo establecerse un paralelismo o una equiparación, pues entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, en los que para su “(...) aplicación no juega la voluntad del aplicador y sí el juicio de comprensión de unas circunstancias reales en ellos, (...) presupuesto lo anterior, el ejercicio de la potestad autorizatoria en modo alguno puede ser restrictiva, pese a la excepcionalidad de los supuestos de su ejercicio, sino acomodada a la comprensión del supuesto de hecho en la norma que ha hecho posible algo pese a hacerlo posible solo en casos concretos” (STS de 5 de junio de 1995, LA LEY JURIS 4818/1995; FJ 3.º), de tal suerte que solo existe una única solución justa o acertada.

La concepción de la utilidad pública o del interés social como un concepto jurídico indeterminado, como acertadamente apunta VALCÁRCEL⁴⁴, en detrimento de estimarlo una puerta abierta a la discrecionalidad, no tiene, por tanto, repercusiones inocuas, pues siguiendo a la citada autora se deduce que los mecanismos de control sobre uno (concepto jurídico indeterminado) y otra (discrecionalidad) difieren enormemente. El concepto jurídico indeterminado solo admite una solución adecuada obtenible tras la valoración de la realidad circunstancial en la que ha de aplicarse, mientras que la discrecionalidad admite una pluralidad de soluciones aceptables.

Precisamente el motivo por el que no se pueden definir con mayor precisión conceptos jurídicos indeterminados pero determinables, como el que abordamos, obedece a que aquello que puede resultar de utilidad pública o de interés social en un lugar, atendiendo a las coyunturas que lo condicionan, puede no serlo en otro lugar, aun pretendiéndose la declaración para el mismo tipo de construcciones. De tal manera que la apreciación de su concurrencia habrá de definirse no solo en relación con el uso o la actividad que se pretende, sino también atendiendo a otros factores y particularidades que concurren y que habrán de ponderarse de forma global.

Sin ambages reconoce el artículo 44.4 RGU que en el marco en el que nos movemos, y a diferencia de lo que acontece en la legislación urbanística en la que necesariamente se impone que la declaración de utilidad pública o interés social se realice expresamente por una norma con rango de ley, la utilidad pública o el interés social pueden venir determinados o en virtud de una habilitación previa expresa en la normativa específica con base en la cual se pretende efectuar la construcción, o por manifestación expresa de la autoridad competente.

44. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad...”, *op. cit.*

A contrario sensu, si el órgano competente según los arts. 85 TRLSOU/76 y 44 RGU no emite la declaración de utilidad pública o interés social, la licencia que pueda otorgar el ayuntamiento no es válida; es decir, la “autorización (...) es absolutamente necesaria para el posterior otorgamiento válido de la licencia, de tal modo que mientras no exista la referida autorización, en el indicado supuesto, toda licencia ha de ser considerada como no ajustada a derecho al reputarse contraria al régimen de usos, determinado en suelo no urbanizable”; STS de 19 de octubre de 1998 (LA LEY JURIS 10352/1998), FJ 4.º.

Por si pudiese plantearse alguna duda, debe hacerse constar lo siguiente: “la existencia de interés social no se limita, por norma alguna, al supuesto de que el titular de la explotación sea un ente público, pues es sabido que los particulares pueden gestionar actividades en las que concurra un interés social y este no es incompatible con la existencia de beneficio mercantil; que el interés social no es identificable exclusivamente con el interés social, ni con la gestión de este carácter; y que el interés social no se constriñe a actividades o sectores determinados, sino que ampara potencialmente a todo tipo de instalaciones, sin especificar el fin concreto a que puedan ser dedicadas” (STS de 25 de febrero de 1985, Considerando 1.º; igualmente las SSTs de 13 de julio de 1984, Cdo. 4.º, y de 9 de diciembre de 1986, FJ 4.ºB).

Como conclusión podemos traer a colación lo decretado por el Tribunal Supremo en un supuesto semejante al planteado y resuelto en la STS de 17 de noviembre de 1998 (LA LEY JURIS 11056/1998), FJ 4.º. *Los conceptos de utilidad pública o interés social pueden quedar justificados por las razones expresadas en los fundamentos de la autorización o por la legislación específica que resulte aplicable al supuesto.*

5.4.2

Necesidad de emplazamiento en el medio rural

Este requisito es evidente, puesto que, a diferencia de otras actividades u otras construcciones cuyo lugar de ubicación puede ser decidido por el hombre, en el caso de una actividad de extracción las opciones se reducen a los márgenes concretos de la zona donde la naturaleza proporciona esa riqueza. Esto es, no hay posibilidad de alterar la localización de la actividad extractiva, que por imperiosa necesidad ha de materializarse en la zona donde se sitúan los recursos en general de la sección C para cuya extracción se otorga la concesión de explotación.

La reiteradamente indicada STC 64/1982, de 4 de noviembre (LA LEY 7305-JF/0000) (FJ 2) añade que “Estas consideraciones son aplicables a

las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la producción minera frente a la protección del medio ambiente”.

Según sentencia de 14 de octubre de 2010 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), “la titularidad de los derechos mineros (art. 105 de la Ley de Minas) no se erige en límite para la modificación del Planeamiento y tampoco existe en la Legislación Urbanística precepto que obligue al planificador a un pronunciamiento expreso sobre las zonas de uso extractivo ni a otorgar derechos de explotación, pues para ello han de seguirse específicamente los trámites marcados por la legislación específica en materia de minas, sin que esta contenga obligaciones al respecto que se deban contemplar en un instrumento de planeamiento. Dicho en otras palabras, no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento, lo que en su caso ha de tener el correspondiente tratamiento bien a través de los supuestos indemnizatorios o a través de los instrumentos de gestión que materialicen la equidistribución”.

5.5

lus variandi del planeamiento y concesiones mineras

La existencia de concesiones mineras implica una realidad jurídica a considerar por el planeamiento, pero no una obligación insoslayable, puesto que, tal y como se recoge en la STS de 14 de octubre de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, Rec. 4725/2006, en su f.º 4.º:

1.º) La Sala declara que la Norma urbanística 9.4.4, en los términos en lo que quedó redactada tras su aprobación definitiva, se ajusta al ordenamiento jurídico, por cuanto, según expresa la sentencia, (a) la titularidad de los derechos mineros no se erige como límite para la modificación del planeamiento, (b) la legislación urbanística no obliga al planificador a pronunciarse de forma expresa sobre las zonas de uso extractivo ni a otorgar derechos de explotación, y (c), en fin, en síntesis, porque no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento.

2.º) En relación con la segunda pretensión (inclusión del uso de extracción y explotación minera en el suelo de referencia) la

Sala de instancia igualmente responde, de forma expresa, en el sentido de que la ausencia de tal regulación “no puede ser suplida por este Tribunal”, rechazando, a continuación, de forma expresa, la expresada pretensión de plena jurisdicción.

3.º) Y, por último, en relación con la situación jurídica individualizada a favor de las actividades extractivas de la propia recurrente, contenidas en el proyecto y concesión de la es titular, la Sala igualmente responde en el sentido de que lo que se pretende de la misma es una sentencia interpretativa en la que se expresara que el uso extractivo subterráneo o en profundidad está permitido por las normas urbanísticas expresadas.

Así, tal y como apunta OREIRO ROMAR⁴⁵, con la STS 5056/2016, de 17 de noviembre de 2016 (Tol 5892484), se abre la posible generación de una responsabilidad patrimonial por la confrontación de los títulos mineros y urbanísticos. En ese caso se constata la existencia de una concesión minera que pierde su eficacia por la aprobación del PGOU y la ausencia de licencia administrativa para dicha explotación en la parcela afectada por el cambio de ordenación.

Así las cosas, una cuestión fundamental es determinar si el título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad de explotación minera era la concesión minera conjuntamente con la licencia de actividad (en cuyo caso no concurriría el supuesto indemnizatorio, al no cumplir el actor un requisito) o exclusivamente la concesión minera (en cuyo caso sí concurriría el supuesto indemnizatorio).

Para dar una respuesta, la sentencia analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las licencias y concesiones mineras, para ponerla en conexión con el propio requisito de la acción de responsabilidad patrimonial consistente en la efectividad del daño con exclusión de las meras expectativas. La Sala, con cita de otras sentencias, señala que ni la titularidad de un permiso de investigación ni la solicitud de una concesión derivada de ese permiso atribuyen un derecho consolidado a la explotación.

Ese derecho solo nace cuando, previa valoración de todos los intereses en presencia, ambientales y mineros, por las Administraciones públicas competentes para ello, se obtienen todos los títulos jurídicos necesarios, al no haber razones que lo impidan por la necesidad de proteger el medio físico. Mientras tanto, no puede hablarse de derechos adquiridos a patrimonializar los recursos puestos de manifiesto con la investigación, y por ello se rechaza la reclamación.

45. OREIRO ROMAR, José Ángel, *La Responsabilidad Patrimonial Urbanística en la Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 74-75.

6

Mecanismos de coordinación entre las diversas entidades con competencias en la materia

Conociendo que es a la comunidad autónoma a la que corresponde calificar la existencia o no de un interés público en la realización de la actividad, y que en tal sentido ha procedido al otorgar la concesión, restaría analizar la justificación oponible por el ayuntamiento al que corresponde otorgar la licencia tras la verificación de la adecuación de la actividad con el planeamiento.

En cualquier caso las leyes de suelo autonómicas más recientes ya incorporan mecanismos de coordinación más completos, como un informe vinculante del órgano competente en materia de minas sobre el futuro planeamiento, como en el caso de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia⁴⁶.

Si en un instrumento de planeamiento general la zona en la que se llevaría a efecto la explotación está clasificada como Suelo No Urbanizable de Especial Protección, y ya hemos expuesto anteriormente que esta circunstancia, sin más, no lleva aparejada una cerrazón absoluta a la explotación de la mina, parece oportuno profundizar acerca de la razón de fondo que puede llevar a un ayuntamiento a la clasificación apuntada, que no es otra que una loable preocupación por la protección del medio ambiente.

Mas si cierto es que a través del urbanismo se puede y debe atender a la preservación de la naturaleza, no lo es menos que otras políticas sectoriales, como la minería, han atendido a esta imperiosa necesidad en un intento por compaginar los intereses, aparentemente opuestos, en presencia. En particular respecto de la actividad sectorial que nos ocupa, la minería, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que “la legislación minera muestra que la armonización de la protección del medio ambiente con la explotación minera no es contraria a sus principios, sino que se apoya en ellos”.

En esta ponderación de valores que ha de hacer el planeamiento urbanístico debe ser un elemento de gran relevancia la cartografía minera a que se refiere el artículo 5.2 de la Ley de Minas. Este precepto prevé la redacción de “mapas geológicos, geofísicos, geoquímicos, geotécnicos, hidrogeológicos, metalogenéticos y cualesquiera otros que el desarrollo tecnológico requiera, que sean útiles a la ordenación del territorio y al aprovechamiento racional de los recursos minerales del país”. La información contenida en esta cartografía, de la que luego volveremos a ocuparnos, debiera ser fundamental en la pon-

46. La cual indica en su art. 14: “Todas las figuras de planeamiento urbanístico o territorial con incidencia en la minería habrán de someterse a informe vinculante de la consejería competente en materia de minas, con posterioridad a su aprobación inicial”.

deración de intereses que ha de efectuar el plan, puesto que las determinaciones del planeamiento urbanístico no pueden ser incongruentes con la realidad geológica. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2003, Arz 503 de 2004, confirmó la anulación de la determinación de un plan urbanístico que no tuvo en cuenta las circunstancias geológicas de unos terrenos⁴⁷.

Acatando el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, parece obvio que un ayuntamiento, en principio, no podría negarse a otorgar la licencia de obras si existe el otorgamiento de la oportuna concesión minera por parte de la comunidad autónoma respectiva, amparándose en que la zona en la que radica la mina está clasificada como Suelo No Urbanizable de Especial Protección. Las repercusiones ambientales ya habrían sido evaluadas por aquella. Entre los aspectos que consideraría se encuentran, por ejemplo: la importancia cualitativa de los materiales que se van a extraer, si las dimensiones de la zona que resultaría afectada por la explotación son reducidas, etc. En particular, resultarían definitivas las conclusiones del estudio de impacto ambiental. Así, es la resolución del órgano administrativo competente de la comunidad autónoma la que debería haber procedido a evacuar la declaración de impacto ambiental pertinente. En ella no se desconoce que la extracción de los minerales a que faculta la concesión tiene para la zona una repercusión ambiental, pero si se emite en sentido positivo es porque, tras examinar los potenciales efectos significativos que pudieran derivarse de la ejecución del proyecto, el mismo se considera ambientalmente aceptable, por estimarse que no causará impactos ambientales críticos (por ejemplo: que no afecte a una zona muy extensa, que está libre de vegetación relevante, que no se altera a la fauna propia del entorno, si es pobre paisajísticamente —en lo que a cuenca visual se refiere—, con baja incidencia, etc.), y los previsibles impactos ambientales de efectos recuperables podrán ser compensados y/o corregidos con la aplicación de las medidas que se incluyan en el estudio de impacto ambiental.

Esta observación no sirve para poner en entredicho la oportunidad de clasificación por un ayuntamiento del suelo en el que se ubica la zona en la

47. Señalando que, “para decidir sobre la delimitación de las labores extractivas, las Administraciones competentes no tuvieron en cuenta determinados informes técnicos sobre hechos o circunstancias geológicas, geoquímicas y geotécnicas relevantes, que deben ser correctamente valoradas para definir el perímetro de explotación de la cantera debido a la existencia de esas características geológicas de la zona que escapan a toda discrecionalidad, pues son tales como se manifiestan en la realidad, sin que, por tanto, pueda decidirse por dichas Administraciones la aprobación del planeamiento urbanístico eludiendo su existencia, como se procedió, dado que el único informe contemplado para ello no aludía a esas características geológicas y geoquímicas del macizo en que está ubicada la cantera, razón por la que la Sala sentenciadora no ha conculcado, al resolver, el ordenamiento jurídico que se cita en el motivo de casación alegado ni la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sino que, antes bien, los ha aplicado e interpretado correctamente”.

que radique la mina a explotar como de especial protección. Por el contrario, simplemente permite constatar que dentro de ella el lugar concreto en que radica la mina no presenta tanto interés como el que puedan tener otros. Esto es, los valores que el ayuntamiento ha querido preservar de forma especialmente directa no se verán menoscabados.

Pese a ello, como la incidencia de la actividad en el medio no se discute, han de preverse diversas medidas para atemperarla. A algunas de ellas ya hemos aludido brevemente al tratar de manera global algunas de las técnicas que pueden proteger al medio ambiente de las actividades extractivas.

A la observancia de todos los extremos contenidos en la declaración de la que se ha hecho depender el otorgamiento de la concesión se compromete la empresa concesionaria de la explotación de la mina. Por su parte la Administración concedente ha de cuidar por el cumplimiento real de las prescripciones.

En conclusión, si una comunidad autónoma otorga la concesión es porque entiende que con la explotación de la mina, llevada a cabo en la forma fijada en el título que otorga, no se ponen en peligro los valores ambientales susceptibles de protección, lo cual obviamente está sometido a posible revisión jurisdiccional, desde una u otra perspectiva.

7

Los controles municipales sobre actividades mineras. El caso de las licencias

De todo cuanto llevamos dicho se puede deducir que sería inadecuado el proceder de un ayuntamiento que se obstinase en negar el otorgamiento de la pertinente licencia urbanística cuando, valoradas las circunstancias expresadas, la comunidad autónoma hubiese otorgado un título concesional. Esta negativa solo podría admitirse si desde el ámbito local se advirtiese algún extremo necesitado de ponderación y que se hubiese pasado por alto. Ante esto, y teniendo muy presente el indudable interés general que la misma comunidad autónoma ha venido reconociendo en diversas formas y ocasiones, en el ámbito de sus competencias, que representa la explotación del yacimiento sobre el que se cierne la controversia, no debe adoptar una actitud pasiva.

La Administración municipal, en el caso de que se efectúen extracciones mineras sin licencia, puede ejercitar las potestades administrativas de protección de la legalidad urbanística, en particular dictando orden de suspensión de la actividad. La mayoría de comunidades autónomas cuentan con legislación propia en materia de disciplina urbanística. Ante una extracción minera

sin licencia (o contraviniendo lo establecido en ella), el ayuntamiento puede adoptar las medidas de paralización de obras y de restablecimiento de la realidad a su estado anterior previstas en dichas legislaciones.

Tal y como recuerda GARCÍA VALDERREY⁴⁸, para las actividades mineras son necesarias la autorización de la Ley de Minas, la autorización de uso excepcional (si se realiza en suelo rústico), la licencia de actividad (ambiental)⁴⁹ y la urbanística, sin que la existencia de la licencia de minas pueda determinar o condicionar la existencia del resto de las necesarias para el ejercicio legal de la actividad, como ha indicado el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala 3.^a, secc. 5.^a, de 23-1-2003, rec. 7194/1999, de la que ha sido ponente don Juan Manuel Sanz Bayón: por ello, ninguna duda debe plantearse sobre que fuera del ámbito específico de investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y recursos geológicos, que constituyen el ámbito específico de la Ley de Minas de 22 de julio de 1973, las legítimas facultades de los demás entes públicos en materia de su propia competencia no pueden verse menoscabadas por la existencia de un permiso de investigación o explotación de dichos recursos.

En definitiva, y con independencia de las facultades del ministro de Industria sobre la suspensión de trabajos de aprovechamiento de recursos, exploración e investigación, debidamente autorizados, es plenamente exigible la licencia de actividad de los actos de uso del suelo, en que consiste la extracción de áridos, y su ausencia determina los efectos previstos en la legislación urbanística sobre suspensión de esas actividades.

Según la sentencia del TSJ Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22-5-1998, rec. 1412/1996 (ponente: don César Tolosa Tribiño), en la que se examinaba el conjunto de las licencias y competencias que afectaban a dicha actividad: “Dilucidada la cuestión acerca de si lo urbanístico, en la medida en que da lugar a un conjunto de competencias administrativas, abarra la actividad minera que se somete a nuestra cognición, por aceptar un concepto de lo urbanístico deducido de las propias declaraciones contenidas en la Ley del Suelo superador de interpretaciones restringidas, según las cuales esta disciplina se reduciría a lo atinente al crecimiento, desarrollo y ordenación de las ciudades o núcleos de población al menos habitados, resulta pertinente detenernos en la alegación que se suscita, sobre si el conjunto de autorizaciones administrativas a que se condiciona la actividad minera,

48. GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel, “La suspensión de la actividad minera por motivos urbanísticos”, *Práctica Urbanística*, Editorial Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos.

49. En este caso no la “clásica” de apertura suprimida tras las transposiciones de la Directiva Bolkenstein, sino la evaluación ambiental y autorización ambiental integrada.

recogidas en su legislación especial, engloba la licencia exigida, haciéndola por ello innecesaria. A semejante cuestión da también adecuada respuesta el Tribunal Supremo, en la sentencia, antes meritada, de 26 de septiembre de 1988. Se razona en ella que no cabe eficazmente argumentar que los concretos movimientos de tierra que nos ocupan, es decir, los consustanciales a la actividad de minería se realizan bajo diversas autorizaciones y, concretamente, bajo las propias de la legislación minera, ya que aparte de hacerlas a todas concurrentes los propios artículos 178 y 1.º, ya citados, también a esta la hacen concurrente con aquella los art. 2.3 del Reglamento General para el Régimen de la Minería de 25 de agosto de 1978 y el art. 4.1 del Real Decreto 1116/84 de 9 de mayo. Para la ilustración de esta concurrencia, es suficiente señalar el inciso final del art. 178.1 de la Ley del Suelo, según la cual ‘cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizaren por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público’. Por ello, las diferentes autorizaciones y licencias, son necesarias pero no suficientes por sí mismas para desarrollar la actividad, dada la existencia legal de todas ellas, que recayentes sobre idéntico objeto o actividad, se encaminan al ejercicio de las propias potestades de cada una de las Administraciones fiscalizadoras, cada una de ellas obedeciendo a una finalidad diferente”.

De la doctrina jurisprudencial que hemos dejado expuesta puede colegirse, en lo que afecta al presente caso, lo siguiente:

- a) Es necesaria licencia de obras para la actividad de movimiento de tierras en una actividad extractiva como la de cantera.
- b) Es igualmente necesaria la existencia y previa declaración responsable equivalente a la licencia de actividad.
- c) La existencia de autorizaciones de otras Administraciones públicas con competencias concurrentes no incide en la coligación de solicitar y obtener las preceptivas licencias y estar en posesión de la documentación y los requisitos necesarios para realizar la correspondiente declaración responsable.
- d) La declaración responsable equivalente a la antigua licencia de actividad en estos supuestos es independiente de la licencia de obras.
- e) Para la concesión de la licencia de obras en suelo no urbanizable es necesaria la previa autorización de la Comisión Regional de Urbanismo, por aplicación del art. 44 del reglamento de Gestión Urbánica y de todas y cada una de las leyes autonómicas.

Una de las vías posibles que permitirían la realización del interés general preponderante en este caso, que, reiteramos, concilia tanto los intereses

mineros como los ambientales, nos la da la disposición adicional décima del TRLSRU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que indica:

1. *Cuando la Administración General del Estado o sus organismos públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor. En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el departamento interesado al titular del ministerio competente en materia de suelo y vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la comunidad autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda, conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora.*
2. *El ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el apartado 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación, de conformidad con la ordenación urbanística y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al ministro competente en materia de suelo y vivienda, a los efectos prevenidos en el mismo.*
3. *Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del ministro competente en materia de suelo y vivienda, previa solicitud del ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.*

Hay que tener en cuenta que, debido a que las competencias en la materia las ostentan las comunidades autónomas, los órganos subrayados han de ser sustituidos por los correspondientes del ámbito autonómico, que con carácter general contemplan en sus legislaciones urbanísticas instituciones y procedimientos idénticos.

En todo caso, no cabe duda alguna de que las comunidades no pueden permitir que los ayuntamientos usurpen las competencias que según el ordenamiento tienen atribuidas, en este caso desoyendo el interés general que la

comunidad autónoma respectiva hubiese declarado respecto de la actividad de explotación de minerales de gran importancia.

Desafortunadamente este tipo de supuestos puede producirse, y se produce con más frecuencia de lo deseable, tal y como reseña VALCÁRCEL⁵⁰, puesto que en su momento no llegó a prosperar, eliminándose del Proyecto de Ley de Bases del Régimen Local que se aprobó en 1985, la inclusión de un apartado 4 en su artículo 74, que presentaba el tenor literal siguiente: “Las entidades locales no podrán denegar la concesión de licencias de obras, instalaciones o servicios que sean de interés general o que afecten a los intereses generales de la actividad económica, cuando las solicitudes y los interesados cumplan con los requisitos y formalidades legalmente establecidos”. Supuesto, el que tratamos, que hubiese sido de incardinación palmaria en el mismo.

Pese a todo, se cuenta con un mecanismo como el que entendemos corresponde aplicar, a través del cual a la comunidad autónoma le corresponde asumir la atención y tutela del interés general superior y preponderante a la luz de las circunstancias que concurren.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, que en su sentencia 56/86, de 13 de mayo, en la que resuelve un conflicto de competencias promovido por el Gobierno Vasco contra la utilización por el Estado del artículo 180.2 LS 1976, que recordemos es el antecedente de la disposición adicional décima TRLSRU, y que con la autora estimamos aplicable, concluyó en su FJ 4.º que era preciso tener “en cuenta, también, para fijar con más precisión las facultades que el Estado (y, en su caso, la comunidad autónoma), pueden asumir conforme al art. 180.2 de la LS, que tales facultades no pueden ser interpretadas como la posibilidad de realizar actos urbanísticos libremente y sin respetar el planteamiento previsto siempre que se den los presupuestos de urgencia y excepcional interés público, ni que la concurrencia de tales requisitos pueda ser estimada discrecionalmente por el Gobierno. Respecto al primer punto conviene recordar que el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución). El Estado tendrá que conformar en principio los actos que pretenda realizar al planeamiento existente. Solo cuando esto no resulte posible y el excepcional interés público exija no solo proceder por vía de urgencia que exime de solicitar previamente la licencia municipal, sino no respetar el planeamiento establecido, cabrá apartarse de este, y ordenar la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento previsto en el mismo art. 180.2”.

50. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad...”, *op. cit.*

En conclusión, en atención a la ponderación de intereses en presencia, se ha de apreciar factible una modulación o conjugación plena de los mismos sin que sea necesario renunciar a la realización de ninguno de ellos. Por tal motivo, una congruente y deseable coordinación entre las Administraciones a las que su defensa está confiada debiera, teniendo en cuenta el momento de tramitación en el que nos encontramos, concluir con el otorgamiento por un ayuntamiento de la licencia que hubiese podido solicitar una empresa concesionaria de una explotación minera.

Si, no obstante lo apuntado, la licencia de obras finalmente fuese denegada, y puesto que, como hemos intentado hacer ver, la denegación significaría atentar contra el interés general preponderante, que en este caso no es otro que el de la confluencia de dos: el minero y el medioambiental, la comunidad autónoma no podría permanecer impasible, y habría de asumir su papel o posición de garante del interés general supremo en la forma que se detalla en la disposición adicional 10.^a del TRLSRU y disposiciones autonómicas análogas.

Así, por ejemplo, en la legislación asturiana, los artículos 3 y 4 del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 278/2007, BOPA 15 de febrero de 2008 (en adelante ROTU), desarrollan el marco de distribución de competencias fijado en el artículo 2 del TRLOTU, reservándose el Principado las actuaciones con impacto territorial, como los terrenos que por sus excepcionales valores de cualquier género merecedores de un alto grado de protección, deban preservarse del proceso de urbanización (suelo no urbanizable), y las referidas a suelo destinado a viviendas sometidas a algún régimen de protección (suelo urbanizable residencial con destino a viviendas protegidas).

En la misma línea de analizar la problemática de la concurrencia de autorizaciones sectoriales con la licencia urbanística, la sentencia del TSJ de Asturias n.º 542/09, de veintisiete de marzo de 2009, entiende que no es posible condicionar un permiso de investigación para una mina a cielo abierto a la licencia urbanística, “máxime cuando aquí se trata de un expediente prolongado en el tiempo donde se pueden suceder diferentes opiniones urbanísticas por parte del ayuntamiento mencionado”, y la autorización en materia de minas “solo contempla y tiene que contemplar el problema desde su punto de vista respectivo, es decir, desde el respectivo campo sectorial”.

No obstante lo anterior, los instrumentos de ordenación urbanística pueden contener regulaciones específicas del uso minero, cuya contravención implicará el ejercicio de las potestades disciplinarias y restauradoras de la legalidad de la Administración urbanística competente, que permiten la posibilidad de que la Administración municipal decrete la suspensión de la acti-

vidad minera. Esta facultad de la Administración para suspender la actividad minera por motivos urbanísticos viene amparada en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, cuyo ejemplo más relevante es la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 7 de diciembre de 2000, Rec. 6720/1995 (LA LEY 7178/2001), al entender que lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Minas no puede ser interpretado en el sentido de que los ayuntamientos no pueden suspender las actividades mineras por motivos urbanísticos, sino en el de que solo la Administración sectorial de Minas puede hacerlo por motivos de la legislación sectorial minera. Así lo ha declarado repetidamente el Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras muchas, de 1 de febrero de 1988, 11 de julio de 1980, 14 de julio de 1989, 10 de octubre de 1988 y 26 de septiembre de 1988: “En primer término, debe rechazarse la petición de nulidad de los actos impugnados que, con base en el artículo 116 de la Ley de Minas de 21 Jul. 1973, pretende el actor, sosteniendo que el alcalde carece de facultades para ordenar el cese de la explotación de una cantera por cuanto dicho precepto se les asigna privativamente al ministro de Industrial; porque el criterio sentado por esta Sala al fijar el alcance de los artículos 65 de la Ley de 19 Jul. 1944 y 183 del Reglamento de 9 Ago. 1946 es aplicable al mencionado artículo 116, puesto que es sustancial reproducción del 65 precitado y las intrascendentes variaciones de su texto no justifican una doctrina distinta si se tiene en cuenta la naturaleza de la explotación y, en consecuencia, ha de entenderse que tales disposiciones no obstan a la competencia que al Ayuntamiento confieren los artículos 101 de la Ley de Régimen Local, 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones de este orden y 47 y 165 de la Ley del Suelo de 12 May. 1956 en cuanto al movimiento de tierras, al que son asimilables los trabajos propios de una cantera por cuanto consisten en el allanamiento o en la excavación. SS. De 29 Mar. 13 Nov. de 1963 y 13 Dic. 1969”.

8

La integración de las aguas minerales

Las aguas minerales y termales de la sección B) son, conforme a los estatutos de autonomía, de competencia autonómica, aunque muy pocas comunidades autónomas han legislado, solo lo han hecho Cantabria (Ley 2/1988, de 26 de octubre), Castilla-La Mancha (Ley 8/1990, de 28 de diciembre), Extremadura (Ley 6/1994, de 24 de noviembre), Cataluña (Decreto 307/1994, de 16 de noviembre, y Decreto 271/2001, de 9 de octubre), Murcia (Decreto 55/1997, de 11 de julio) y Galicia (Ley 5/1995, de 7 de junio).

Como ya hemos indicado al principio de este trabajo, y conforme a las SSTs de 9 de junio de 2003 (Tol 276094) y 2 de octubre de 2003 (Tol 325185), se han pronunciado “en favor del carácter demanial de las aguas minerales y termales. Por contra, cuando las aguas minerales y termales tengan la consideración de ‘aguas juveniles’, como estas son aguas que se han formado en el interior de la tierra y que no forman parte del ciclo hidrológico, cabría sostener, hasta tanto no exista una disposición de carácter estatal que regule expresamente la titularidad de las aguas minerales y termales, su naturaleza privada, a semejanza de lo dispuesto para las aguas subterráneas no renovables”.

La declaración de la condición de mineral de unas aguas determinadas será requisito previo para la autorización de su aprovechamiento como tales, pudiendo acordarse de oficio o a solicitud de cualquier persona que reúna las condiciones establecidas en la LMi. Conforme al art. 25 LMi, “el Estado concederá el derecho preferente al aprovechamiento de las aguas minerales a quien fuere propietario de las mismas en el momento de la declaración de su condición mineral, quien podrá ejercitarlo directamente en la forma y condiciones que en el presente título se determina o cederlo a terceras personas”. Sin embargo, este derecho preferente prescribe al año de haberse efectuado la notificación de la resolución administrativa de calificación de las aguas como minerales y clasificadas; y para poder ejercitarlo deberá solicitarse la oportuna autorización a la Administración, presentando el proyecto general de aprovechamiento, el presupuesto de las inversiones y el estudio económico de su financiación con sus garantías, así como los documentos exigidos en el art. 41 RGRM. La persona o entidad gozará de un plazo de seis meses para solicitar a su favor la autorización de aprovechamiento, pero, aun así, si transcurren esos seis meses sin que se presente la solicitud, o si se hubiese denegado la misma, la Administración, conforme al art. 53 LMi, podrá sacar a concurso público el aprovechamiento.

La autorización o concesión de aprovechamiento de aguas minerales otorga a su titular el derecho exclusivo de utilizarlas, y el de impedir que se realicen en el perímetro de protección que les hubiere sido fijado trabajos o actividades que puedan perjudicar el normal aprovechamiento de las mismas. La realización de cualquier clase de trabajos subterráneos dentro del perímetro citado, deberá contar previamente con autorización administrativa.

Junto a esa concepción tradicional de las concesiones de aguas termales debemos incorporar en un ámbito de ordenación urbana de las aguas mineras lo establecido por la Directiva 2006/21/CE, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas.

Así, en primer lugar debemos analizar los antecedentes y por qué nace la Directiva 2006/21/CE, y es porque tenemos abundantes casos de accidentes,

como por ejemplo los ocurridos en el País de Gales en 1966 y en Italia (Stava-Trento) en 1985, con el vertido de 0,2 hm³; en España destacamos el caso de la mina de Aznalcóllar (Sevilla) en 1998, y en Rumanía, en el año 2000, Baia Mare y Baia Borsa⁵¹.

Tal y como expone SORO MATEO⁵², otra cuestión relevante, en este orden de cosas, será determinar la eventual compatibilidad entre el Plan de restauración y la evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA). El Tribunal Supremo, en STS de 27 de enero de 2010, ha señalado a este respecto que “no existe incompatibilidad entre el Plan de restauración y la Evaluación de impacto ambiental, pues son técnicas de control o instituciones diferentes”.

En la indicada STS de 27 de enero de 2010 se examina la compatibilidad entre los proyectos de restauración previstos en la legislación de minas y la Declaración de Impacto Ambiental. La controversia surgió en el sentido de si resultaba admisible la condición indicada por la Administración autonómica competente en materia de Ordenación Territorial y Urbanística, consistente en que, con motivo de la calificación territorial solicitada para el ejercicio de actividad minera que había sido autorizada por el órgano competente en materia de minas, se sometiera la actividad al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental con carácter previo a la concesión de la licencia municipal, y no se iniciara la actividad antes de la formulación de Declaración de Impacto Ambiental favorable. La Sala de instancia consideró improcedente tal exigencia por entender que la existencia de un plan de restauración determinaba que no resultaba procedente someter la actividad a EIA, de forma tal que en el procedimiento de calificación urbanística solicitada la Admi-

51. A nivel de redacción de la Directiva, se presentó en el año 2000, por parte de la Comisión, una Comunicación (Comisión, 2000) sobre el desarrollo sostenible en la industria extractiva no energética de la Unión Europea. A esta Comunicación siguió otra en octubre (Comisión, 2000 a). Las prioridades que la Comisión planteaba en aquel momento eran tres:

- a) Modificar la Directiva Seveso II (96/82/CE) a efectos de incluir ciertas instalaciones de tratamiento de residuos mineros entre aquellas para las que se exige la puesta en servicio de sistemas de gestión de la seguridad que incluyan la evaluación del riesgo frente a accidentes probables.
- b) Elaborar una propuesta de Directiva sobre la gestión de los residuos mineros.
- c) Elaborar un documento de referencia sobre las mejores técnicas disponibles en el marco de la Directiva de Prevención y Control Integrados de la contaminación (96/61/CE) destinado a reducir la contaminación diaria y a prevenir y mitigar los accidentes en el sector minero de los metales no féreos.

La Comisión presentó su propuesta de Directiva al Consejo y al Parlamento Europeo en junio de 2003, culminando su primera lectura a finales de marzo de 2004 y una segunda lectura en septiembre de 2005. El Comité de conciliación Consejo-Parlamento Europeo llegó a un acuerdo de texto en diciembre del mismo año y un poco después, en enero de 2006, se formalizaba ya la adopción final de la Directiva tal y como la conocemos hoy.

52. SORO MATEO, Blanca, *Derecho de los pesticidas*, op. cit., pág. 208.

nistración debió limitarse a determinar si la actividad era o no contraria al planeamiento autonómico. El Tribunal Supremo rechaza tal planteamiento, declarando la compatibilidad, por la distinta finalidad, del Plan de Restauración del espacio natural afectado por actividades mineras y la Declaración de Impacto Ambiental, pues, atendiendo a su contenido:

Mientras la Evaluación de Impacto Ambiental contempla las posibilidades de los proyectos, el Plan de Restauración trata de minimizar los efectos de la ejecución de los mismos, concluyendo la primera con una Declaración de Impacto Ambiental e implicando el segundo un conjunto de actuaciones materiales conforme a un calendario (artículo 3.3) previamente establecido. Esto es, mientras que la evaluación pretende prevenir los efectos, valorando incluso alternativas, antes de la realización y ejecución de un proyecto, el Plan, por su parte, a posteriori, se encamina a restaurar los efectos del mismo sobre la concreta realidad alterada.

Especialmente significativo resulta que entre las actividades previstas para la restauración (artículo 3.2) del espacio natural afectado por la explotación se exija —justamente— un estudio de impacto ambiental de la explotación sobre los recursos naturales de la zona y medidas previstas para su protección.

Según la STS de 10 de marzo de 2001 (Tol 32767), “tratándose de un aprovechamiento potencial de los recursos de la sección a) del artículo 3 de la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, aunque no se cuente con el preceptivo permiso de explotación, procede la indemnización por su pérdida, ya que el derecho a explotar esa clase de yacimiento minero corresponde al dueño del terreno conforme al artículo 16.1 de la mencionada Ley de Minas, si bien el importe de aquella debe reducirse a un porcentaje entre el treinta y el diez por ciento de las ganancias o beneficios que pudieran obtenerse de la explotación”.

Debe destacarse que la atribución del derecho de explotación al propietario admite excepciones conforme al art. 20 LMi: cuando lo justifiquen superiores necesidades de interés nacional expresamente declaradas por el Gobierno, el Estado podrá aprovechar por sí mismo los recursos de la sección A) o ceder su aprovechamiento.

Por tanto, a la hora de la autorización de una actividad minera, es clave el Plan de Restauración previsto por el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacio natural afectado por actividades mineras, o la Evaluación ambiental estratégica, etc.

9

La minería urbana

Tal y como anunciábamos en el primer apartado de este estudio debemos considerar una novedosa modalidad, no expresamente prevista por la vigente Ley de Minas, que comprende el aprovechamiento de materiales, fundamentalmente metálicos, que se encuentran en las ciudades, y, de forma más intensa, de los ubicados en los residuos sólidos urbanos.

Así, desde el punto de vista minero, podríamos equipararlos con los regulados en los arts. 31 a 33 de la LMi y 46 a 50 del RGRM, definiéndose como aquellas acumulaciones constituidas por residuos de actividades reguladas por esta Ley que resulten útiles para el aprovechamiento de alguno o algunos de sus componentes.

Debe recordarse que el régimen de los residuos está reservado en exclusiva en cuanto a su explotación, tal y como especifica el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los municipios, por lo que cualquier aprovechamiento de estos residuos, y en esa línea está la novedosa “minería urbana”, exige de un título jurídico habilitante otorgado por el propio municipio.

Ahora bien, si con carácter previo a la pretensión de explotar esos “recursos” se logra un acuerdo con los emisores de residuos, nos encontraríamos con una problemática no tradicional, puesto que la Ley de residuos considera estos: “cualquier sustancia u objeto que su poseedor desee o tenga la intención o la obligación de desechar”, por lo que un acuerdo previo a la acción de desechar, el producto entre el poseedor de este y un tercero explotador, supondría la elusión de la competencia e incapacidad municipal sobre los residuos, al desprenderse del producto sin la condición de residuo.

Según MÜLLER⁵³ la minería urbana es la extracción de materias primas secundarias de los “depósitos antropogénicos”, es decir, la recuperación de materias primas utilizadas por los seres humanos en edificios, infraestructuras y bienes de consumo o que se hallan en vertederos. Ese reciclaje ayuda a cuidar los recursos naturales y por tanto, añadimos nosotros, a la correspondiente disminución de las exportaciones mineras tradicionales, con sus efectos perniciosos para el medio ambiente, y a la sostenibilidad de los recursos del planeta.

La minería urbana es una actividad que en algunos países desarrollados es toda una tendencia. La búsqueda de desechos electrónicos para recuperar

53. MÜLLER, Félix, “La minería urbana en auge”, en <https://www.deutschland.de/es/topic/medio-ambiente/mineria-urbana-las-materias-primas-del-futuro-estan-en-la-ciudad>

minerales como cobre, oro o manganeso con el fin de ser reutilizados, es sinónimo de una actividad sustentable e incluso rentable.

A modo de ejemplo, de una tonelada de tierra extraída en una mina de oro se obtienen en promedio unos 5 gramos de oro; en cambio, de una tonelada de teléfonos celulares, se obtienen aproximadamente 150 gramos de este metal precioso.

Pese a lo beneficiosa que resulta la actividad, en el país el reciclaje de residuos tecnológicos es bajo. Así, tal y como se destaca en el caso de Chile⁵⁴, según datos de Naciones Unidas de 2015, Chile es la nación de Latinoamérica que genera más basura electrónica: 9,9 kilos por persona al año, casi doblando el promedio mundial de 5,9 kilos por habitante.

Tal y como indica MORENO⁵⁵, junto con el momento del reciclado de los aparatos al final de su vida útil (que es el que aquí nos interesa), debemos destacar la importancia del diseño de estos aparatos con carácter previo a su producción y distribución, de tal manera que faciliten su posterior reciclaje, pero esto es una cuestión que excede de este estudio.

Así, como afirma el citado autor, gracias al empleo de las mejores técnicas disponibles (MTD) por parte de las instalaciones de reciclado y valorización, podremos obtener una mejor separación de los diferentes materiales (cobre, aluminio, hierro) que forman parte de los aparatos eléctricos y electrónicos, algunos de difícil acceso en la Unión Europea, y ya no solo alcanzar los exigentes objetivos de reciclado y valorización de la normativa europea (un mínimo del 85 % de los materiales y componentes de los aparatos eléctricos y electrónicos), sino aprovechar esos recursos y no tener que extraerlos de la naturaleza, con las pérdidas económicas y medioambientales que ello supone.

Si atendemos a las previsiones de Naciones Unidas, cada año se generan unos 50 millones de toneladas de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos en todo el mundo, lo que la convierte en la basura que más rápido crece en la actualidad. Esta realidad es una oportunidad de “minería urbana”, es decir, una forma de “acercar” los yacimientos minerales y reducir la extracción de materias primas de la naturaleza mediante procesos mineros, y reducir los costes de energía y consumo de agua, entre otros.

Debemos ser conscientes de que la sostenibilidad y la eficiencia en el uso de los recursos, las únicas vías para garantizar la supervivencia de nuestro planeta, pasan por un empleo intensivo de la innovación en los momentos

54. MORALES, Camila, “El potencial de la minería urbana”, en <http://www.nuevamineria.com/revista/el-potencial-de-la-mineria-urbana/>

55. Al respecto se puede consultar MORENO JORDANA, Luis, “Innovación y economía circular: el potencial de la minería urbana”, en <https://ethic.es/2019/01/innovacion-mineria-urbana/>

clave del ciclo de vida de los aparatos eléctricos y electrónicos, y ello en el marco jurídico actual o requiere retirada previa antes de incorporarse al mundo de los residuos, o una expresa concesión municipal.

10 Conclusiones

Una vez realizada nuestra exposición sobre las relaciones entre las concesiones mineras y la ordenación urbanística, especialmente el planeamiento, debemos concluir resaltando la falta de mecanismos efectivos de coordinación en la materia, puesto que las determinaciones de la Administración minera no siempre vinculan a la Administración urbanística (incluso dentro de la misma comunidad autónoma), y a su vez un permiso de investigación e incluso una concesión minera pueden ser ignorados en una evaluación ambiental del planeamiento por razones de tutela ambiental.

Ahora bien, sí existe una clara línea jurisprudencial sobre la necesidad de respetar la explotación de la riqueza mineral y su ponderación con los elementos ambientales a proteger.

Queda claro que el papel de los municipios no es de mero comparsa en estas materias, puesto que tienen sus potestades en materia de disciplina urbanística, y las explotaciones mineras están sometidas a la previa licencia de obras a otorgar por el municipio, que, recuérdese, es un acto reglado y no discrecional.

11 Bibliografía

- ARANA GARCÍA, Estanislao, “Medio ambiente y actividades extractivas a cielo abierto: algunas cuestiones de su difícil pero necesaria compatibilidad”, *Actualidad Administrativa*, Sección Doctrina, 1999, Ref. XXVII, pág. 479, tomo 1, Editorial LA LEY 2205/2001.
- BARREDA BARBERÁ, Juan, *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*, Tirant lo Blanch, 1.ª edición, 2008.
- CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel, “Los informes preceptivos en su tramitación y la planificación territorial y urbanística andaluza: la espiral de complejidad”, *Práctica Urbanística*, n.º 140, mayo-junio 2016.
- ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 1985.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, 18.^a edición, Thomson Reuters-Civitas, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, 15.^a edición, Thomson Reuters-Civitas, 2017.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, *La contratación pública tras la crisis económica y la nueva LCSP. Un estudio jurídico*, Dykinson, 2018.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio, *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural: la utilización edificatoria del suelo no urbanizable*, RDU-Montecorvo, 1990.
- LÓPEZ PELLICER, José Antonio, “El Reglamento de Bienes Locales ante la nueva Ley estatal de Patrimonio”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 10, quincena del 30 de mayo al 14 de junio de 2005, Ref. 1642/2005, pág. 1642, tomo 2.
- MORALES, Camila, “El potencial de la minería urbana”, en <http://www.nueva-mineria.com/revista/el-potencial-de-la-mineria-urbana/>
- MORENO JORDANA, Luis, “Innovación y economía circular: el potencial de la minería urbana”, en <https://ethic.es/2019/01/innovacion-mineria-urbana/>
- MORENO MONTOYA, Araceli, “Propiedades especiales (II): el dominio público minero, viario y de montes”, en GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (coord.), *Régimen de bienes de las entidades locales*, 2012.
- MOREU CARBONELL, Elisa, *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MÜLLER, Félix, “La minería urbana en auge”, en <https://www.deutschland.de/es/topic/medio-ambiente/mineria-urbana-las-materias-primas-del-futuro-estan-en-la-ciudad>
- OREIRO ROMAR, José Ángel, *La Responsabilidad Patrimonial Urbanística en la Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2018.
- PAREJA I LOZANO, Carles, *Régimen del suelo no urbanizable*, Marcial Pons, 1990.
- RENAU FAUBELL, Fernando, “Incidencia de las competencias urbanísticas de los municipios sobre las actividades mineras”, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4236-incidencia-de-las-competencias-urbanisticas-de-los-municipios-sobre-las-actividades-mineras/>
- RENAU FAUBELL, Fernando, “Tratamiento urbanístico de las actividades mineras. Su regulación en el planeamiento urbanístico”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, n.º 219, 2005.
- SORO MATEO, Blanca, *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Concesiones mineras: actividad extractiva en suelo no urbanizable de especial protección”, *Práctica Urbanística*, n.º 34, Sección Estudios, enero 2005.

Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales

RAMON GALINDO CALDÉS

*Profesor lector de Derecho Administrativo
de la Universitat Oberta de Catalunya*

1. Introducción

2. El régimen de incompatibilidades de los concejales

- 2.1. Incompatibilidad absoluta de la condición de concejal y contratista de la propia corporación municipal
- 2.2. Incompatibilidades en la LBRL
- 2.3. Incompatibilidades en la LI
- 2.4. Incompatibilidad con posterioridad al cese como concejal

3. Concreción de la prohibición de contratar y efectos

- 3.1. Condición de contratista con la propia entidad
- 3.2. Extensión de la prohibición de contratar
- 3.3. Efectos de la incompatibilidad y de la prohibición de contratar

4. Conclusiones

Resumen

La contratación pública está sujeta a limitaciones que pretenden salvaguardar el interés general y evitar posibles conflictos de intereses. Una de ellas es la que afecta directamente a los electos locales. La Ley de Contratos del Sector Público prevé una serie de circunstancias en las que existe una prohibición de contratar, entre las cuales la que afecta a los concejales, que no pueden simultanear su condición de electo con la de contratista con la propia corporación municipal. Este trabajo aborda el complejo régimen de incompatibilidades de los concejales y de prohibición de contratar, analizando su regulación en la propia Ley y sus remisiones a las leyes de régimen local, de incompatibilidades y de régimen electoral.

Artículo recibido el 21/10/2019; aceptado el 11/12/2019.

Palabras clave: *contratación pública; incompatibilidades; concejales; prohibición de contratar.*

Prohibition on contracting and incompatibilities of councilors

Abstract

Public procurement is subject to limitations that pursue to safeguard the general interest and avoid possible conflicts of interest. One of them is the one that directly affects the councilors. The Law on Public Procurement establishes a set of circumstances in which there is a prohibition on contracting, inter alia, one of those affects the councilors who cannot combine their elected status with that of a contractor with the municipal corporation itself. This article addresses the complex regime of incompatibilities of the councilors and the prohibition on contracting, analyzes its regulation in the Law on Public Procurement and its renvoi to local laws, incompatibility and electoral laws.

Keywords: public procurement; incompatibilities; councilors; prohibition on contracting.

1

Introducción

El artículo 23.2 CE establece el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Los electos locales, en tanto que representantes de la voluntad popular, tienen como objetivo principal servir al interés general. El propio texto constitucional establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales, y prevé, en su artículo 103.3, que la ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los funcionarios públicos. Por otra parte, el artículo 7.3 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL) establece que “las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por ley o por principios jurídicos fundamentales”. En este sentido, el ordenamiento prevé el régimen de incompatibilidades de los concejales y en qué situaciones les está vedado contratar con el sector público.

En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece la prohibición de contratar en determinados supuestos, entre ellos con los cargos electos. Como se ha indicado, “este es el mecanismo más radical de prevención de los conflictos de intereses en la medida en que impide que el empleado o cargo público pueda llegarse a encontrar en una situación que pueda entrar en conflicto con la actividad pública que esté desarrollando prohibiéndole realizar dicha actividad”¹. En definitiva, tanto la prohibición de contratar como el régimen de incompatibilidades de los electos locales pretenden, de forma preventiva, abordar los posibles conflictos de intereses.

Un problema que se plantea es en el caso de los concejales que, estando autorizados a ejercer una actividad con el sector privado, pretendan contratar con la misma Administración de la que son miembros. En este supuesto debemos analizar el fenómeno desde dos puntos de vista. En primer lugar, el régimen de incompatibilidades, regulado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) y la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI), que impiden al concejal-contratista formalizar dicho contrato o condicionan su alcance. En segundo lugar, la prohibición de contratar por parte de la entidad local, en caso de que se produzca dicha situación.

Las prohibiciones de contratar hacen referencia a aquellas situaciones en las que personas físicas o jurídicas pueden incurrir y que suponen la imposibilidad de que sean parte de un contrato administrativo. En nuestro caso analizamos la prohibición que afecta a los concejales y también a su círculo familiar y afectivo.

Para analizar la prohibición de contratar de los concejales con la propia corporación municipal debemos atenernos a la regulación de la contratación con el sector público. De la misma forma que ya se establecía en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), en el artículo 65 LCSP se dispone que “solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que (...) no estén incurso en alguna prohibición de contratar (...)”. La no inclusión en ninguno de los supuestos de prohibición de contratar supone por tanto un límite claro a la hora de celebrar un contrato con el sector público.

1. CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo, debemos atenernos al artículo 3.1 LCSP, que se refiere al sector público, incluyendo tanto los entes locales como las entidades dependientes de ellos. Los entes locales –y sus organismos autónomos y consorcios– también tienen la consideración de Administraciones públicas a efectos de la ley (artículo 3.2 LCSP). Delimitar el ámbito de aplicación es importante, en cuanto que el artículo 71.1 LCSP dispone que no podrán contratar con dichas entidades las personas en quienes concurren algunas circunstancias. Como avanzábamos anteriormente respecto al TRLCSP, la prohibición de contratar supone un límite a la aptitud para contratar con el sector público, de forma que ninguna de las personas incurso en cualquiera de las circunstancias del artículo 71.1 LCSP podrá contratar con ninguna de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la Ley (artículo 3 LCSP).

Respecto al ámbito objetivo, las prohibiciones de contratar afectan a todo tipo de contrato que celebre la entidad contratante, con las excepciones de ciertos contratos sujetos a regulación armonizada –artículo 23 LCSP– y los contratos menores –artículo 131.3 LCSP². Diferente cuestión es que, como veremos, los concejales no puedan celebrar contratos como los indicados al estar incurso en alguna incompatibilidad, a pesar de no derivarse de forma directa del artículo 71.1 g) LCSP, sino del marco normativo sobre incompatibilidades que afecta a los concejales.

En lo que aquí nos concierne –la aptitud de los cargos electos locales de contratar con el sector público– nos interesa señalar el contenido del artículo 71.1 LCSP, que incluye las situaciones en las que no es posible contratar con el sector público, y muy especialmente su apartado g), que afecta a los concejales:

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las comunidades autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación

2. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: “Las prohibiciones de contratar”, en GAMERO CASADO, Eduardo; GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1288-1289.

citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

De la redacción del artículo 71.1 g) LCSP extraemos una triple condición para la celebración de un contrato. En primer lugar, se establece una condición previa como es la ausencia de incompatibilidad del contratista. Por lo que respecta a los concejales, se remite a su concreción en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI) y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (LEAC). El cumplimiento del régimen de incompatibilidades de los concejales va a suponer, por tanto, una condición necesaria para la contratación.

El artículo 71.1 g) LCSP añade, sin embargo, dos requisitos que amplían la prohibición de contratar en el caso de los concejales, de forma que esta alcanza también a las personas jurídicas en las que participen los concejales, así como a sus familiares u otras situaciones afectivas. Analizamos a continuación ambas situaciones, tanto el régimen de incompatibilidades como la extensión de la prohibición de contratar.

2

El régimen de incompatibilidades de los concejales

Como avanzábamos, el artículo 71.1 g) LCSP establece como condición previa a la celebración de un contrato que el contratista –la persona física o los administradores de la persona jurídica– no incurra en alguno de los supuestos contemplados en el régimen de incompatibilidades de la LOREG, LI y LEAC. El régimen de incompatibilidades de la LOREG supone una incompatibilidad absoluta, que impide la simultaneidad de las condiciones de concejal y contratista, mientras que la LI, LEAC y LBRL admiten una incompatibilidad relativa.

2.1

Incompatibilidad absoluta de la condición de concejal y contratista de la propia corporación municipal

La LOREG establece una condición previa a la hora de plantearse la posibilidad de contratación con personas jurídicas en las que participen directa o indirectamente concejales de la propia corporación. Su artículo 178, aparte de las causas de inelegibilidad del artículo 177 –derecho de sufragio pasivo–, incluye una serie de situaciones incompatibles con la condición de concejal, entre las cuales ser “contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes” (artículo 178.2 d) LOREG). En caso de que se produzca una situación de incompatibilidad, los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad (artículo 178.3 LOREG). En este caso, no es tanto que un concejal no pueda contratar con su propia empresa, sino que la condición de contratista o subcontratista con el ayuntamiento –o con los entes dependientes– supone por sí misma una situación de incompatibilidad, que solo puede resolverse con la renuncia al acta o a contratar con la Administración de la que es concejal, y de inelegibilidad si la situación es previa al nombramiento.

Una de las dudas sobre los límites a la contratación es si la incompatibilidad de las situaciones de contratista y concejal afecta al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 CE. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, afirmando que dicha causa no limita el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, ya que “no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no solo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido”³.

La limitación que impone el artículo 178.2 d) LOREG no supone, por tanto, una pérdida de derechos para el contratista en el caso de que quiera acceder a un cargo público, sino una salvaguarda del interés público y

3. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 31 mayo 2004. RJ 2004/3932, FJ 3.º.

del principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE, evitando un posible aprovechamiento del cargo de concejal en su propio beneficio, así como el cumplimiento del artículo 7.3 CEAL de regular dicha limitación por ley. En este caso, por tanto, no estamos tanto ante una incompatibilidad para el acceso al cargo público sino ante una prohibición de que las condiciones de concejal y contratista se den de forma simultánea, con lo que podría darse un conflicto de intereses e incluso un aprovechamiento de su condición de concejal de la corporación⁴. Ello no impide que un concejal mantenga su actividad como contratista, siempre y cuando no lo haga con la propia corporación o con “establecimientos de ella dependientes”⁵. Esta dependencia debe interpretarse de forma restrictiva, ya que afecta al derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE)⁶. Efectivamente, tal y como ha venido declarando la jurisprudencia y la propia doctrina de la

4. Como ha indicado el Tribunal Supremo, la prohibición de contratar “pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de ‘moralidad pública’ para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no solo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas” (*ibid.*, FJ 3.º).

5. Tal y como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “la incompatibilidad de concejales que determina prohibición de contratar ha de ser resuelta de conformidad con el artículo 49.1, letra f), de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 18 de junio, de conformidad con el cual debe admitirse la plena compatibilidad del concejal cuando la financiación total o parcial del contrato no corra a cargo de la corporación local de la que forma parte o de establecimiento, entidad u organismo dependiente de la misma”. Informe 30/10, de 24 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

6. Así, se ha afirmado que ser socio (con un 50 % de participación) y administrador único de una sociedad contratista de una mancomunidad, y concejal de uno de los municipios que la conforman, no es una causa de incompatibilidad: “‘Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios’. Así pues, es a la mancomunidad a la que presta sus servicios la empresa, y que como ente local diferente de los municipios que la integren en cada momento (cabe su separación voluntaria o por sanción), tiene su propia personalidad jurídica, por lo que la mención que el artículo 178.2.d) realiza al ayuntamiento o establecimientos de él dependientes no se da en este caso, por no existir dependencia alguna” (Sentencia 860/2002, de 7 mayo, TSJ Extremadura [Sala de lo Contencioso-Administrativo]).

Junta Electoral Central, las causas de incompatibilidad deben interpretarse de modo restringido⁷.

Una última cuestión hace referencia a la determinación de la condición de contratistas, ya que el artículo 178.1 d) LOREG hace referencia a ser “contratistas o subcontratistas de contratos”, sin especificar si existe una participación mínima para ser considerados como tales. Se ha afirmado que al declarar la incompatibilidad se quiere evitar el conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad, por lo que “cualquiera que sea el porcentaje de participación en el capital, es evidente que los intereses de las personas indicadas resultan directamente afectados”⁸.

No obstante, la incompatibilidad por tener la condición de contratista debe ser interpretada de forma restrictiva, excluyendo al personal de la empresa, ya que, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, “las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a los ‘contratistas o subcontratistas’, no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate”⁹.

Como ya se ha indicado, esta incompatibilidad regulada en el artículo 178.2 LOREG es absoluta, ya que afecta a la condición de concejal, lo que provoca ser inelegible si la situación se produce antes de que adquiera tal condición.

En este sentido, los concejales –y los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local– deben realizar una declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos (artículo 75.7 LBRL), incluida la participación en sociedades. Dicha declaración se producirá antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho. Se publicarán de forma anual y se inscribirán en dos registros –de carácter público–: en el Registro de Actividades –para declaraciones sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos– y en el Registro de Bienes Patrimoniales. En el mismo sentido, el artículo 30.2

7. Por todos, Ac. 95/2009 JEC, de 7 de mayo de 2009.

8. Informe núm. 6/2010 de 23 de julio. Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

9. STS de 16 febrero 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), FJ 2.º.

del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) establece que los miembros de la corporación están obligados a presentar dicha declaración.

El momento preciso de la situación incompatible de concejal y contratista se produce a partir del momento de la toma de posesión¹⁰ o antes de la adjudicación del contrato, siendo la propia corporación la que examine si en el contrato suscrito por un miembro de dicha corporación hay algún tipo de financiación por parte de esta, lo que supondría la consiguiente declaración de incompatibilidad¹¹. En el caso de que esta se produzca durante el mandato, el concejal deberá optar –en un plazo de 10 días– por la renuncia a la condición de concejal, o al abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad (artículo 10.1 ROF). Una vez transcurrido el plazo sin que se haya optado por ninguna de las dos opciones se entiende que el afectado ha renunciado a su condición de concejal, por lo que el pleno municipal debe declarar la vacante y comunicarlo a la Administración electoral¹².

2.2

Incompatibilidades en la LBRL

La ley básica de régimen local recoge en dos preceptos las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones locales. En primer lugar, el artículo 73.1 LBRL establece que los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral, lo que nos conduce al artículo 178 LOREG, que regula las causas de incompatibilidad absoluta de los concejales, tal como hemos visto. Sin embargo, el artículo 75 LBRL establece dos limitaciones, en función de su dedicación.

En el caso de que los concejales opten por la dedicación exclusiva serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y la percepción de las retribuciones “será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas” (artículo 75.1 LBRL).

10. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 21 de febrero de 1999.

11. Acuerdos de la Junta Electoral Central de 7 de mayo de 2009, 22 de abril de 2015 y 20 de junio de 2019.

12. RODRÍGUEZ DUQUE, Fernando: “Las incompatibilidades de los concejales en régimen de dedicación exclusiva”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10/2018, p. 3.

Por otra parte, en el caso de que los concejales opten por la dedicación parcial podrán realizar “funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, y percibir retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas” (artículo 75.2 LBRL). En el caso de que los concejales sean “personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo”¹³. En ambos casos los concejales quedan sometidos al régimen de incompatibilidades de la LI, que veremos más adelante.

En conclusión, existe una incompatibilidad absoluta, derivada del artículo 178 LOREG, lo que no excluye –según la LBRL– que un concejal pueda desarrollar otras actividades, incluso privadas, de acuerdo con los límites que establece la LI.

2.3

Incompatibilidades en la LI

Como se ha indicado, la incompatibilidad absoluta del artículo 178 LOREG no excluye la posibilidad de que los concejales realicen actividades en el sector privado, que deberán ajustarse al contenido de la LI. El principio general contenido en la LI es que el desempeño de un puesto de trabajo es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, actividad o profesión, sea público o privado. Así, el artículo 1.1 LI dispone que “el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma”. Aun así, tal y como se ha afirmado, las excepciones son tantas que permiten afirmar que la regla general es la compatibilidad entre empleos y actividades del sector público con actividades privadas¹⁴, o más concretamen-

13. Según se precisa en el artículo 75.6 LBRL, “a efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones y atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado”.

14. PARADA, Ramón; FUENTETAJA, Jesús: *Derecho de la Función Pública*, Cizur Menor: Civitas – Thomson Reuters, 2017, p. 454.

te una “compatibilidad limitada”¹⁵. En cualquier caso, el régimen de incompatibilidades intenta conjugar el derecho al trabajo –artículo 35 CE– con las limitaciones que intentan garantizar el principio de imparcialidad, y que pretenden evitar la colusión de intereses entre las actividades públicas y privadas del empleado público, un sistema definido como de “difusa tolerancia”¹⁶.

La LI establece tres grados de incompatibilidad: una absoluta para ejercer dos cargos públicos; una relativa, que se refiere a la compatibilidad de la actividad principal con otra secundaria en el sector público o privado, y una serie de excepciones a la regla general.

La primera de ellas, de incompatibilidad absoluta del artículo 1.1 LI citado, se concreta en el ámbito local cuando se dispone en el mismo precepto que a los efectos de esta Ley se considera actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos, entre otros, de las corporaciones locales, así como de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes. Esta incompatibilidad afecta tanto a percibir dos remuneraciones con cargo a los presupuestos de cualquier ente público (artículo 1.2 LI) como al “desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley (...) con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia” (artículo 1.3 LI)¹⁷.

Por otra parte, en su artículo 5.1 b), la LI establece que, “por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos, entre los cuales [apartado b)], la condición de miembros de las corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva”. En este supuesto entrarían los concejales con dedicación exclusiva, que deberían percibir solo una retribución, sin perjuicio de dietas, indemnizaciones o asistencias correspondientes al otro cargo. Sin embargo, los concejales en dedicación parcial –artículo 75.2 LBRL– sí pueden percibir

15. MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): *Curso de Derecho del Empleo Público*. Madrid: Tecnos, 2018, p. 149.

16. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Madrid: Tecnos, 2016, p. 317.

17. También existe una incompatibilidad absoluta con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio (artículo 3.2 LI). Las excepciones para las actividades en el sector público se refieren a los puestos docentes como profesor universitario asociado (artículo 4.1 LI), en el sector público sanitario o de carácter exclusivamente investigador en centros de investigación del sector público, incluyendo el ejercicio de funciones de dirección científica (artículo 4.2 LI), entre otros supuestos. Finalmente, de forma excepcional, también en el caso de actividades de investigación de carácter no permanente, o de asesoramiento científico o técnico en supuestos concretos (artículo 6 LI).

retribuciones por ambas actividades, fuera de su jornada de trabajo en la Administración y sin superar los límites que se establezcan.

Como vemos, existe una limitación absoluta respecto a los concejales por lo que se refiere a la posibilidad de tener dos retribuciones, cuando la dedicación es exclusiva, y relativa cuando esta es parcial. En las excepciones ya comentadas debemos aplicar los límites del artículo 7 LI, que impone que la segunda retribución no supere la remuneración prevista en los Presupuestos Generales del Estado para el cargo de director general, ni un porcentaje variable (entre un 30 % y un 50 %) en función del grupo de pertenencia (A-E). Dicho límite puede exceptuarse por acuerdo del pleno y por razones de especial interés para el servicio¹⁸.

Respecto a las actividades en el sector privado, el artículo 11.1 LI dispone que, de acuerdo con el artículo 1.3 LI, “el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado”. Por tanto, se prohíbe el ejercicio de actividades privadas que tengan relación con el ente en el que se presten servicios. En el caso de los concejales, ello implica que no podrían realizar actividades en el sector privado que tengan relación con el cargo como concejal que desempeñan. Aun así, la propia disposición establece que “se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados”, lo que deja abierta la posibilidad de que el concejal siga ejerciendo su profesión, siempre y cuando no tenga relación directa con su condición como concejal. El contenido del artículo 12.1 LI concreta dicha limitación, al establecer como no permitidas las actividades siguientes:

- a) *El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.*
Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

18. Dichas actividades en el sector público deben autorizarse por el pleno, previo informe, en su caso, de los directores de los organismos, entes y empresas públicas (artículo 9 LI). También será preceptivo un informe favorable del órgano competente, con carácter previo.

- b) *La pertenencia a consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en que preste sus servicios el personal afectado.*
- c) *El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas.*
- d) *La participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior.*

Como se ha indicado¹⁹, la cuestión radica en determinar qué se entiende por “relación directa”, aunque a tenor del artículo 12.1 a) LI podemos concretar que será “en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público”, además de los supuestos de los apartados b y c, y especialmente de la limitación de una participación de más del 10 % en una empresa o sociedad concesionaria, contratista de obras, servicios o suministros, arrendataria o administradora de monopolios, o con participación o aval del sector público²⁰.

2.4

Incompatibilidad con posterioridad al cese como concejal

El cese de la condición de concejal no supone el fin de la incompatibilidad. Como hemos visto, una de las tres circunstancias del artículo 71.1 g) LCSP es no estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la LEAC.

La norma básica de régimen local también se pronuncia al respecto, ya que en el caso de que un concejal haya tenido dedicación exclusiva y ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas del gobierno local, y por tanto retribución de acuerdo con el artículo 75.1 LBRL, tendrá una limitación adicional, como es la aplicación en el ámbito territorial de su competencia de “las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en

19. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, op. cit., p. 324.

20. El artículo 19 LI establece una serie de actividades exceptuadas del régimen de aplicación de la LI. A efectos de este trabajo destacamos especialmente las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar (artículo 19 a) LI).

el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado” (artículo 75.8 LBRL)²¹.

El artículo 71.1 g) LCSP introdujo algunos cambios relevantes respecto a la anterior redacción del TRLCSP²². En primer lugar, sustituye la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Introduce además el añadido “o las respectivas normas de las comunidades autónomas”, con lo que deberemos tener en cuenta al considerar esta circunstancia no solo los altos cargos contemplados en la LEAC, sino también las leyes reguladoras de los conflictos de interés de cada una de las comunidades autónomas.

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 15.1 LEAC, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. Esta prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario. El apartado tercero delimita las decisiones afectadas por esta incompatibilidad:

- a) *Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al derecho privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.*
- b) *Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.*

También limita la aptitud para contratar con la Administración durante los dos años siguientes a su cese: “los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración pública en la que hubieran prestado servicios,

21. Introducido por la DA 4.ª de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

22. El artículo 71.1 g) LCSP se corresponde con el contenido del artículo 60.1 f) TRLCSP, modificado por la DF 9.ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Sobre dicha modificación *vid.* LÓPEZ DONAIRE, Belén: “Comentario a las prohibiciones de contratar tras la modificación introducida en el TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *Gabilex*, núm. 4/2015.

directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía. Las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses” (artículo 15.5 LEAC).

3

Concreción de la prohibición de contratar y efectos

Las incompatibilidades contenidas en la LCSP, LOREG, LBRL, LI y LEAC deben ser analizadas en dos aspectos adicionales, como son la concreción de la participación del concejal como contratista –especialmente su grado de participación– y la extensión de su círculo familiar y afectivo. De la misma forma, el control de las incompatibilidades es previo a la contratación, sin perjuicio de que la incompatibilidad puede presentarse *a posteriori*.

3.1

Condición de contratista con la propia entidad

Como hemos visto, existe una incompatibilidad absoluta en el caso de que el concejal es contratista de la propia corporación de la que es miembro. El artículo 178 LOREG se refiere a la incompatibilidad de la condición de concejal con la de contratista o subcontratista de contratos, cuya financiación corra a cargo de la corporación municipal o de sus entes dependientes, independientemente de si es total o parcial.

En ocasiones la JEC ha determinado que la participación, aunque sea minoritaria, en sociedades que contratan con la propia corporación municipal incurre en la causa de incompatibilidad del artículo 178.2 d) LOREG²³. No obstante, se establecen límites máximos en el resto de las normas que regulan

23. En un caso de un concejal participe en un 33 % en sociedades que ocasionalmente contratan con la Corporación Municipal, la JEC acuerda que “considera que incurre en la causa de incompatibilidad con la condición de concejal prevista en el artículo 178.2.d) de la LOREG, consistente en ser contratista o subcontratista de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, el concejal que sea participe en un 33 por ciento de una sociedad que contrate con el ayuntamiento del que forma parte” (Acuerdo de 8 de abril de 2010). Otros ejemplos son un concejal que es administrador de una compañía que es contratista del suministro eléctrico de instalaciones y edificios municipales (Acuerdo de 25 de octubre de 2007) o un concejal

incompatibilidades, como el artículo 12.1 d) LI (de un 10 % “en el capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas”) o el 14.1 LEAC (“Los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración pública”). Como se ha defendido, es lógico que este límite –que por otra parte ya se encontraba en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, en vigor en el momento de aprobación de la LOREG– sea de aplicación también en este caso.

En conclusión, la incompatibilidad del artículo 71.2 d) LCSP alcanzará a todo aquel concejal que pretenda contratar con su propio ayuntamiento y entes dependientes, siempre y cuando su participación en la empresa contratista sea superior al 10 % de la sociedad.

3.2

Extensión de la prohibición de contratar

Un concejal no pierde su condición de electo por causas de amistad o parentesco con contratistas del ayuntamiento, ya que prima el principio democrático sobre el interés general. La consecución del interés general, así como la objetividad e imparcialidad en los procesos de contratación, se abordan a través del propio artículo 71.2 g) LCSP, que extiende la prohibición de contratar a “cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de los propios concejales, siempre que se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación”.

El tercer párrafo del artículo 60.1 f) TRLCSP disponía que “la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal”. Con la modificación introducida por la LRJSP se incorporaba una novedad relevante, ya

socio al 50 % de una sociedad que suministra materiales al ayuntamiento (Acuerdo de 3 de diciembre de 2001).

que no solo afectaba a los descendientes, sino también a los ascendientes, así como a los parientes en segundo grado por consanguineidad y las personas con las que tengan afinidad.

Finalmente se incorporó una condición, que es que dicha extensión debe interpretarse de forma restrictiva, ya que solo existirá dicha prohibición para el círculo familiar, afectivo o de afinidad “cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero”. Por tanto, deberá interpretarse si existe prohibición de contratar solo en caso de conflicto de intereses.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal²⁴ ha interpretado esta afectación en un caso en el que el padre de una concejala pretende presentarse a la licitación de un contrato iniciada por el ayuntamiento. En este caso, el contratista es ascendiente de la concejala, y según la Junta “no cabe duda de que la concejala pertenece al órgano de contratación y que su padre es el titular de la empresa que quiere licitar. Por tanto, existe un conflicto de interés real en la medida en que el Pleno de la Corporación es un órgano de naturaleza política, que toma sus decisiones por mayoría y en el que el sentido de la decisión puede estar afectado por la influencia de la concejala que es miembro de la Corporación Municipal”. Por lo tanto, concluye que efectivamente estamos ante una prohibición de contratar, que no variaría aun en el caso de que la concejala formara parte de la oposición en el Pleno municipal, ni tampoco si la empresa se presentase mediante una UTE, ya que en cualquier caso la concejala podría influir en la contratación. En conclusión, existe prohibición de contratar, ante lo cual solo cabe —si se pretende seguir adelante con la licitación— la renuncia a la condición de concejal, de acuerdo con el artículo 178 LOREG.

La propia Junta ha incidido en que no procede “una extensión apriorística, sino que es necesaria la concurrencia de un elemento que actúa como determinante de las personas en él incluidas, cual es el concepto de conflicto de intereses”. Lo hace en referencia a otra consulta sobre una empresa a contratar cuyo propietario y único administrador es el hijo y el marido de una funcionaria y de una empleada laboral del mismo ayuntamiento, respectivamente. La Junta afirma que “la figura del conflicto de intereses que (...) condiciona la extensión de una prohibición de contratar por causa del artículo 71.1.g) LCSP a determinados familiares, es un concepto de carácter independiente y autónomo —más amplio que el de la estricta prohibición de

24. Informe 3/17, de 27 de abril de 2017, *Posible incompatibilidad de concejal vinculada con una empresa que pretende participar en licitación del propio ayuntamiento*. Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

contratar— que se puede definir como la existencia de vinculaciones personales y reales susceptibles de poner en peligro el componente de imparcialidad en las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación y por ende, el cumplimiento con los principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores y de integridad que debe regir la contratación pública”. En este sentido, según el artículo 64.2 LCSP “el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación”.

Por tanto es necesario que exista un posible conflicto de intereses entre el potencial licitador y el personal al servicio del órgano de contratación, por lo que la prohibición no puede extenderse a los familiares de todo el ayuntamiento, lo que no implica, según concluye la Junta, “que el órgano de contratación se vea eximido de la obligación de analizar la posible concurrencia de un conflicto de intereses”, apreciación que deberán realizar de forma directa los órganos de contratación (artículo 72.1 LCSP).

Es conveniente poner de manifiesto que los órganos de contratación en el ámbito municipal son el pleno, el alcalde y las juntas de contratación, estas últimas de carácter potestativo. Así, corresponden al alcalde “las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros...” (DA 2.1 LCSP). En estos casos, el concejal puede no tener ninguna relación con la contratación que un familiar —o persona de su círculo próximo según el artículo 71.1 g) LCSP— pretenda celebrar con el ente local, por lo que —independientemente de que corresponde al órgano de contratación observar que las circunstancias de prohibición de contratar no se producen— no se produciría el posible conflicto de interés que pretende evitar la LCSP.

Por el contrario, siempre y cuando el pleno ejerza sus competencias como órgano de contratación —por el valor o duración del contrato— de acuerdo con el apartado anterior (DA 2.2 LCSP), se producirá una afectación generalizada de todos los concejales del consistorio, y sus respectivos familiares o personas vinculadas según el artículo 71.1 g) LCSP, en la que, no obstante, habría que comprobar que se produce el conflicto de interés con el titular del órgano.

En otros casos, como en el de las juntas de contratación –potestativas– de la DA 2.5 LCSP u otros órganos que intervienen en el proceso de contratación, como las mesas de contratación (artículo 326 LCSP), deberemos atenernos a la participación efectiva del concejal en particular, de forma que en caso de que esta se produzca provocará una suerte de “activación” de la prohibición de contratar o de la abstención del propio concejal en el proceso de contratación.

3.3

Efectos de la incompatibilidad y de la prohibición de contratar

Como ya se ha avanzado, en el caso de incompatibilidad del artículo 178.2 d) LOREG es el artículo 10 ROF el que regula el procedimiento. El concejal afectado debe comunicar a la corporación la posible incompatibilidad. El pleno municipal debe declarar la incompatibilidad y el concejal deberá escoger, en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que ha dado origen a incompatibilidad. Si no lo hiciera se entenderá que renuncia a su puesto de concejal. La incompatibilidad se produce en cualquier caso a partir del momento en que se dan ambas situaciones –concejal y contratista– de forma simultánea.

En el caso de la LCSP, su artículo 65 establece que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén incurso en alguna prohibición de contratar. La apreciación de la prohibición de contratar en determinados casos, incluido el que nos ocupa, corresponde a los órganos de contratación (artículo 72.1 LCSP). El incumplimiento de la prohibición de contratar tiene un efecto claro, como es el de la nulidad de pleno derecho, tal y como se establece en el artículo 39.2 a) LCSP, que incluye “el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71” de la propia Ley como una de las causas de nulidad.

Sin embargo, no es así en el caso de que el contratista esté afecto por ciertas circunstancias del artículo 71.1 g) LCSP –relaciones familiares, afectivas o de afinidad–; en tal caso, debería contemplarse la abstención si el concejal puede tener algún tipo de intervención en la contratación.

La figura habitual en el caso de posibles conflictos de intereses es la abstención. En el ámbito local, el artículo 76 de la LBRL establece que, “sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la delibera-

ción, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas. La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”.

En efecto, el artículo 23 LRJSP establece las circunstancias en las que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones se abstendrán de intervenir en el procedimiento. Entre dichas circunstancias encontramos las diferentes situaciones de incompatibilidad analizadas, como “tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquel; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado” (apartado a); “tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato” (letra b); o “tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar” (letra e).

Como norma general, de acuerdo con el artículo 23.4 LRJSP, la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas no supone, por sí sola, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, en este caso el contrato, sino que deberá probarse que su intervención ha tenido una influencia determinante en la decisión. En el caso de los concejales la cuestión no es tan clara, a pesar de la remisión del artículo 76 LBRL, ya que la regulación de la abstención está más pensada para el personal que para los electos, que ostentan un mandato representativo y no tienen un superior jerárquico²⁵. En cualquier caso, a pesar de que formalmente es posible la abstención del concejal, y puede darse en diferentes circunstancias²⁶, en el caso de la participación del concejal como contratista, de acuerdo con el artículo 178 LOREG, se produce incompatibilidad y por tanto nulidad.

25. En este sentido, es interesante la reflexión de Francisco VELASCO CABALLERO al respecto: “¿Cuándo deben abstenerse los concejales?”, blog del Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid, 15 de enero de 2015 [accesible en <http://www.idluam.org/blog/cuando-deben-abstenerse-los-concejales/>].

26. Sobre el particular, *vid.* FIBLA NICOLAU, Carme: “Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios)”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 23, junio de 2010, pp. 181-189.

4

Conclusiones

Existe la discusión sobre si estamos ante una incompatibilidad por parte de un concejal o ante una prohibición de contratar por parte de la Administración; hay que decir que nos encontramos con un sistema dual. En el primer sentido, el concejal está sometido a un régimen de incompatibilidades, entre las cuales ser contratista con la corporación de la que es miembro. Ello tiene implicaciones, entre las cuales la necesaria elección entre una de las condiciones, incompatibles, de concejal y contratista. Se trata de una situación que se produce en el momento en el que ambas condiciones se producen de forma simultánea, ya sea en el momento de la toma de posesión o de forma sobrevenida *a posteriori*.

No obstante, también nos encontramos con una prohibición de contratar por parte del sector público local, en tanto que impide la formalización de un contrato en el que un concejal de la corporación tenga la condición de contratista. En este sentido, a pesar de que se ha afirmado que no estamos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de “moralidad pública”²⁷, debemos confirmar que nos encontramos en una situación que afecta en los dos sentidos. Por un lado, la incompatibilidad, y por otro, la prohibición de contratar.

El artículo 71.1 LCSP impone la prohibición de contratar cuando se den determinadas circunstancias, que afectan a los concejales de un consistorio. Por un lado, dicha prohibición supone la imposibilidad de que sean parte de un contrato administrativo, que en caso de producirse sería nulo de pleno derecho. Por otra parte, afecta a la incompatibilidad de dichos concejales para contratar con la propia corporación. En primer lugar por su condición de miembros electos de la corporación, según se establece en la LOREG, y por otro por el hecho de percibir una retribución pública, por lo que deben sujetarse a la regulación sobre incompatibilidades de la LI.

No obstante, tanto la prohibición de contratar por parte del sector público local como la incompatibilidad por parte del concejal para contratar no son absolutas, sino que deben interpretarse adecuadamente. En primer lugar, el

27. “En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de ‘moralidad pública’ para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; (...) en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato (...)”; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) *de 31 mayo 2004*, RJ 2004\3932, FJ 3.º.

propio artículo 71.1 g) LCSP, si bien prohíbe la contratación de forma directa al concejal, la modula en dos aspectos. Por un lado, la prohibición afecta a la contratación con el propio ente local, pero modula su aplicación respecto a los entes dependientes, de forma que deberá aplicarse de forma restrictiva dicha prohibición a la contratación con los organismos directamente dependientes de la Administración local, lo que no incluiría los entes en los que participa, como es el caso, por ejemplo, de las mancomunidades. En segundo lugar, debemos aplicar también de forma restrictiva la prohibición de contratar del ámbito familiar, afectivo y de afinidad del concejal, lo que nos remite al posible conflicto de intereses entre el contratista y el titular del órgano de contratación. En este caso es el propio órgano de contratación el que deberá apreciar, caso por caso, si se produce un conflicto de intereses y si es oportuno imponer una prohibición de contratar. Siempre será preferible optar por otras vías, como la abstención, y solo como última opción la prohibición de contratar. Se trata de evitar de esta forma una aplicación restrictiva y automática de la prohibición de contratar, impidiendo la exclusión de determinados contratistas de forma desproporcionada y garantizando para el propio ente local la posibilidad de optar por todas las opciones disponibles en el mercado.

Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio: algunas cuestiones problemáticas

JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. Introducción
2. Los precios de mercado y el desglose del presupuesto base de licitación
3. Los costes laborales
4. Los objetivos de calidad
5. Otros costes
 - 5.1. Los tributos
 - 5.2. Los gastos de dirección del contrato y de coordinación de seguridad y salud de las obras
 - 5.3. Los gastos derivados de contratos previos
6. Conclusiones

Resumen

El trabajo investiga, desde un prisma práctico, algunas de las principales cuestiones problemáticas que conlleva la valoración económica de los contratos del sector público.

Así, en primer lugar, se analiza lo relativo a los precios de mercado en su acepción de referencia base del valor monetario del contrato, así como lo concerniente a la obligación de desglose del presupuesto base de licitación. Seguidamente se aborda la consideración de los costes laborales, con especial incidencia en la relevancia que tienen en este tema los convenios colectivos. En tercer lugar, se estudia la fijación de precios por objetivos de calidad. Y, por último, se entra a examinar otros posibles costes que acostumbran a incluirse por los órganos de contratación como imputables al contratista.

Artículo recibido el 14/10/2019; aceptado el 12/12/2019.

Palabras clave: *presupuesto base de licitación; valor estimado; precio; desglose; costes laborales; precios por objetivos.*

Bidding base budget, estimated value and price: some problematic questions

Abstract

The article studies, from a practical perspective, some of the main problematic issues involved in the economic assessment of public sector contracts.

Thus, in the first place, the market price is analyzed in its baseline sense of the monetary value of the contract, as well as the obligation to breakdown of the bidding base budget. Next, the consideration of labor costs is addressed, with special emphasis on the relevance of collective agreements in this area. Thirdly, the pricing for quality objectives is studied. And finally, the article analyses other possible costs that are usually included by the contracting bodies as attributable to the contractor.

Keywords: bidding base budget; estimated value; price; breakdown; labor costs; price by targets.

1

Introducción

Los aspectos relativos al presupuesto base de licitación, valor estimado y precio de los contratos no son nada pacíficos. Y no lo son desde su mismo origen, toda vez que la –reiterada– utilización por parte del legislador de denominaciones diferentes para referirse al valor del contrato viene generando cierta confusión, dando lugar a intervención de los tribunales y de la doctrina con el fin de delimitar conceptualmente esos términos¹.

La complicación se acrecienta, a efectos prácticos, a la hora de computar los antedichos conceptos, ya que, a nivel normativo, se vienen configurando

1. Acuerdo 92/2015, de 5 de octubre de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2017, rec. 418/2015, y Resolución 1171/2017, de 15 de diciembre de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

vinculados –directa o indirectamente– a diversos elementos como, por ejemplo, los valores de mercado, los costes laborales o los objetivos de calidad. A su vez, a esto se suma la exigencia de desglose de alguno de esos conceptos, diferenciando costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, lo cual termina por enmarañar aún más el panorama.

En última instancia, se deduce que el legislador busca que lo que podríamos calificar como “valor del contrato”, bajo las diferentes denominaciones empleadas, encierre todos los costes y gastos que repercutan en la ejecución del objeto del mismo, eludiendo excluir algunos de estos costes en favor de alguna de las partes.

Analicemos, pues, las principales cuestiones problemáticas que se generan, fundamentalmente desde una óptica práctica, a la hora de calcular y formular el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio de los contratos.

2

Los precios de mercado y el desglose del presupuesto base de licitación

Dispone el artículo 100.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que, a los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario.

El apartado 2 de ese mismo precepto, de un lado, liga el presupuesto base de licitación a los precios de mercado, y de otro, requiere su desglose diferenciando costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

Por su parte, los artículos 101.7 y 102.3 de la misma norma también enlazan el valor estimado y el precio, respectivamente, con los precios habituales en el mercado.

La exigencia de que, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación del contrato, se tengan en cuenta los valores de mercado, se basa en los principios de eficiencia y de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto. El valor económico del contrato deberá ser adecuado para el efectivo cumplimiento del mismo, y tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna

de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como asegurar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa².

Es más, el desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato, que pueden dar lugar a la resolución del mismo. Por ello, los órganos de contratación deberán, tanto al determinar los presupuestos de los contratos como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación³. Tales estudios únicamente tendrán carácter vinculante, actuando entonces como carga, límite u obligación jurídicamente exigible al licitador, cuando así se prevea expresamente en el pliego de prescripciones técnicas o en el de cláusulas administrativas particulares del contrato en cuestión, siendo de carácter estimativo en caso contrario⁴.

Obvia, sin embargo, el texto legal el significado del término “precios de mercado”, lo que obliga a completar la laguna legal por vía interpretativa. En primera instancia, entenderemos que, en fase de preparación del contrato, los precios del mercado son aquellos que se corresponden con la realidad del mercado en cada momento, teniendo en cuenta los componentes de la prestación en el escenario económico y legal en que se desarrolla⁵. En consecuencia, la fijación del importe del contrato en función de los valores de ese mismo contrato en años anteriores no justifica, *per se*, que el mismo se adapte a los costes reales⁶.

No obstante, los auténticos “precios de mercado” se obtienen no en el momento de fijar el presupuesto base de licitación, donde solo hay una mera estimación, sino en una fase posterior, la de la licitación, cuando, en el seno

2. Resolución 43/2017, de 2 de marzo de 2017, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y Resolución 23/2018, de 12 de enero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

3. Resolución 83/2018, de 22 de marzo de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

4. Resolución 325/2018, de 6 de abril de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

5. Acuerdos 45/2014, de 7 de agosto de 2014, 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, y 54/2014, de 26 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

6. Resolución 9/2016, de 22 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

de un procedimiento de concurrencia competitiva, se logra el precio más bajo o el mejor valorado en combinación con el resto de criterios de adjudicación⁷.

Teniendo en mente estas precisiones, pueden servir como referencia para estimar el presupuesto base de licitación aquellos precios que figuren en catálogos de precios, honorarios profesionales fijados por los Colegios o Asociaciones, tarifas aprobadas por las respectivas empresas, convenios colectivos, etc.⁸. Eso sí, el baremo de honorarios de un colegio profesional es un documento orientativo, y ni es obligatorio para los profesionales, ni supone necesariamente la referencia para todos los precios y actuaciones. Así, ese baremo no puede tenerse en cuenta por sí solo para evaluar lo que pudieran ser precios de mercado, sobre todo en ámbitos profesionales donde la libertad de pactos es muy acusada e inciden multitud de circunstancias a la hora de la fijación de los honorarios profesionales⁹.

Ampliando la argumentación, hay que colegir que no pueden contemplarse gastos que no sean reales o que trasladen una inseguridad al contratista al desconocer el importe real del coste al que se enfrenta, ni tan siquiera bajo el cobijo del principio de libertad de pactos reconocido en el artículo 34.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual no puede ir en contra del interés público, el ordenamiento jurídico o los principios de la buena administración¹⁰.

Ahora bien, esta delimitación del presupuesto base de licitación en función de los valores de mercado es solo una primera tarea para el gestor del procedimiento de contratación, la segunda –y quizás más difícil– viene a la hora de desglosar ese presupuesto en costes directos, costes indirectos y otros gastos. Bien entendido que ese desglose coadyuva a la transparencia, a la eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el control del gasto público, a la mayor credibilidad de las prestaciones en licitación, a la valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, a la correcta presentación de ofertas por las empresas (al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual, o en su caso de las contraprestaciones que recibirán

7. BLANCO LÓPEZ, F., “Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 141, Sección Reflexiones, enero 2016, La Ley.

8. PALACÍN SÁENZ, B., “El nuevo presupuesto base de licitación. Costes directos e indirectos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5, Sección Contratación del sector público, mayo 2018, p. 81, Editorial Wolters Kluwer.

9. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *op. cit.* en nota al pie núm. 2, y Resolución 65/2018, de 25 de febrero de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

10. Sentencias 1935/2013, de 11 de noviembre de 2013, y 2232/2013, de 20 de diciembre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid.

por la ejecución del contrato), a una mayor concurrencia y competencia (real y efectiva) y, en definitiva, a una correcta ejecución contractual a través la mejoría en la relación calidad/precio¹¹.

Así, la primera misión con el objeto de descomponer el presupuesto base de licitación del contrato será la de discernir entre costes directos y costes indirectos. El coste directo sería aquel que se vincula a los centros y actividades del proceso de transformación de los productos, bien a través de las relaciones factor-proceso o proceso-producto. Esta vinculación a centros o a productos se realizará sin necesidad de aplicar método de reparto alguno (estos costes se acomodan proporcionalmente a la potencia o volumen productivo de la actividad contratada). Por su parte, los costes indirectos los configurarían aquellos importes que no pueden relacionarse inmediatamente con un objeto de coste (centro, actividad) concreto y, como consecuencia, deben imputarse mediante un criterio o clave de reparto¹².

Serían ejemplos de costes directos la mano de obra, las materias primas, los gastos financieros, las costas comerciales, las tarifas y honorarios u otros costes derivados de subcontrataciones e imputables en exclusiva al contrato en cuestión (fungibles, transportes, tareas de mantenimiento y conservación, arrendamientos, seguros, etc.). Por el contrario, constituirían arquetipos de costes indirectos los gastos generales (gestión de la empresa, personal estructural de la empresa, energía y otros servicios comunes, tributos o impuestos abonados por la actividad económica o sus infraestructuras, etc.), el beneficio industrial y, en general, cualquier otro desembolso que no guarde una relación directa con el objeto contratado.

No obstante, al margen de estas apreciaciones ubicadas en el plano teórico, lo verdaderamente complicado es descender a nivel práctico y disgregar los variados conceptos que componen el presupuesto base de licitación. Y esta complicación se advierte especialmente en algunos tipos de contratos, como los de servicios, por no hablar del supuesto de los contratos de suministros donde la complicación se transforma casi –y a veces sin el casi– en imposibilidad (una posible solución –parcial, eso sí– sería que, en el caso de los contratos de servicios y suministros, para la determinación de los gastos

11. Resolución 46/2018, de 12 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia; Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, *op. cit.* en nota al pie núm. 3, y PALACÍN SÁENZ, B., *op. cit.* en nota al pie núm. 8.

12. Resolución de 28 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se regulan los criterios para la elaboración de la información sobre los costes de actividades e indicadores de gestión a incluir en la memoria de las cuentas anuales del Plan General de Contabilidad Pública.

generales y beneficio industrial se acudiera como referencia a la normativa expresa de los contratos de obras).

Ante esta tesitura, nos encontramos con dos planteamientos claramente enfrentados. En un bando se ubican aquellos que entienden que, en el contrato de suministros, el desglose del precio no ha de ser obligatorio para el órgano de contratación, quien podrá optar por su desagregación o por su tratamiento unificado. Y esto porque en tales contratos, en primer lugar, no existe un coste de personal directamente vinculado al objeto contractual; en segundo lugar, los costes directos e indirectos son difícilmente determinables (indeterminación que se hace más evidente en los múltiples casos en que el licitador no es el productor sino un distribuidor), y, en último lugar, no existe razón de protección de derechos sociales que justifique la segregación (es más, la distinción podría atentar contra el principio de secreto mercantil)¹³.

En el bando opuesto se sitúan quienes concluyen que, aunque es evidente que la norma no está exigiendo para el contrato de suministro el desglose de los costes directos e indirectos que tiene cada empresa en relación con un determinado producto (ya que los mismos son desconocidos para el órgano de contratación, pueden variar mucho entre las empresas que lo fabriquen en función de su organización o desarrollo tecnológico e incluso hay empresas que no lo fabrican y son simples distribuidoras), la falta de desmembración del presupuesto de licitación, así como la ausencia de acreditación de la efectiva adecuación a valores de mercado de la valía de las prestaciones objeto del contrato, supone una vulneración del artículo 100 de la Ley de Contratos del Sector Público. Y este extremo además es determinante de la falta de proporcionalidad de las obligaciones que corresponden a las partes durante la ejecución del contrato, en cuanto a que no está garantizado el equilibrio entre ellas, de forma tal que ninguna obtenga un enriquecimiento injusto¹⁴.

Los partidarios de esta segunda tesis subrayan, al mismo tiempo, que la obligación que impone el artículo 100.2 de la Ley 9/2017 es clara y precisa, suponiendo su incumplimiento la omisión de unos datos cuyo conocimiento es trascendental para la adjudicación y ejecución del contrato, pues sirve para justificar un correcto cálculo del valor estimado, garantizando que la fijación del precio es ajustada a derecho, influyendo en la admisión o el rechazo de las ofertas que incurren en presunción de temeridad, constituyendo la base a partir de la cual debe velar el órgano de contratación por la correcta ejecución

13. Resolución 3/2019, de 9 de enero de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

14. Resolución 231/2018, de 30 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y Resolución 18/2019, de 15 de febrero de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

del contrato, en cumplimiento de las normas convencionales, una vez formalizado¹⁵.

Esta misma línea argumental termina coligiendo que cualquier acepción genérica o confusa en la definición de las prestaciones del contrato o en su remuneración comporta para el licitador inseguridad jurídica, que conlleva la vulneración del artículo 100 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, lo que implica la nulidad de las cláusulas a las que afecte¹⁶. Sin embargo, es necesario contar con legitimación bastante para poder impugnar los aspectos relativos a estas cuestiones, de tal suerte que, por ejemplo, un sindicato no tiene legitimación para recurrir el desglose de los costes del presupuesto base de licitación dado que no hay conexión suficientemente fundada entre la pretensión y los derechos de los trabajadores, sino que se trata de una conexión genérica e hipotética¹⁷.

Como remate final de este apartado, conviene precisar que el presupuesto base de licitación no es la retribución del contratista, por lo que no es procedente, con carácter general, examinar las partidas presupuestadas –y desglosadas– del mismo para reclamar, en fase de liquidación contractual, el valor estimativo de cada una de ellas, pues la Administración a lo que viene obligada es al abono de la prestación realmente ejecutada con arreglo al precio convenido, no con arreglo al presupuesto de licitación inicial¹⁸.

3

Los costes laborales

El –tantas veces citado– artículo 100 de la Ley de Contratos del Sector Público, *in fine* de su apartado 2, asocia el presupuesto base de licitación con el coste de los salarios, conminando, además, a que su desglose se efectúe con desagregación de género y categoría profesional a partir del convenio laboral de referencia.

A la par, el artículo 101 del mismo cuerpo normativo, a efectos de calcular el valor estimado, obliga a considerar “los costes derivados de la apli-

15. Resolución 632/2018, de 29 de junio de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

16. Resolución 60/2018, de 20 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

17. Resolución 24/2019, de 1 de febrero de 2019, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi.

18. Sentencia de la Audiencia Nacional, *op. cit.* en nota al pie núm. 1, e Informe 8/2018, de 10 de octubre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

cación de las normativas laborales vigentes”, precisando que en los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, como normativa laboral a tener en cuenta, se atenderá especialmente a los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales vigentes que sean de aplicación.

Prosigue la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en su artículo 102.3, emparentando al precio con el valor estimado (con lo que, por vía indirecta, sobre el precio influyen los costes laborales), a la vez que remarca que “En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.

Y a todo ello se suman las previsiones del artículo 201 de la referida Ley 9/2017, las cuales, por un lado, intiman a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen, entre otras, las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos, o por las disposiciones de derecho internacional social y laboral que vinculen al Estado, y en particular las establecidas en el anexo V; por otro, otorgan la potestad a los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones antedichas; y por último, disponen que el incumplimiento de las obligaciones referidas anteriormente y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 de la sobredicha Ley.

Las exigencias de que el presupuesto base de licitación y el valor estimado tengan en cuenta ciertos elementos de coste derivado de convenios colectivos o normas laborales o sociales, se dirigen a garantizar el mandato legal de que la valoración económica del contrato se ajuste al mercado (artículo 100.2 de la Ley 9/2017) y a asegurar la publicidad y precisión en estos aspectos¹⁹. Y esto es así hasta el extremo de que serán nulos los pliegos que reflejen un presupuesto de licitación insuficiente que no tenga en cuenta todos los costes laborales, y que, por ende, impidan a los licitadores participar en el proce-

19. Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, *op. cit.* en nota al pie núm. 17.

dimiento cumpliendo la legislación laboral²⁰. Ahora bien, siendo imperativo legal que los costes de la mano de obra se reflejen tanto en el presupuesto base de licitación como en el valor estimado, lo que chocaría con la norma sería repercutir tales costes en el contrato por vía de la revisión de precios²¹.

Llegados a este punto, la cuestión a debatir es si, a los efectos que estamos analizando, los convenios colectivos poseen eficacia vinculante o, por el contrario, sus efectos son meramente informativos. Y parece que la tendencia doctrinal ha sufrido variaciones al respecto.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de 2017 la postura de la doctrina era clara: los convenios colectivos tienen un carácter informador y no vinculante. De este modo, el principio general sería que la Administración ha de operar ajena a las disposiciones de los convenios colectivos que rigen en el sector de la actividad objeto de la licitación, puesto que no es parte de los mismos, si bien el poder adjudicador ha de tener como referencia necesaria los salarios y las remuneraciones derivadas del correspondiente convenio colectivo y la legislación contractual según tipos de contratos, ya que son fuente de conocimiento a efectos de determinar un presupuesto de licitación adecuado a mercado, y debiendo en todo caso sus estudios presentar un nivel de desagregación suficiente (para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas, al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual). Por consiguiente, la entidad contratante tenía plena libertad para definir el objeto del contrato conforme a las disponibilidades presupuestarias y a las circunstancias concurrentes²².

Sin embargo, este criterio es revisado con la actual normativa de contratación pública en la mano, de tal modo que, hoy en día, gozan de especial transcendencia los convenios colectivos sectoriales de aplicación, para garantizar la cobertura de los costes laborales derivados de la ejecución del contrato de servicios en los que resulte esencial la mano de obra de los trabajadores de las empresas contratistas; por lo que las normas convencionales no pueden resultar ajenas al poder adjudicador a la hora de fijar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato²³.

20. Resolución 98/2016, de 25 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

21. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, *op. cit.* en nota al pie núm. 16.

22. Resoluciones 281/2012, de 5 de diciembre de 2012, y 102/2018, de 11 de abril de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

23. Resolución 827/2018, de 24 de septiembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Consecuentemente, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución. Es más, resulta necesario que el poder adjudicador identifique el convenio laboral de referencia y que conste el desglose de los costes salariales²⁴.

Bien es cierto que esta última apreciación es discutida por aquellos que arguyen que no cabe la posibilidad de que, a través de la fuerza vinculante de los pliegos, se obligue al adjudicatario a la aplicación de un convenio colectivo concreto, dado que se obstaculizaría la libre competencia; se penalizaría a las empresas que se han acogido a opciones legales para conseguir un coste laboral inferior, mediante la aplicación de un convenio de empresa o un descuelgue de convenio; y los pliegos no se ajustarían al mandato de buscar el “precio general del mercado”, porque impondrían a todos los licitadores la obligación de pagar unos determinados salarios, con independencia del convenio aplicable según la normativa laboral, lo que encarecería el coste de la prestación y el precio que vaya a abonar el poder adjudicador²⁵.

A causa de esta nueva postura de la doctrina, no exenta de críticas –dicho sea esto de paso–²⁶, habría que plantearse si es admisible que el precio por hora ofertado por el licitador sea inferior al precio por hora del convenio de aplicación. A primera vista, parecería que no cabría admitir, bajo ningún concepto, ofertas que contrariaran los acuerdos derivados de la negociación colectiva, si tenemos presente que al órgano de contratación se le exhorta –extensamente– a asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales por parte de los licitadores, y –de modo simultáneo– los convenios colectivos se juzgan como vinculantes. Ahora bien, en mi modesta opinión, la conclusión no es tan evidente.

Las relaciones entre la Administración y el licitador vienen reguladas por el contrato administrativo, por lo que el precio ofertado por hora solo se refiere al precio que la Administración deberá pagar al licitador que resulte adjudicatario por la realización de dichas horas, pero no al precio que este

24. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *op. cit.* en nota al pie núm. 15.

25. Resolución 59/2017, de 16 de mayo de 2017, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi.

26. PERALTA BARRIOS, J., “De los costes salariales y la imposibilidad de incorporar sus incrementos en los contratos públicos”, *Diario La Ley*, núm. 9352, Sección Tribuna, 6 de febrero de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

tiene que abonar a los trabajadores que las ejecuten, los cuales deben cobrar con arreglo a la legislación laboral. Aspecto este último que –actualmente– deberá controlar y asegurar el órgano de contratación en primera instancia, y los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social en ulterior término²⁷.

Así, el precio ofrecido por el licitador significa que este es el precio que facturará al órgano de contratación por los servicios que le preste, pero dicho precio –como se acaba de decir– no tiene por qué coincidir con el coste de esas horas de trabajo para la empresa adjudicataria, o dicho de otro modo, con lo que la empresa abonará a sus trabajadores, no llevando consigo por tanto que el licitador vaya a incumplir la normativa laboral y convencional, puesto que los precios por hora de trabajo propuestos han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta, y el órgano de contratación debe entenderse ajeno a los componentes del coste que los licitadores hayan tomado en cuenta para formular sus proposiciones, no careciendo de lógica que pueda hacerse una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo. En consecuencia, no cabría la exclusión de la oferta cuando el precio por hora ofertado se sitúe por debajo del precio por hora del convenio de aplicación (salvo que la misma se encuentre en presunción de anormalidad y esta no se acredite debidamente)²⁸.

Dejando el debate abierto en la anterior cuestión, en otro orden de cosas, hay que advertir que la entidad contratante no tiene obligación de fijar el valor estimado y el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, pues el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público permite al órgano de contratación estar al coste real del servicio en los doce meses inmediatamente anteriores a la licitación²⁹.

De igual forma, las listas de personal a subrogar indican el personal incluido y su antigüedad, pero no pueden utilizarse directamente para el cálculo del coste mensual del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta, además de las personas a subrogar, los salarios/hora de las distintas categorías de trabajadores, según el convenio aplica-

27. Resolución 173/2018, de 23 de febrero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

28. Resolución 111/2019, de 11 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

29. Resolución 270/2017, de 27 de septiembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

ble, y las horas previstas en el pliego para la ejecución de la prestación. Así, la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas que se venían prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones³⁰.

Por otro lado, la no inclusión en el presupuesto base de licitación de los costes de un trabajador con derecho a subrogación, en nada influye en los derechos salariales o de cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables³¹.

Lo que no procede incluir en el presupuesto de licitación son los eventuales costes de despido de los trabajadores, porque es una decisión que entrará en la esfera del riesgo y ventura del contratista (y esta conclusión no varía aunque exista obligación de subrogación de trabajadores y el pliego contemple un número de ellos menor que el pliego anterior). Los costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato, dado que no están remunerando prestación alguna³².

De igual forma, el órgano de contratación debe considerarse ajeno a los componentes del coste que los licitadores deben haber tomado en consideración para formular la oferta, por lo que solo cabe atender al precio ofertado, sin descontar ni homogenizar con ningún tipo de cálculo la oferta del licitador. Por consiguiente, no cabe incrementar los precios en base a costes que han de suponerse considerados en el conjunto de la oferta (como por ejemplo los de seguridad social)³³.

Finalmente, regresando al tema del desglose de los costes, habría que precisar que la desagregación de los costes salariales mediante la aplicación de porcentajes no da cumplimiento al reiterado artículo 100.2, cuando de la realidad del estudio económico se desprende la existencia de diversas categorías profesionales, diversas jornadas y diversos conceptos de gastos, como por ejemplo indemnizaciones. En estos supuestos, la información del pliego de cláusulas administrativas particulares debería completarse mediante la

30. Resolución 350/2017, de 22 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

31. Resolución 128/2018, de 2 de octubre de 2018, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi.

32. Resoluciones 156/2019, de 22 de febrero de 2019, y *op. cit.* en nota al pie núm. 2 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

33. Resolución 336/2018, de 6 de abril de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

publicación de la memoria económica, volviendo a convocar la licitación de conformidad con el artículo 136.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre³⁴.

4

Los objetivos de calidad

Según recoge el artículo 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado.

Al margen de esta prevención general, el apartado 6 del propio artículo 102 posibilita el establecimiento de precios variables, al estipular que “los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso”.

Lo primero que debe remarcarse de esta regulación es que el precio de los contratos debe ser cierto, verdadero, seguro, indubitado y determinado. Esta prescripción, sin embargo, no es contraria a la eventualidad de que las prestaciones del contrato se instituyan en función de las necesidades, es decir, es conforme con la legalidad vigente que el número total de prestaciones, entregas o servicios no se definan con exactitud al tiempo de la preparación o celebración del contrato, por encontrarse subordinados a las necesidades administrativas, recogiendo simplemente un presupuesto máximo³⁵. Pero, si no es posible prever con antelación el número exacto de prestaciones, entregas o servicios que constituyen el objeto del contrato, los pliegos de cláusulas administrativas particulares estimarán una cantidad, requisito este fundamental para determinar el presupuesto del contrato y para que los licitadores conozcan la dimensión del objeto contractual a la hora de realizar sus ofertas³⁶.

34. Resolución 57/2019, de 6 de febrero de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

35. Resolución 1192/2018, de 28 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

36. Resoluciones 2011/2014, de 29 de octubre de 2014, y 237/2015, de 7 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y 11/2017, de 18 de enero de 2017, y 88/2018, de 22 de marzo de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

E igualmente, en estos casos, deben quedar plenamente determinados en los pliegos los precios unitarios que rigen la licitación³⁷.

Dilucidada esta cuestión preliminar, la segunda cuestión a anotar es que la previsión de precios por objetivos no es aplicable, de forma general, a todos los contratos, sino que solo es viable en aquellos en los que “su naturaleza y objeto lo permitan”, esto es, este sistema de determinación del precio será factible, exclusivamente, en aquellos contratos cuya ejecución sea susceptible de ser conectada a propósitos de calidad.

Hay que aclarar, de la misma manera, que no deben confundirse la variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos ni con la revisión de precios ni con la imposición de penalidades³⁸. Mientras que la revisión de precios responde a elementos externos (evolución de los costes y de precios, fundamentalmente), los precios variables atañen a aspectos internos en fase de ejecución del contrato (observancia de determinados objetivos de plazos o rendimiento). Y mientras que las penalidades tienen su origen en una mora o ejecución defectuosa del contrato, la variación en los precios es un sistema de determinación de estos en razón a la consecución de unas concretas finalidades de calidad.

Será, en todo caso, en los pliegos que rigen el contrato donde tendrá que fijarse con precisión el régimen para determinar cuantitativamente la reducción del precio en la parte variable, en caso de incumplimiento de los indicadores de calidad. Por ello, deberán especificarse cuestiones como los criterios de ponderación del incumplimiento de tales indicadores, los porcentajes de incumplimiento, la necesidad o no, para que se produzca la modulación de la parte variable del precio, de que se cumplan todos los indicadores, o si, por el contrario, basta para ello el incumplimiento de un solo o de varios de ellos³⁹. En otras palabras: aunque el precio sea variable, debe ser un precio determinable que cumpla con el principio de precio cierto que ampara el artículo 102.1 de la Ley de Contratos del Sector Público⁴⁰.

Abundando al respecto, hay que destacar que la aplicación de los indicadores de calidad está subordinada a lo regulado en los pliegos, atendiendo al carácter contractual de estos y a su aceptación por parte del contratista,

37. Resolución 165/2013, de 16 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

38. MOREO MARROIG, T., “Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato”, en GAMERO CASADO/GALLEGO CÓRCOLES, *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2018.

39. Sentencia 119/2019, de 8 de marzo de 2019, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

40. Informes 52/09, de 26 de febrero de 2010, y 59/11, de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

mediante su participación en el proceso de contratación y la formalización del propio contrato⁴¹.

Inciendiando en esta misma dirección, diremos que el procedimiento administrativo para aplicar los precios variables será el que se contemple en los pertinentes pliegos, con lo que, si el pliego regula dicho procedimiento –lo que debiera ser así–, no podrá invocarse la utilización por vía supletoria del previsto en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, ya que –como se acaba de apuntar– los pliegos son ley del contrato y han sido aceptados por los licitadores al participar en la licitación y, en el caso del adjudicatario, además en la suscripción del contrato⁴².

Bien es cierto que, aunque es admisible gran discrecionalidad a la hora de regular en los pliegos el procedimiento para la aplicación de los indicadores de calidad, queda prohibido que tal procedimiento genere indefensión al contratista⁴³. Aún más, el hecho de que el contratista no formule alegaciones a la relación valorada no denota aquiescencia con la misma⁴⁴, siendo, además, las relaciones valoradas susceptibles de ser impugnadas de forma autónoma⁴⁵.

Cabe, por otro lado, preguntarse si los objetivos de plazos o de rendimiento que pretenden obtenerse han de derivar del propio contrato en cuyo clausulado se incluyen, o bien pueden obtenerse como consecuencia del procedimiento para la adjudicación o de la ejecución de un contrato posterior respecto del cual aquel tiene un carácter instrumental. En primera instancia, se ha de tener en cuenta que, de conformidad con lo proclamado en el artículo 34.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la contratación pública está presidida por el principio de la libertad de pactos, siempre que no se rebase ninguno de los límites que el propio precepto menciona (el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración). Pues bien, no parece que, de inicio y con carácter general, pueda proclamarse que el hecho de vincular la cuantía definitiva del precio de un contrato concreto al hecho de que se cumplan determinadas condiciones durante la adjudicación y/o ejecución de otro contrato en relación con el cual aquel tiene un carácter instrumental, en el

41. Sentencias de la Sección 8.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2018, recs. 308/2015 y 279/2016.

42. Sentencia 201/2019, de 22 de marzo de 2019, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

43. Sentencia de la Sección 8.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2018, rec. 608/2014.

44. Sentencias 634/2018 y 635/2018, de 31 de octubre de 2018, y 29/2019, de 16 de enero de 2019, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

45. Sentencias 66/2019 y 67/2019, de 30 de enero de 2019, de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

sentido de que el resultado de los trabajos realizados durante su ejecución son determinantes para la configuración técnica o para el buen desarrollo del proceso de ejecución del segundo, suponga una vulneración de lo que exige la salvaguarda del interés público o de lo que determina la normativa vigente sobre contratación pública, pues se ha de tener en cuenta que, del tenor literal del artículo 102.6 de la Ley 9/2017 antes mencionado, en ningún caso se deduce que el precio que pudiera experimentar variaciones en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento incluidos en los pliegos, ha de ser el del mismo contrato en cuyo clausulado se insertan tales pliegos, es decir, que el precepto no se opone expresamente a que el cumplimiento de los objetivos de que se trate aparezca vinculado a un contrato diferente. Estaríamos, por tanto, en presencia de un contrato en el que la percepción de todo o parte del precio por el contratista estará sujeta al cumplimiento de una determinada condición futura, que es la que hará posible su determinación, práctica en absoluto desconocida en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁶.

Como ejemplo típico de la posible vinculación e interrelación jurídica entre varios contratos (y más concretamente, que el precio cierto de un determinado contrato dependa de la licitación y/o ejecución de otro), podemos traer a colación los contratos relativos al servicio de mediación de seguros, en los que la retribución definitiva del corredor dependerá tanto del porcentaje sobre la prima neta del coste del seguro que resulte aplicable, y que habrá de satisfacerse no por la Administración, sino por la compañía aseguradora que resulte adjudicataria en el contrato de aseguramiento que habrá de licitarse posteriormente, como del volumen de pólizas suscritas durante la ejecución de este último contrato⁴⁷.

El problema en la praxis deriva del correcto diseño de esta modalidad contractual para una Administración pública, donde existen una serie de incógnitas prácticas que pueden cuestionar los principios de integridad y eficiencia exigibles en el sector público, vinculados directamente al derecho fundamental a una buena administración, ya que existe un irresoluble conflicto de intereses si la misma persona asesora a la Administración –defendiendo lógicamente los intereses generales que está llamada a servir esta– y a la vez media en el contrato a realizar. Y el conflicto existe porque, a su vez, el mediador tendrá mayor interés en que se realice el contrato con una aseguradora en lugar de con otra en razón de la mejor retribución que por su mediación

46. Informe 2/2012, de 3 de mayo, de la Junta de Contratación Administrativa de Extremadura.

47. Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 10684/2004, y Acuerdo 51/2012, de 27 de noviembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

pueda obtener de esa aseguradora. Y como, según la lógica de los negocios, el interés de la aseguradora y el del tomador del seguro (en el caso la Administración) no son coincidentes, el mediador que actúe al servicio de ambos estará, por la naturaleza de las cosas, favoreciendo a una y perjudicando al otro. De ahí la importancia de justificar en el expediente, *ex* artículo 28 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la necesidad, idoneidad y eficiencia del contrato⁴⁸.

Por último, y ya en otro terreno, debe matizarse que la inclusión en un contrato de cláusulas de variación de precios ligadas al logro de objetivos no significa la transferencia de riesgo operacional al contratista, ya que el riesgo operacional consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario⁴⁹.

5

Otros costes

5.1

Los tributos

Como ya se ha explicado previamente, lo que persigue la legislación de contratos del sector público es que el presupuesto base de licitación recoja todos los costes y gastos que influyan en la realización de la prestación o prestaciones que constituyen el objeto del contrato, evitando preterir algunos de estos costes en beneficio de alguna de las partes. En su virtud, sería conforme con la Ley de Contratos del Sector Público la previsión del artículo 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de que formen parte del presupuesto base de licitación del contrato de obras los gastos relativos a las tasas e impuestos que inciden en el coste de las obras. Recordando que, según lo argumentado en otro momento de este mismo trabajo, los tributos no se consideran costes directos de las unidades de obra, sino costes indirectos, dada su condición de gastos generales de estructura que se aplican en un porcentaje global al presupuesto general.

48. Sentencia de 12 de enero de 2010, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, rec. 622/2006.

49. Sentencias 481/2017, de 24 de julio de 2017, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, y 728/2019, de 30 de mayo de 2019, de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Asimismo, que en el cálculo del presupuesto base de licitación se incluya un porcentaje global que prevea el importe de los tributos, no supone que sea obligación de la Administración su pago al contratista, sino que serán los pliegos contractuales los que determinen quién asume los gastos relacionados con la ejecución del contrato⁵⁰. Por ello, en coherencia con lo expuesto, resulta procedente incluir una cláusula que determine claramente que el contratista asume la obligación del pago de los gastos relativos a las tasas, impuestos y otros tributos, cuando sean exigibles de conformidad con la normativa vigente. De no incluirse la citada cláusula procedería restar el importe de los tributos satisfechos de la cantidad que finalmente se pague al contratista, pues, de lo contrario, se produciría una duplicidad en el pago por estos conceptos que se habrían incluido dentro del presupuesto base de licitación y por los que, una vez deducida la pertinente baja realizada en la proposición del licitador, el contratista obtendría una retribución completa⁵¹.

Ahora bien, el hecho de que en el cálculo del presupuesto base de licitación se prevea la posibilidad de que se añada al presupuesto de ejecución material un porcentaje en razón a diversos conceptos, entre los que se incluye el importe de los impuestos y las tasas a abonar por la ejecución de la obra, no implica el nacimiento de una obligación tributaria del contratista a título de contribuyente. De la legislación tributaria que atribuye la condición de sustituto del contribuyente al contratista de obras tan solo cabe deducir que este último está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma (artículo 36 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), pero ello no condiciona las relaciones jurídicas existentes entre el contratante y el contratista, por lo que su repercusión se fija en términos potestativos⁵².

5.2

Los gastos de dirección del contrato y de coordinación de seguridad y salud de las obras

No es extraño que los pliegos que regulan las diferentes contrataciones, en especial aquellas que atañen a obras, incluyan cláusulas en virtud de las cuales se repercuten en el contratista las costas derivadas de los servicios de

50. Sentencia de la Audiencia Nacional, *op. cit.* en nota al pie núm. 1.

51. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, *op. cit.* en nota al pie núm. 18.

52. *Ibidem*.

dirección técnica del contrato, y de asistencia técnica en materia de seguridad y salud en las obras.

A este respecto, empezaremos diciendo que tales costas tienen la consideración de servicios propios y de cargo del promotor del contrato que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el –ya aludido– principio de libertad de pactos. Por tanto, hay que negar la posibilidad de que se imponga al contratista adjudicatario la obligación de abonar los gastos de la dirección técnica de los contratos, porque ello, con carácter general, daría como resultado una contravención del artículo 1 de la citada Ley 9/2017, pues los principios generales de la contratación pública contenidos en tal precepto juegan como límite a la libertad de pactos, y además, para el caso de los contratos de obras, no se incluye en los conceptos del presupuesto de ejecución material del artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁵³.

Así, se infringe el artículo 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuando se incluyen los honorarios de la dirección facultativa e inspección de las obras y los honorarios de coordinación y dirección de la seguridad y salud de la mencionada obra en el presupuesto base de licitación del contrato, toda vez que se está necesariamente trasladando al contratista –adjudicatario de la obra o del contrato– la asunción de unos gastos y de unos costes que no le corresponden y que no le pueden corresponder, primero porque no pueden integrar ni el presupuesto de ejecución material ni tampoco el presupuesto base de licitación, según el transcrito artículo 131, y segundo porque los profesionales que deben llevar a cabo tales funciones debe asumirlos la propia Administración en su condición de promotora y dueña de la obra, bien porque tales labores van a ser llevadas a cabo por sus propios técnicos, o bien porque se van a llevar a efecto por profesionales expresamente contratados al efecto por dicha Administración, y por ello en uno y en otro caso por personal dependiente profesionalmente de la propia Administración. Y esto es así según resulta del artículo 94 del Real Decreto 1098/2001, el cual señala que “La ejecución de los contratos se desarrollará sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido”; y por eso el órgano de contratación será el encargado de designar o contratar a los profesionales que deben llevarlo a cabo⁵⁴.

53. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, *op. cit.* en nota al pie núm. 10.

54. *Ibidem*.

5.3

Los gastos derivados de contratos previos

Existen ejemplos prácticos –nada escasos– donde el poder adjudicador pretende obligar a un futuro contratista a asumir los costes relativos a determinadas prestaciones, principalmente de consultoría, que versan sobre trabajos para dicho poder en ese ulterior contrato (asistencia en la redacción de los pliegos, asistencia a la mesa de contratación, etc.).

En principio, este tipo de costes, si provienen de tareas previas al contrato al que se pretenden imputar y carecen de vinculación con el objeto del mismo, no es factible legalmente que se endosen al adjudicatario de tal contrato. Y ello ni tan siquiera aludiendo al –tantas veces aquí mencionado– principio de libertad de pactos⁵⁵.

Similar pronunciamiento hay que emitir cuando se plantea por el órgano de contratación la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con un adjudicatario anterior. Así, la asunción por el nuevo contratista de los importes resultantes de indemnizaciones que la Administración tuvo que abonar a un adjudicatario previo, o las llamadas “prima de adjudicación” y “aportaciones voluntarias en metálico”, constituyen serias irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos. Y esto, más aún cuando la mayor prima de adjudicación y la mayor aportación voluntaria se convierten en elementos determinantes a la hora de seleccionar las ofertas, y se establece un mínimo para la llamada aportación voluntaria⁵⁶.

La esencia de la licitación pública radica en que las ofertas económicas se hagan sobre la base del presupuesto de licitación sin que puedan ser alteradas por primas o aportaciones a satisfacer por el adjudicatario, lo que en realidad puede lindar con actividades delictivas y, en todo caso, supone una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos inherentes a la contratación, que en todo momento deben ser aplicados con estricta rigurosidad por las Administraciones públicas⁵⁷.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, conviene señalar que tampoco podrían admitirse las fórmulas propuestas como medio de financiación de las entidades locales, ya que deben considerarse irregulares, teniendo en cuenta lo dispuesto en las disposiciones reguladoras de dicha financiación⁵⁸.

55. Resolución 214/2017, de 23 de octubre de 2017, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

56. Informe 18/97, de 14 de julio de 1997, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

57. *Ibidem*.

58. *Ibidem*.

6

Conclusiones

De conformidad con todo lo expuesto se podrían extraer, a modo de recopilación, una serie de conclusiones:

- La valoración económica de los contratos del sector público es una cuestión no exenta de polémica, en primera instancia, desde la óptica teórica, donde el legislador viene usando diversas denominaciones en este terreno, a saber, presupuesto base de licitación, valor estimado y precio; y en segundo término, desde una visión práctica, donde, por un lado, se engarza dicha valoración con variados elementos tales como los precios de mercado, costes laborales u objetivos de calidad, y por otro, se requiere un desglose de las partidas que la componen.
- El valor del mercado en el momento correspondiente es la referencia básica a efectos de estimar el valor del contrato y supone una garantía para el interés general, ya que permite plasmar los principios de eficacia, eficiencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y equilibrio económico-financiero.
- Es obligatorio que el presupuesto base de licitación del contrato se desglose, distinguiendo entre costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. No obstante, ante la nada desdeñable dificultad que tal obligación comporta para determinados tipos de contrato (servicios y suministros principalmente), empieza a surgir una línea de opinión partidaria de que, en los contratos de suministros, la segregación del presupuesto no sería imperativa.
- En el caso de los costes laborales, la desagregación debe hacerse en función del género y categoría profesional a partir del convenio colectivo aplicable.

Tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los convenios colectivos tienen carácter vinculante para el órgano de contratación tanto en fase de preparación del contrato como en fase de ejecución del mismo. Ante esta situación, queda en el aire la posibilidad de obligar por medio de los pliegos a la aplicación de un concreto convenio colectivo, así como la viabilidad de admitir ofertas en las cuales los precios en el ámbito laboral que plantea el licitador son inferiores a los previstos en el convenio colectivo de referencia.

De cualquier forma, no cabe computar como costes laborales las costas de los posibles despidos de los trabajadores, ni aquellas otras que el licitador debió tener en cuenta a la hora de presentar su oferta.

- El precio de los contratos del sector público puede determinarse de forma variable en base al cumplimiento de una serie de objetivos de calidad. No obstante, esto no puede disponerse de modo general para cualquier contrato, sino que solo es posible en contratos cuya naturaleza y objeto permitan el establecimiento de tales objetivos, siendo los pliegos que rigen el contrato en cuestión los que deberán fijar, de forma precisa, el régimen de los precios por objetivos.

Es factible vincular la cuantía definitiva del precio del contrato tanto a objetivos derivados del propio contrato como a objetivos de otro contrato en relación con el cual aquel tiene un sentido instrumental, si bien esta segunda opción tiene cierta problemática en el campo práctico.

- También forman parte del valor económico del contrato los tributos, siendo recomendable que los pliegos que regulan la contratación dispongan expresamente que el contratista asume el abono de esos gastos.

Por el contrario, los gastos de dirección del contrato y de seguridad y salud de las obras son servicios propios y asignados a la parte que acomete el contrato (el órgano de contratación), con lo que no se pueden repercutir al contratista.

E igualmente, no pueden ser contemplados, con el fin de valorar económicamente un contrato, los costes de tareas previas y que no guardan relación con el objeto de este. Ni menos aún pueden imputarse al contratista gastos de indemnización a un adjudicatario anterior, primas de adjudicación o aportaciones voluntarias en metálico.

QDL51

**Ponencias,
crónicas
y notas**

Doctrina jurisprudencial sobre mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas: su relación directa con los derechos de libertad de expresión y acceso a los cargos públicos¹

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH

Abogado. Magistrado en excedencia

1. Introducción: la intervención de los miembros de la corporación en el pleno
2. Las mociones municipales
3. Las mociones “políticas” y su control jurisdiccional
4. Participación y acceso a cargos públicos

Resumen

Las mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas son diversas formas de intervención en los plenos por parte de sus miembros que, más allá de su concepción normativa, según regula el artículo 97 del ROF, tienen un importante significado participativo en el debate, control de los demás órganos de la corporación y adopción de acuerdos resolutivos. Las llamadas “mociones políticas” son propuestas dirigidas a obtener la aprobación de declaraciones institucionales o manifestaciones análogas relacionadas con materias que exceden de las puras competencias municipales y que, por tanto, no suponen ejercicio de ninguna potestad administrativa. El control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, *ex* artículo 106 CE, de las mociones políticas, dependerá de su naturaleza y de la posible proyección de las consecuencias jurídicas y/o del revestimiento de la fuerza

Artículo recibido el 16/10/2019; aceptado el 05/01/2020.

1. El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 26 de abril de 2019 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2019, organizado por la Diputación de Barcelona.

vinculante de las mismas para terceros. En este trabajo se analiza todo lo anterior a la luz de los derechos fundamentales de libertad de expresión y participación pública, y de la jurisprudencia de nuestros Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Palabras clave: *acuerdos municipales; libertad de expresión; participación cargos públicos; orden del día; moción; propuestas; control y fiscalización de los órganos de gobierno; ruegos y preguntas; mociones políticas; acto político.*

Case law on motions, interpellations, requests and questions: its direct relationship with the rights of freedom of expression and access to public office

Abstract

The motions, interpellations, requests and questions are various forms of intervention in plenary sessions that, beyond their normative conception, as regulated by article 97 of Royal Decree 2568/1986, of 28 November, have an important participatory meaning in the debate and control of the municipal corporation. The so-called “political motions” are proposals aimed at obtaining the approval of institutional declarations or similar manifestations related to matters that exceed the pure municipal powers and, therefore, do not imply the exercise of any administrative power. The control by the contentious-administrative jurisdiction, ex Article 106 of the Spanish Constitution, of the political motions will depend on their nature and the possible projection of the legal consequences and/or the lining of the binding force of the same for third parties. This article analyzes all the above forms of intervention in the light of the fundamental rights of freedom of expression and public participation, and of the case law of the Spanish Supreme Court and the Superior Court of Justice of Catalonia.

Keywords: municipal agreements; freedom of expression; public office participation; order of the day; motion; proposals; control and supervision of the governing bodies; requests and questions; political motions; political acts.

1

Introducción: la intervención de los miembros de la corporación en el pleno

En el presente trabajo vamos a referirnos a pronunciamientos de la jurisprudencia que afectan, en el ámbito de las entidades locales, a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al acceso y participación en los cargos públicos, con motivo de las actuaciones de los miembros de las corporaciones locales a través de las mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas.

El trabajo –y la exposición– es exclusivamente jurídico, y tendrá como soporte la referida doctrina jurisprudencial, con especial mención a la del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y tribunales superiores de justicia (muy en particular el de Cataluña).

Para referirnos a la relación de ambos derechos fundamentales con las manifestaciones o declaraciones recogidas en las mociones, las interpelaciones y los ruegos y preguntas producidas o llevadas a cabo en el seno de los plenos municipales, es conveniente recordar, primeramente, la distinción de cada una de estas formas de intervención en los plenos por parte de los miembros del consistorio, que no siempre se utilizan con el rigor exigible, al menos desde el punto de vista normativo. En cualquier caso, no podemos obviar que el término moción alcanza hoy un significado más amplio que el que recoge el artículo 97 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante, ROF), el cual, para definir el carácter de las intervenciones de los miembros de la corporación, utilizará la siguiente terminología:

1. *Dictamen*, es la propuesta sometida al pleno tras el estudio del expediente por la comisión informativa. Contiene una parte expositiva y un acuerdo a adoptar, y puede venir acompañado de un “voto particular”, es decir, de la propuesta de modificación de un dictamen formulada por un miembro que forma parte de la comisión informativa.
2. *Proposición*, es la propuesta que se somete al pleno relativa a un asunto incluido en el orden del día, que acompaña a la convocatoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.3 ROF, que señala que el alcalde o presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva comisión informativa, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el pleno ratifique su inclusión en el orden del día.

3. *Moción*, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de lo prevenido en el ROF, pudiendo formularse por escrito u oralmente.
4. *Enmienda*, es la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto.
5. *Ruego*, es la formulación de una propuesta de actuación dirigida a algunos de los órganos de gobierno municipal. Los ruegos formulados en el seno del pleno podrán ser debatidos, pero en ningún caso sometidos a votación. Pueden plantear ruegos todos los miembros de la corporación, o los grupos municipales a través de sus portavoces. Los ruegos podrán ser efectuados oralmente o por escrito y serán debatidos generalmente en la sesión siguiente, sin perjuicio de que lo puedan ser en la misma sesión en que se formulen si el alcalde o presidente lo estima conveniente.
6. *Pregunta*, es cualquier cuestión planteada a los órganos de gobierno en el seno del pleno. Pueden plantear preguntas todos los miembros de la corporación, o los grupos municipales a través de sus portavoces.

De la regulación reseñada en el ROF, que, por cierto, no menciona la “interpelación” como forma de llevar a cabo el debate de cualquier asunto, instando al alcalde y órgano de gobierno municipal, y del resto de la normativa local sobre esta materia, se deduce que la vía normal por la que el pleno ha de conocer sobre los asuntos que le competan será mediante la inclusión de estos en el orden del día, y previo dictamen, informe o sometimiento a consulta de la comisión informativa correspondiente, ya que de este modo se salvaguarda el derecho de los miembros de la corporación a conocer y estudiar previamente dichos asuntos, pudiendo así formarse debidamente su voluntad.

2

Las mociones municipales

Vamos ahora a referirnos en concreto a las mociones.

Según el ROF, la moción, tal y como se ha indicado, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de su artículo 91.4, según el cual, en las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno, por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuere, el

portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes del ROF. De los artículos 91 y 97 ROF se infiere que las mociones tienen por objeto posibilitar que se sometan propuestas directamente al pleno, de tal suerte que al orden del día puedan incorporarse expedientes finalizados y dictaminados por la comisión informativa o asuntos de cualquier tipo que tengan como elemento común que no estén incluidos en el orden del día. Ahora bien, el único límite material existente es que el acuerdo que incorporara el asunto que como moción se tramita no tuviera cabida en el apartado de ruegos y preguntas, apartado en el que no cabe adoptar ningún tipo de acuerdo.

A pesar de que el ROF distingue claramente entre moción y otras formas de intervención en el pleno por los miembros de la corporación, como son las proposiciones o dictámenes, en la práctica es común que exista confusión terminológica entre ellas, siendo frecuente que en algunos municipios se utilice la denominación de “moción” cuando así lo es, pero también cuando se trata de “proposiciones” presentadas por los diferentes grupos políticos municipales. Pero ambas formas de intervención no deben identificarse, teniendo cada una de ellas sus propias notas características y distintivas².

Así pues, una cuestión diferenciadora de la moción con respecto a otras propuestas es la señalada por el ROF al indicar que las mociones son propuestas “sometidas directamente al pleno”, entendiéndose por tanto que no se incluyen en el orden del día, mientras que en el caso del dictamen o la proposición estos sí son incluidos en el mismo. Asimismo, debe tenerse en consideración que el dictamen y la proposición se diferencian entre sí según la propuesta haya sido sometida previamente a la correspondiente comisión informativa o no.

Es decir, el alcalde, cuando convoca un pleno, acompaña el orden del día, en el que solamente se pueden incorporar, como criterio general, aquellos asuntos que hayan sido dictaminados por la comisión informativa correspondiente. Pero, al amparo del artículo 82.3 ROF, el alcalde puede incorporar

2. El ROF, junto a la moción, también arbitra otra vía para someter a la consideración directa del pleno asuntos no dictaminados en la correspondiente comisión informativa, cual es la proposición, esto es, la propuesta que se somete al pleno, relativa a un asunto, eso sí, incluido en el orden del día que se acompaña a la convocatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.3 ROF y que requiere que, previamente a debatir y votar el contenido de la misma, debe ser ratificado respecto a su inclusión en el orden del día. La especialidad de la proposición es que el punto viene incorporado ya en el orden del día de la convocatoria del pleno, pero no se ha sometido previamente a la comisión informativa, lo que supone una excepción al principio general contemplado en el artículo 82.2 ROF que limita la inclusión de asuntos en el orden del día del pleno a aquellos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la comisión informativa que corresponda.

por razones de urgencia al orden del día un asunto no dictaminado por la comisión informativa correspondiente. En este supuesto, el asunto tendría el nombre técnico de proposición y requiere que previamente el pleno ratifique esa inclusión realizada en el orden del día del pleno, ratificación que no requiere de mayoría absoluta.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), a diferencia del ROF, ha sido objeto de diversas modificaciones desde su aprobación, existiendo en este preceptos que no conectan con la actual regulación de la LRBRL. Así, la Ley 11/1999, de 21 de abril, vino a modificar el artículo 46 LRBRL, añadiendo la letra e) al punto 2, en virtud de la cual: “En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones”.

En base a este precepto, en los plenos ordinarios debe diferenciarse una parte resolutive (aquella que recoge propuestas de acuerdos que tienen eficacia frente a terceros y que pertenecen al actuar administrativo de la corporación) de otra parte dedicada a la función plenaria de control y fiscalización de los órganos de gobierno (no resolutive), articulándose esta última a través de ruegos, preguntas y mociones. Conforme a esto, estas mociones no son las mismas que se regulan en el artículo 97.3 ROF, ya que se trata de mociones planteadas en el ejercicio de control del funcionamiento del equipo de gobierno y no en la parte resolutive de la sesión, por lo que no darían lugar a acuerdos resolutive como tales. Téngase en cuenta que las mociones incorporadas en el ejercicio de la labor de control y fiscalización en muchas ocasiones recogen cuestiones que pueden definirse como *ruegos*, entendiendo como tales, según el artículo 97.6 ROF, la formulación de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal (indicando además que los ruegos formulados en el seno del pleno podrán ser debatidos, pero en ningún caso sometidos a votación). Dentro de los ruegos tendrían cabida todas aquellas mociones que tienen por objeto solicitar del equipo de gobierno o del alcalde que realicen algún tipo de actuación.

La función de control y fiscalización de los órganos de gobierno, competencia plenaria por excelencia, es una función que se ha ido reforzando en las diferentes modificaciones de la LRBRL, y viene a completar a las que el ROF tenía recogidas en el artículo 104. Así, los efectos derivados de las determinaciones que se aprueben en el apartado del pleno relativo al control y fiscalización de los órganos de gobierno (art. 46 LRBRL) obviamente no tienen trascendencia administrativa, sino únicamente una trascendencia de

mandato político, de sugerencias y ruegos de formas de actuación, cuyo cumplimiento o incumplimiento por parte del Gobierno generará una situación de mantenimiento o quiebra de la confianza del pleno en el alcalde y en el equipo de gobierno que él nombra, y la pérdida y la recuperación de la confianza están previstas en la legislación a través del mecanismo de la moción de censura y la cuestión de confianza. Actualmente en muchos reglamentos orgánicos municipales de reciente aprobación se distingue entre estas mociones, asignándoles el nombre de mociones de control y que no tienen efectos jurídicos resolutorios y aquellas otras (*ex art. 97 ROF*) que tienen como finalidad incorporar puntos al orden del día, y que por su propia configuración nunca figurarían en el orden del día que acompaña a la convocatoria de la sesión.

Estas mociones persiguen la adopción de un acto administrativo, que nacerá si se obtiene la mayoría requerida para su aprobación. Todo ello con independencia de que el mismo pueda adolecer de algún vicio, dígase de nulidad (art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPACAP–) o anulabilidad (art. 48 de la LPACAP), con las consecuencias previstas en los arts. 106 y ss. de la misma Ley.

3

Las mociones “políticas” y su control jurisdiccional

Es habitual que en el orden del día de las sesiones plenarias que se celebran en los ayuntamientos se incorporen, bajo el título de mociones, asuntos de muy variada índole presentados por los diferentes grupos y que se caracterizan porque no son objeto de tramitación administrativa alguna, debatiéndose, normalmente, a continuación de aquellos otros puntos del orden del día de contenido administrativo que han sido objeto del correspondiente procedimiento administrativo. Algunas de estas mociones tienen por objeto manifestar declaraciones de tipo político en relación con hechos que se producen en el municipio o incluso fuera, algunas manifiestan voluntades del ayuntamiento sobre diferentes políticas municipales, otras tienen por objeto instar al equipo de gobierno o al alcalde a que realice determinadas actuaciones o a que atienda determinadas peticiones, y otras se dirigen a otras Administraciones u organismos públicos y privados para que actúen en el ámbito de sus competencias.

Las coloquialmente llamadas “mociones políticas” son, en realidad, propuestas que, sin tener por objeto realizar determinadas actuaciones administrativas de competencia municipal, ni obedecer a la gestión de asuntos corporativos, se limitan a perseguir la aprobación de manifiestos, declaraciones

institucionales, y otros de carácter análogo. Son mociones que pretenden el posicionamiento del ayuntamiento en relación con problemáticas que, aunque tienen incidencia municipal, exceden de las puras competencias municipales y se realizan en el ejercicio del derecho de petición a otras Administraciones públicas o el derecho de libertad de expresión.

Las mociones políticas, tal y como se han caracterizado, constituyen manifestación de una voluntad política, frecuentemente en asuntos que exceden de las competencias locales por afectar a ámbitos y/o competencias autonómicas, nacionales o internacionales, que encuentran su fundamento en el contenido del derecho constitucional al ejercicio de cargos públicos, en cuanto derecho a expresar una opinión libremente (*vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 18 de mayo de 1998). Dichas mociones, en tanto que constituyen simples opiniones de carácter político, normalmente no suponen el ejercicio de ninguna potestad administrativa, y carecen de carácter resolutivo.

Las mociones políticas, como ya he dicho, normalmente no suponen actuación administrativa sometida a derecho administrativo, al menos en todas sus partes o extensión. ¿Son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa? La clave está en la naturaleza de estas mociones políticas. ¿Son actos políticos o simples manifestaciones políticas? Los primeros presuponen un contenido jurídico y son productores de efectos materiales; y los segundos carecen de estos efectos, lo que les hace ajenos al control jurisdiccional, por no suponer “actividad administrativa sujeta a derecho administrativo”. Y para ello, es preciso analizar el contenido real de la moción.

Esta cuestión se ha planteado tradicionalmente en cuanto a acuerdos municipales que se limitan a formular una declaración institucional o una manifestación de carácter general. En este sentido, la jurisprudencia ha excluido del control jurisdiccional decisiones como por ejemplo un acuerdo municipal de adhesión a una asociación de electos (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2004), también en el caso de resoluciones relacionadas con la concesión de honores y distinciones. En sentido contrario, la jurisprudencia más temprana sometió a control jurisdiccional manifestaciones institucionales como las declaraciones de municipio desnuclearizado (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1988 y de 24 de marzo de 1999).

Como se ha dicho, el parámetro utilizado por nuestra jurisprudencia para delimitar el control jurisdiccional ha sido la eventual naturaleza jurídica del acto. Una cuestión vinculada a su vez a aspectos como la proyección de consecuencias jurídicas por parte de la resolución cuestionada, o que esté revestida de fuerza vinculante para terceros (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2004), o que sencillamente tenga efectos prácticos (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2004, antes citada).

Es muy ilustrativa la doctrina jurisprudencial de las dos secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de Cataluña, dados sus pronunciamientos respecto a las mociones acordadas por diversas entidades locales dictadas dentro del ámbito del llamado “proceso soberanista”, actuando como órganos de segunda instancia y resolviendo resoluciones del juzgado unipersonal que acordaban, según los casos, la inadmisibilidad del recurso o la estimación/desestimación de las demandas.

La Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a las mociones que acuerdan la “**soberanía fiscal**” de determinados municipios catalanes. Como recoge su sentencia **núm. 1229/2015, de 26 de noviembre de 2015**, referida al acuerdo municipal de **Balenyà** de 26 de marzo de 2013 en el que se manifiesta la voluntad del municipio de ejercer la soberanía fiscal, e ingresar el importe del IRPF y del IVA del Ayuntamiento en la Agencia Tributaria de Cataluña, así como dirigirse a aquellos ciudadanos y empresas que quieran acogerse a dicha práctica, trasladando el acuerdo a la Asociación de Municipios por la Independencia e instando del Gobierno de la Generalidad el inicio de los trabajos necesarios para la creación de una Hacienda propia, de conformidad con otras sentencias dictadas por la misma Sala y Sección (así, las números 213/2014, de 13 de marzo, 485/2014, de 5 de junio, 866/2014, de 4 de noviembre, y 978/2014, de 28 de noviembre), procede acordar la inadmisibilidad de los recursos promovidos frente a dichos acuerdos, por considerar que son ajenos a todo efecto jurídico. Así, en la primera de las sentencias citadas (núm. 1229/2015) se decía:

La Sala comparte el pronunciamiento de inadmisibilidad del auto apelado, pues tanto del texto constitucional como de la LJCA resulta que el control jurisdiccional se refiere a la “legalidad de la actuación administrativa” (art. 106.1 CE), conociendo este orden jurisdiccional de las pretensiones deducidas en relación con la “actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo” (art. 1.1 LJCA).

De esta forma, solo cabe residenciar ante los órganos jurisdiccionales aquellos actos que quepa calificar de jurídicos, esto es, declaraciones de voluntad que tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho. Por tanto, tratándose de manifestaciones políticas o declaraciones de intenciones, sin existencia en el mundo del derecho y, en todo caso, sin ninguna concreción ni efecto práctico ni jurídico posible, las pretensiones deducidas han de declararse inadmisibles.

Frente a ello, las alegaciones contenidas en el escrito de apelación no pueden, a juicio de la Sala, ser compartidas, pues no estamos ante la invocada doctrina del “acto político”, que presupone un contenido jurídico del acto, dictado en el ejercicio de funciones de dirección po-

lítica o en el ámbito de las relaciones constitucionales con plenitud de efectos jurídicos, esto es, de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

La doctrina jurisprudencial que recoge el escrito de apelación no resulta aplicable al caso enjuiciado, pues aquí no se vislumbra efecto jurídico alguno, ni tampoco comprende ningún compromiso jurídico, ni siquiera con carácter eventual (declaración de un término municipal como zona desnuclearizada) o entorpecedor del ejercicio de competencias ajenas (establecimiento de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

Por fin, la STS de 26 de septiembre de 2006 (casación 1795/2004), que se cita ampliamente en el escrito de apelación, se refiere a acuerdo municipal de concesión de una subvención económica a una entidad o proyecto, actuación de una incuestionable naturaleza jurídica. Dicha STS precisa que “Se hace casi tópico reiterar, como ya se ha destacado en anteriores resoluciones de esta misma Sala sobre la misma materia, que la libertad ideológica de que hayan hecho uso los postulantes del proyecto, ideario o denominación simbólica al que la dotación económica se destina, o la adhesión personal que cualquier ciudadano, sea miembro electo o no de una corporación local, brinde a tales postulados y programas, no es lo que se juzga en este proceso. En nada se pone en duda que las reuniones, asambleas de electos, así como los fines, acuerdos y decisiones por ellas adoptados en el ámbito de lo que se denomina públicamente Udalbiltza, puedan gozar de plena legitimidad democrática y constituyan, ‘una idea perfectamente defendible en un Estado democrático’, pues ello viene inicialmente avalado por principios y derechos fundamentales constitucionales tan de raíz como la libertad o el pluralismo político –artículo 1.1 CE–, la libre creación de estructuras de finalidad política, como partidos, o asociaciones –artículos 6.º y 22.º–, o la libertad ideológica y de expresión de la misma –artículo 16.1 y 20.1.a–). Pero no reside en ello el problema, sino, dicho muy sintéticamente, en suponer que un poder público territorial como el municipio pueda poner sus potestades al servicio de ideas o proyectos políticos legítimos por el solo hecho de que, al margen de toda objetiva y legal decantación de sus competencias y capacidades, los miembros que ostentan la mayoría decidan aplicarlas a tal fin”.

El anterior criterio –ajenidad al derecho administrativo y no susceptibilidad de control jurisdiccional– lo mantiene dicha Sección 1.ª, por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina, y le lleva a estimar el recurso de apelación que había interpuesto el Ayuntamiento contra la sentencia del Juzgado que estimaba el recurso contencioso interpuesto por el Abogado del

Estado, en nombre y representación de la Delegación del Gobierno de Cataluña. Como recuerda el Tribunal, esto no contradice lo que recogía en su sentencia núm. 312/2015, de 19 de marzo, en la que estimaron el recurso de apelación interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cataluña contra el Auto dictado por un juzgado de lo contencioso-administrativo, que inadmitía el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el Ayuntamiento de Vilaplana, al considerar que la resolución de instancia incurría en error al analizar el contenido de los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento, pues en ellos no solo se efectuaban análogos pronunciamientos a los que aquí son objeto de controversia, sino que “también se aprobaban determinadas propuestas económicas y las consiguientes órdenes de pago, de manera que no se estaba ante una simple manifestación política sino que el acto impugnado producía efectos materiales y constituía actividad emanada de las entidades que integran la Administración local y, como tal, susceptible de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)”.

Por su parte, la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña se ha pronunciado con relación a las “declaraciones de municipios libres y soberanos”, que van acompañadas de otros pronunciamientos complementarios o instrumentales, en innumerables ocasiones, a partir de la **sentencia de 17 de marzo de 2017** (dictada en el recurso de apelación n.º 283/14), según la cual:

No se plantea en este recurso que el contenido sustantivo de la moción impugnada y el sentido de las manifestaciones que contiene son objetivamente e indudablemente contrarias al ordenamiento jurídico, específicamente por colisión con los artículos 1.2 y 2 de la Constitución. Esta es una obviedad que no discute la representación municipal. Lo que plantea el Ayuntamiento no es la adecuación sustantiva del acuerdo al ordenamiento, sino su derecho a efectuar las manifestaciones en cuestión y a formular peticiones, sin que estas manifestaciones puedan ser objeto de control jurisdiccional.

Hay que partir de la base que la mera suscripción de un enunciado inconstitucional no es una circunstancia que por sí sola permita una fiscalización judicial. En este sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 42/14. El control jurisdiccional será posible en la medida que el acuerdo desborde el ámbito estrictamente político para proyectar efectos jurídicos.

Así pues, el debate de este proceso queda centrado en la posibilidad de control jurisdiccional del acuerdo impugnado atendido su peculiar perfil.

Ciertamente la resolución que nos ocupa tiene una base genuinamente política. Ahora bien, ello no excluye necesariamente la posibilidad de impugnación judicial. La actual Ley jurisdiccional ha superado la idea del acto político como acto inmune y tan solo excluye parcialmente los actos del Gobierno del Estado y los Gobiernos autonómicos.

El caso es que el artículo 1 de la Ley jurisdiccional determina que el recurso se puede interponer contra la actuación de la Administración pública sometida al derecho administrativo. El problema está precisamente en determinar cuándo un acto se rige por el derecho administrativo, por lo menos en lo que afecta a su contenido sustantivo que es lo que aquí se plantea.

En este contexto la cuestión sobre la libertad de expresión no es determinante en este caso. En efecto, si el resultado de esa libertad es un acto con consecuencias jurídicas, será posible el control jurisdiccional y, una vez abierto el proceso, habrá que estar la legalidad sustantiva de lo manifestado. Si, por el contrario, se trata de una manifestación que se mueve exclusivamente en un plano político o ideológico, sin efectos jurídicos, el control jurisdiccional no será posible, sin necesidad de más consideraciones. Por tanto, la libertad de expresión no es un dato relevante en este caso.

Tampoco es determinante la cuestión sobre la competencia municipal. En un principio hay que admitir la facultad del Ayuntamiento para formular declaraciones institucionales que expresen el sentir mayoritario de la colectividad. Si tales declaraciones se mueven solo en un plano metajurídico, no se puede concluir que excedan de las competencias propias o que afecten a competencias ajenas. Por el contrario, si el acuerdo tiene consecuencias jurídicas, su ilegalidad por colisión con la Constitución y con el ordenamiento jurídico es patente por razón de su contenido y no por motivos competenciales.

Por la misma razón hay que descartar la cuestión sobre el principio de objetividad. Este es un principio predicable de la Administración municipal propiamente dicha, no necesariamente de la acción de gobierno, al menos cuando esta se manifiesta en ámbitos de discrecionalidad. Unos ámbitos en los que el Gobierno municipal responde a la voluntad de la mayoría de acuerdo con el principio democrático. El caso es que, si estamos ante una declaración institucional de contenido meramente político, hay que reconocer al Ayuntamiento un ámbito de discrecionalidad y, por tanto, de subjetividad democrática. Por el contrario, si estamos ante un acto de repercusiones jurídicas, la discrecionalidad queda limitada por el imperativo de respeto a la Ley y al ordenamiento de acuerdo con la declaración general del artículo 103 CE.

Pues bien, con base en la fundamentación de dicha sentencia, la Sección 5.^a de la Sala catalana ha tenido, como se ha dicho, muchas ocasiones de pronunciarse respecto de similares declaraciones municipales, aprobadas por acuerdos plenarios impugnados por la Abogacía del Estado. Básicamente, la cuestión se limita a determinar si la resolución impugnada tiene naturaleza jurídica o conlleva efectos en derecho, atendiendo a la presencia de lo que ha calificado como “elementos judicialmente asequibles” en el acto impugnado o en la legislación a la que este se somete (siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997).

No cabe duda de que en esta materia han pesado mucho las sentencias del Tribunal Constitucional núms. 42/2014 y 259/2015, que no podían ignorarse y que marcan, con efectos vinculantes, los límites legales al respecto.

La primera (**STC núm. 42/2014, de 25 de marzo de 2014**), sobre la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”, de 23 de enero de 2013, que, como es sabido, es la declaración del Parlament concatenada a numerosas declaraciones municipales que se vinieron sucediendo en el año 2012.

Dicha sentencia fija los siguientes parámetros:

- (i) La declaración del Parlament constituye un acto acabado y definitivo, no un mero acto de trámite.
- (ii) Se trata de un acto político adoptado por un poder público, aunque también tiene naturaleza jurídica.
- (iii) Aun así la impugnación solo será viable si, además, la declaración tiene la capacidad de producir efectos jurídicos, aunque sea de forma indiciaria (el Tribunal señala en este sentido que “El simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución, en efecto, no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”).
- (iv) No se puede considerar que se produzcan estos efectos jurídicos respecto a los ciudadanos en general, pues la declaración es en este sentido una mera exhortación a los mismos.
- (v) La declaración tampoco tiene eficacia como acto de impulso de la acción del Gobierno.
- (vi) Ahora bien, considera el Tribunal que la declaración del pueblo de Cataluña como sujeto político y jurídico soberano podría entenderse como un reconocimiento de atribuciones inherentes a la soberanía a quienes hayan de materializar el proceso. Unas atribuciones superiores a las propias de una comunidad autónoma.

En la citada STC 42/2014 se declara la inconstitucionalidad de la resolución 5/X del Parlamento de Cataluña relativa a la *declaración de naturaleza asertiva* como es el acuerdo de iniciar el proceso para hacer efectivo el

ejercicio del derecho a decidir, declaración que no tiene únicamente naturaleza política, pues se traduce en acciones concretas. En este contexto, se declara inconstitucional la declaración en cuanto identifica un sujeto soberano distinto del pueblo español en su conjunto. Una declaración esta que no es susceptible de interpretación conforme al ordenamiento. No obstante, en cuanto al derecho a decidir, se considera que la declaración no excluye necesariamente la canalización de este derecho por vías constitucionales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional recuerda que son legítimas las concepciones que tengan por objetivo la modificación del orden constitucional, pero es necesario que las mismas se canalicen por sistemas que no vulneren los principios democráticos ni la Constitución en su conjunto; esto es, que deben canalizarse por las vías de reforma que prevé la misma Constitución.

Esta doctrina se precisa en la posterior **sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre de 2015**, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015, “sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015”, y su anexo. En dicha sentencia, en relación con la Cámara autonómica, el Tribunal expresa lo siguiente:

(...) no puede erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política, hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad. Obrando de ese modo, el Parlamento de Cataluña socavaría su propio fundamento constitucional y estatutario (arts. 1 y 2.4 EAC, antes citados), al sustraerse de toda vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, e infringiría las bases del Estado de Derecho y la norma que declara la sujeción de todos a la Constitución (arts. 1.1 y 9.1 CE). Este Tribunal dijo ya en la STC 103/2008 que el respeto a los procedimientos de reforma constitucional es inexcusable, de modo que “tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica” (FJ 4). Esto es lo recogido en realidad en la resolución 1/XI, cuya apariencia de juridicidad –por provenir de un poder sin duda legítimo en origen– debe ser cancelada mediante la declaración de inconstitucionalidad que aquí se decide.

De acuerdo a la expresada doctrina constitucional –SSTC 42/2014 y 259/2015–, la Sección 5.^a considera, en primer lugar, como actos sujetos a control jurisdiccional los acuerdos o aspectos de la decisión municipal formulados materialmente como una resolución jurídica, esto es, los aspectos

que tienen un contenido asertivo e incluyen una declaración formal que se pretende proyectar en el estatus jurídico de las instituciones o las personas, así como aquellos otros aspectos que infringen gravemente el propio fundamento constitucional, estatutario y legal que sustenta la propia autoridad del ayuntamiento, donde se insta a la actuación de otras instituciones para instaurar la independencia por la vía de hecho, al margen de todo procedimiento.

En este último extremo, debe indicarse que, además de las declaraciones de contenido sustantivo, muchas resoluciones impugnadas incluyen, bajo la apariencia formal de una petición, acuerdos de naturaleza instrumental y complementaria respecto del aserto principal –declaración municipal de soberanía–, y que tienen vocación aplicativa en tanto que impulsan la adopción de medidas unilaterales por parte del Parlament de Catalunya con ruptura del orden constitucional, con eficacia diferida al afirmarse la vigencia provisional de la normativa estatal y la exclusiva aplicación de la legislación que emane en lo sucesivo del Parlament. En este sentido, las citadas SSTC 42/2014 y 259/2015 afirman que cuando se pretende alterar los contenidos constitucionales de manera unilateral, y se ignoran de forma deliberada los procedimientos expresamente previstos a tal fin en la Constitución, se abandona la única senda que permite llegar a ese punto, la del derecho.

Por el contrario, si el acuerdo incluye otras peticiones o exhortaciones que no están en el mismo caso, pues se dirigen a las instituciones autonómicas de autogobierno u otras entidades sin instar la utilización de vías de hecho para lograr el objetivo o la aspiración política perseguida, hay que considerar que, ordinariamente, una petición no tiene efectos más allá de la comunicación a su destinatario, que en todo caso no queda vinculado por la misma. Por lo tanto, al no ser susceptible de ningún efecto coercitivo, su perfil no sobrepasa el ámbito político.

En este punto, la STC 42/2014 admitió la inclusión de la referencia al “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña”, mediante una interpretación constitucional, en el sentido de que no debe aparecer proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional, con respeto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo” y “legalidad”, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el “derecho a decidir”.

Por tanto, las peticiones o exhortaciones que no instan a la adopción de medidas de alteración del orden constitucional pueden encajar en dicho ámbito de la aspiración política, expresada por la mayoría en el acuerdo plenario.

Aplicando las anteriores consideraciones, la Sección 5.^a de la Sala, actuando en segunda instancia, ha estimado los recursos de apelación formulados por la Abogacía del Estado cuando las sentencias de instancia fueron desestimatorias de sus pretensiones de nulidad, al igual que ha desestimado los recursos de apelación de los ayuntamientos demandados contras las sentencias estimatorias de la instancia, fijando pronunciamientos en los que se declara la nulidad de los acuerdos de carácter asertivo manifiestamente contrarios al orden constitucional y a la legalidad vigente (por ejemplo, la declaración del municipio como **territorio catalán libre**, la petición de que el Parlament someta a votación una declaración unilateral de soberanía nacional, la solicitud al Parlament de que declare que Cataluña es un Estado libre e independiente y de que asuma la completa soberanía nacional del territorio del Principado), así como de las peticiones instrumentales de los acuerdos de carácter asertivo reclamando a las instituciones de autogobierno catalanas medidas de ruptura unilateral del orden constitucional, que son peticiones que aparecen como *complementarias* de la declaración municipal de soberanía, en tanto que exteriorizan el apoyo del ayuntamiento a la iniciación del proceso, y su voluntad de asumir y aplicar las normas que emanen del Parlament de Cataluña en una eventual acción unilateral de ruptura del orden constitucional. En definitiva, se trata de medidas que completan el contenido asertivo para llevar a una acción coordinada con la Cámara autonómica y otras instituciones, también por la Administración municipal en el ámbito de sus competencias, en caso de apertura unilateral del denominado proceso soberanista.

En cambio, si en los acuerdos se contuvieran otras peticiones, donde no se insta a la adopción de medidas de ruptura del orden constitucional, estas sí encajarían en ese ámbito de la aspiración política que no es susceptible de control, al no tener capacidad para producir efectos jurídicos, ni tan siquiera de forma indiciaria.

4

Participación y acceso a cargos públicos

Otro tema importante, objeto también de esta exposición, es el referido al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos y de acceso a los cargos y desempeño de funciones públicas, reconocido en el artículo 23 CE, que dice:

1. *Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

2. *Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*

A estos efectos, es de señalar que los derechos fundamentales garantizados en los dos apartados del artículo 23 CE encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el artículo 1 CE, y son la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos. Reflejo como son del Estado democrático, se establece entre ellos tan íntima imbricación, al menos en lo que al derecho de acceso a cargos públicos se refiere, que bien puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. Por ese motivo, con el propósito de asegurar la efectiva realización del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, la garantía dispensada en el artículo 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo, y al desempeño de las funciones que les son inherentes, en los términos que establecen las leyes o, en su caso, los reglamentos, pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, respetando la igualdad de todos en su ejercicio y evitando perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. La privación o la perturbación al representante político de la práctica de su cargo no solo menoscaba su derecho de acceso, sino simultáneamente el de participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que resultaría vano si no se respetase el primero.

El derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, derechos establecidos en el artículo 23, apartados 1 y 2 de la Constitución, que están a este respecto íntimamente ligados, incluyen el derecho al desempeño de la función o el cargo público de acuerdo con lo previsto en la ley, y, por tanto, el derecho a obtener la información necesaria para el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a los concejales, como representantes democráticamente elegidos de los vecinos del municipio.

Ahora bien, este es un derecho de configuración legal, que ha de actuarse de acuerdo con lo prevenido por la ley, debiendo recordar que ese último precepto consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en las elecciones periódicas por sufragio universal, por no tener información necesaria.

Sobre la configuración del derecho de participación política de los cargos públicos (23.2 CE) –ahora en referencia a los concejales– y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (23.1 CE), es muy ilustrativa la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª)** del

Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de mayo de 2018 que recuerda, con cita de otra anterior del mismo órgano judicial, de fecha 2 de mayo de 2018, cuáles son las limitaciones expuestas en las leyes y en los reglamentos que regulan el funcionamiento de los órganos representativos en los que se integran, donde solo una actuación ilegal o antijurídica, que vulnere el núcleo esencial de las funciones representativas del representante público, puede ser considerada como vulneradora de su derecho fundamental a la participación política, así como de los ciudadanos a los que representa a participar en los asuntos públicos.

La antedicha sentencia recayó en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, en base a la vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos; por ello comienza reseñando lo que constituye doctrina constitucional interpretativa sobre dicho derecho fundamental, pues la pretensión planteada solo puede prosperar si se considera que las resoluciones impugnadas lo han conculcado.

Así –y esto es lo que interesa ahora–, a la hora de interpretar el artículo 23 de la Constitución española, en relación con el derecho de participación en los asuntos públicos, se ha de tener en cuenta lo que recoge el FD 2.º de la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, seguido por las SSTC 36/2014, de 27 de febrero, 107/2016, de 7 de junio, y 27/2018, de 5 de marzo, en cuanto sirve para delimitar el marco de aquel derecho fundamental: “Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE), puesto que ‘puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio’”.

Es también doctrina del Tribunal Constitucional que el artículo 23.2 CE garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga. En palabras del Tribunal: “‘(...) Esta faceta del derecho fundamental hace que lo hayamos definido como un derecho de configuración legal’, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que ‘una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su

protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (...)”.

Conviene concretar que la faceta del derecho de participación en los asuntos públicos que se protege en el artículo 23 de la Constitución, cuando la reclamación parte de un representante libremente elegido, es la de impedir la perturbación del desempeño del núcleo esencial de su función representativa. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1999, de 22 de marzo, ha declarado que lo esencial es precisar en qué medida la decisión del órgano local o parlamentario “puede afectar al derecho a acceder en condiciones de igualdad a un cargo público, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante sus representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (artículo 23.1 CE). Y de otro lado, se debe analizar también si, de darse tal afectación, esta perturba de tal manera el desempeño por los parlamentarios de las funciones propias de su cargo, que llega a resultar lesiva del artículo 23.2 CE. Con tal motivo, convendrá recordar lo que este Tribunal ha dicho acerca del artículo 23.2 CE en relación, justamente, con el disfrute imperturbable del cargo público y representativo”.

Para aclarar lo anterior, la citada STC 38/1999 continúa argumentando lo siguiente:

Los derechos fundamentales garantizados en los dos apartados del artículo 23 CE encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el artículo 1 CE y son la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos. Reflejo como son del Estado democrático, se establece entre ellos tan íntima imbricación, al menos en lo que al derecho de acceso a cargos públicos se refiere, que bien puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. Por ese motivo, con el propósito de asegurar la efectiva realización del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, la garantía dispensada en el apartado 2 del artículo 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes, en los términos que establecen las leyes o, en su caso, los reglamentos parlamentarios pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, respetando la igualdad de todos en su ejercicio y evitando perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. La privación o perturbación al representante político de

la práctica de su cargo no solo menoscaba su derecho de acceso, sino simultáneamente el de participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que resultaría hueco si no se respetase el primero. Compete a la ley y, en determinadas materias, a los reglamentos parlamentarios, fijar y ordenar, precisamente, esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas. Una vez creados, quedan integrados en el status propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales el ius in officium que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo.

Sin embargo, no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del ius in officium resulta lesivo del derecho fundamental. Solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o del control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el artículo 23 CE si los propios órganos de las asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad entre representantes. Estas circunstancias imponen a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o facultades que integran el status constitucionalmente relevante del representante político y a motivar las razones de su aplicación, so pena, no solo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (artículo 23.2 CE), sino también, de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE).

En consecuencia, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el *status* jurídico aplicable al representante, “pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa”.

En definitiva, si bien el artículo 23.2 de la Constitución instaaura uno de los derechos denominados de configuración legal, “así llamados porque la delimitación de su contenido y perfiles concretos queda encomendada a la

ley”, eso no significa que toda vulneración de la legalidad ordinaria implique una infracción del derecho fundamental, pues solo se conculca aquel derecho fundamental si con ello se perturba el núcleo de la función representativa. Y dentro de dicha función solo la vulneración de las facultades nucleares y permanentes que integran la esencia del cargo constituirá infracción del derecho fundamental, no así la de las atribuciones eventuales o no básicas del cargo representativo, estando entre las primeras las atribuciones de información, control y fiscalización de los órganos de gobierno. Ello se traduce en que no podría reputarse conculcado el derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución si con la decisión del poder público se invocase la vulneración de una norma de legalidad ordinaria que no entrañase la perturbación del núcleo esencial de la función representativa.

Lo que es importante, según recoge la STSJGA que citaba al inicio de este epígrafe, es que el procedimiento especial está basado en los principios de preferencia y sumariedad, siendo preciso para que sea admisible que se produzca la lesión directa del derecho fundamental, y siendo improcedente plantear cuestiones de legalidad ordinaria. Lógicamente, la verificación de si existe o no lesión del derecho fundamental constituirá la cuestión de fondo, bastando para la admisión del recurso, según reiterada jurisprudencia, un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado, pero sin olvidar que el procedimiento previsto en los arts. 114 y ss. de la Ley jurisdiccional tiene por objeto exclusivamente la tutela preferente y sumaria de los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, a los que se refiere su artículo 53.2. Los demás derechos e intereses legítimos, ciertamente, son también objeto de tutela por los tribunales de lo contencioso-administrativo, pero por los cauces del procedimiento ordinario. Si se utiliza este procedimiento es imprescindible ofrecer, ya en el escrito de interposición, además de la invocación de uno de ellos, una mínima explicación sobre su vulneración por la Administración.

También han señalado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que este procedimiento especial no es un proceso de enjuiciamiento abstracto de disposiciones o actuaciones administrativas, sino de tutela concreta de derechos fundamentales, cuyo titular estime que le han sido violados; y tiene por objeto la protección de derechos fundamentales, no frente a lesiones futuras o meramente hipotéticas, sino frente a lesiones actuales. Ha establecido también el Tribunal Supremo que los particulares no tienen un derecho incondicionado y absoluto para disponer del cauce especial sumario y privilegiado del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales con la

sola invocación de un derecho fundamental, ya que los tribunales tienen la potestad de examinar la viabilidad de la pretensión que se plantea por dicho cauce, no solo por la facultad que les corresponde en orden a la apreciación de los presupuestos procesales exigidos, sino también para garantizar la concurrencia de los motivos que posibilitan el uso del citado proceso especial. Esta vía procesal no permite examinar cualquier infracción del ordenamiento jurídico, de forma que se rebasa el ámbito de aplicación del procedimiento cuando, para poder presentar la situación aparentemente violadora del principio constitucional invocado, se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico.

En virtud de lo dispuesto en el art. 23.1 CE los concejales tienen el derecho a ejercitar las facultades que a su cargo corresponden y, entre ellas, la de intervenir en las sesiones plenarias proponiendo, discutiendo y votando acuerdos. En concreto ha hecho tal pronunciamiento en supuestos de negativa expresa o tácita a convocar sesión plenaria.

Para terminar esta exposición voy a referirme a la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2.^a) de fecha 14 de febrero de 2018** que desestima el recurso de apelación contra la sentencia que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes contra la actuación de la Alcaldía del Ayuntamiento de Galapagar consistente en impedir a los concejales recurrentes el debate sobre las enmiendas y la urgencia de las mociones presentadas, en el pleno ordinario celebrado el día 1 de diciembre de 2015, lesionando su derecho constitucional reconocido en el artículo 23 CE. El juzgado, aparte de acordar la nulidad de pleno derecho de las decisiones adoptadas en tal sentido por el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Galapagar, obligó al alcalde y al secretario a convocar en el plazo de un mes un pleno en el que se debatieran y votaran dichas enmiendas, y se sometieran a debate y votación las mociones presentadas por los demandantes y el resto de concejales de la oposición.

El juzgador *a quo*, respecto a las enmiendas presentadas, consideró acertadamente infringido el art. 90 del Reglamento Orgánico Municipal (en adelante ROM), pues no puede considerarse que aquellas fuesen enmiendas a la totalidad y que por ello, conforme al propio ROM, pudieran ser previamente vetadas en la Comisión Informativa y no sometidas a deliberación y votación en el Pleno, por lo que la negativa de la Alcaldía a su toma en consideración a efectos de su debate y votación por el Pleno infringió el artículo 23 CE.

Y en cuanto a las mociones de urgencia, con transcripción de lo establecido en el Reglamento propio de organización municipal ROM, la solución es idéntica porque el alcalde carecía de potestad alguna para evitar siquiera su toma en consideración para su debate inicial en el Pleno, a los efectos de

debatir y votar su urgencia, con carácter previo, en su caso, al fondo de la cuestión.

El Ayuntamiento de Galapagar sostiene que hay un error en la apreciación de la prueba en relación con lo realmente acaecido, a saber, que las enmiendas fueron previamente rechazadas en la Comisión Informativa como era procedente al tratarse de enmiendas a la totalidad, y además los concejales no formularon voto particular alguno, no siendo ya necesario someterlas al Pleno de conformidad con el ROM. Y en cuanto a las mociones de urgencia, expone el Ayuntamiento que no se justificó la urgencia de las mociones presentadas, por lo que la actuación municipal se adecuó a derecho.

En lo atinente a la enmienda, el Ayuntamiento apelante pretende amparar su actuación en su consideración como enmienda a la totalidad para así justificar su proceder en este caso. El art. 90 del ROM regula en su apartado 5 las enmiendas a la totalidad del siguiente modo: “La enmienda a la totalidad solo podrá presentarse en las comisiones informativas correspondientes y sometida a votación resultará aprobada (...); de resultar aprobada, supondrá la retirada de la propuesta de acuerdo obrante en el expediente; de resultar rechazada, el dictamen que adoptará la comisión coincidirá con la propuesta de acuerdo presentada, (...)”. Sin embargo, para las enmiendas que no tienen esta condición está prevista su votación en el Pleno, previa incorporación de los informes técnicos precisos.

Pero es lo cierto que, atendida la documentación obrante en las actuaciones, el juzgador *a quo* estimó que la enmienda no lo era a la totalidad, y por tanto, su deliberación y votación en el Pleno no podía omitirse, como de hecho aconteció. La negación de la consideración de la enmienda a la totalidad deriva, de un lado, de que en el escrito correspondiente en ningún momento se indica que así lo sea, como tampoco en el seno de su deliberación en la comisión informativa correspondiente se hizo mención alguna a esa concepción. Pero es que es más, tampoco la actuación de sus suscribientes denotaba su consideración como enmienda a la totalidad, pues el hecho de haberse formulado ante la comisión informativa y no ante el alcalde, que pudiera interpretarse a favor de la tesis sostenida por el Ayuntamiento, no puede considerarse como tal habida cuenta obrar en el expediente administrativo una providencia de la alcaldía sobre el trámite de enmiendas en la cual, tras una serie de consideraciones jurídicas, dispone como primera norma la siguiente: “Las enmiendas deberán presentarse como norma general en las comisiones informativas correspondientes”, en consonancia con el artículo 82.2 ROF, según el cual “En el orden del día solo pueden incluirse los asuntos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la comisión informativa que corresponda”.

Por tanto, no derivándose de forma evidente ni clara por su contenido que la enmienda en cuestión lo fuese a la totalidad, no expresándose así en su texto ni pudiéndose considerar tal circunstancia de la actuación propia de sus suscribientes, la actuación municipal que vedó su acceso para su deliberación por el Pleno municipal conculcó, como razonó el juzgador *a quo*, el artículo 23 CE.

Tampoco asiste la razón al Ayuntamiento respecto a las mociones de urgencia porque el alcalde no puede atribuirse facultades que no le corresponden, ya que el ROM no regula ningún trámite previo de admisibilidad de la moción en función del cual el alcalde pueda examinar si la moción reúne o no los requisitos pertinentes. La moción de urgencia se somete a la consideración del pleno y es este órgano y no el alcalde el que debe decidir, previa deliberación y votación, si concurren o no causas de urgencia. Pero lo que en modo alguno está previsto es que el alcalde proceda a examinar la viabilidad formal de la moción de urgencia, creando así un trámite previo o una fase de admisión o inadmisión a trámite, por carecer de competencias para ello. Así se desprende igualmente del contenido del artículo 91.4 ROF: “4. En las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día que acompañaba a la convocatoria y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuere, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes de este Reglamento”. Y del artículo 97: “3. Moción, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de lo prevenido en el artículo 91.4 de este Reglamento. Podrá formularse por escrito u oralmente”.

He querido destacar, con las sentencias reseñadas, lo que es jurisprudencia general sobre la afectación y relación con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y participación pública en el ámbito local. Sin duda, un tema de muchos motivos y, en Cataluña, especialmente actual con relación a las mociones políticas, respecto de las cuales falta aún el pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ante el que penden diversos recursos de casación contra las sentencias del TSJ de Cataluña, algunas de las cuales han sido referidas en esta exposición.

Dos fórmulas de valoración de las ofertas económicas adecuadas a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

CARLES ROS ARPA

Secretario de Administración local

1. Cambio de perspectiva en los criterios de valoración de las ofertas en la Directiva 2014/24/UE y en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público
2. La Resolución 976/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dictamina que son admisibles los umbrales de saciedad
3. Muchas de las fórmulas actualmente utilizadas hacen que las valoraciones puedan incurrir en el llamado “efecto céntimo”
4. Dos fórmulas de valoración que permiten obtener una puntuación proporcional de las ofertas económicas y evitar el efecto céntimo
5. Comparación práctica de la fórmula actual con la segunda fórmula alternativa propuesta
6. Conclusiones

Resumen

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, tiene como uno de sus grandes objetivos conseguir una mejor relación calidad-precio en los contratos administrativos. Para lograrlo introduce la obligación de los órganos de contratación de velar para que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad. Ello supone la necesidad de superar algunas inercias, en concreto aquellas fórmulas de valoración de las ofertas económicas dirigidas a adjudicar el contrato por el precio más bajo posible, aun a costa de la calidad de la prestación o de la insostenibilidad de la oferta.

Para que las fórmulas de valoración de las ofertas económicas concuerden con estos nuevos principios de la contratación pública, es preciso que en aquellas exista una proporcionalidad entre la baja ofertada en

Artículo recibido el 05/07/2019; aceptado el 15/10/2019.

términos absolutos por cada licitador y la puntuación que se atribuya a las respectivas ofertas. Ello supone que debe evitarse el llamado “efecto céntimo”, es decir, que por una mínima diferencia en la oferta económica, una oferta técnicamente poco valiosa pueda obtener en la valoración total más puntos que una oferta técnicamente muy superior y solo un poco más cara. El artículo propone dos fórmulas adecuadas a los principios de la LCSP, y hace una comparación práctica de su aplicación.

Palabras clave: *mejor relación calidad-precio en los contratos; criterios de adjudicación; fórmulas valoración oferta económica; efecto céntimo.*

Two formulas for the valuation of economic offers in accordance to Law 9/2017, on Public Procurement

Abstract

Law 9/2017, on Public Procurement, has as one of its main objectives to achieve a better value for money in public contracts. It introduces the obligation of the contracting bodies to ensure that the design of the award criteria allows obtaining high-quality works, supplies and services. This implies the need to overcome some inertia, specifically those valuation formulas for economic offers aimed at awarding the contract for the lowest possible price, even at the cost of the quality of the service or the unsustainability of the offer.

For the valuation formulas of the economic offers to serve these new principles of public procurement, it is necessary that there be a proportionality between the value of offers in absolute terms by each tenderer and the score attributed to the respective offers. This means that the so-called “penny effect” should be avoided, that is, that for a minimal difference in the economic offer, a poor technically offer can obtain more points in the total valuation than a technically very superior offer. The article proposes two formulas in accordance to the principles of Law 9/2017, on Public Procurement, and it makes a practical comparison of its application.

Keywords: better value for money in contracts; award criteria; economic offer valuation formulas; penny effect.

Cambio de perspectiva en los criterios de valoración de las ofertas en la Directiva 2014/24/UE y en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

En la cada vez más prolija legislación de contratos del sector público, resulta de gran importancia la cuestión de los criterios que el órgano de contratación ha de aplicar para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa. Antes de la nueva Directiva 2014/24/UE de contratación, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013 (Asunto T-402/06), que enjuicia la aplicación del método del precio medio en la valoración de las ofertas económicas, había fijado una serie de criterios a tener en cuenta:

- La oferta económicamente más ventajosa es la que tiene la mejor relación calidad-precio.
- Si bien la oferta más ventajosa económicamente no tiene por qué ser la más barata, en condiciones de perfecta igualdad en el resto de criterios, incluidos los técnicos, la oferta más barata debe considerarse la más ventajosa.
- Hay que respetar la transparencia, de forma que los licitadores puedan conocer *a priori* lo mejor posible el resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación para poder preparar mejor su oferta.

La vigente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, se aparta del criterio economicista, apuesta por fomentar una mayor calidad en la contratación pública y remarca que la oferta económicamente más ventajosa es la que presenta una mejor relación calidad-precio. Así, en su Considerando 90 establece lo siguiente:

*La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de **garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa.** Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse **sobre la base de la mejor relación calidad-precio**, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.*

*Para fomentar una **mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública**, los Estados miembros deben estar autorizados a **prohibir o restringir el uso solo del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa** cuando lo estimen adecuado. (...)*

(Todas las negritas en textos reproducidos son mías)

En este mismo sentido se orienta la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, según se expone en el apartado II de su exposición de motivos:

*Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr **una mayor transparencia** en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir **una mejor relación calidad-precio**.*

*Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de **velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad**, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.*

El artículo 1.3 de la LCSP, al prever su objeto y finalidad, establece:

*3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que **su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos**. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.*

El artículo 131.2, cuando regula el procedimiento de adjudicación, prescribe:

*2. La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el **principio de mejor relación calidad-precio**, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.*

Y el artículo 145, apartados 1, 2 y 4, al regular los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, prevé:

*1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la **mejor relación calidad-precio**.*

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

(...)

4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

Otro aspecto a tener en cuenta de la nueva LCSP es su insistencia en que el presupuesto básico de licitación se ajuste a los precios de mercado y sea el resultado de un estudio previo detallado de los costes. Así, el artículo 100.2 establece:

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

El ejercicio de esta responsabilidad de la Administración de afinar el presupuesto de licitación debería conllevar que habitualmente los importes de las ofertas económicas no se separen mucho del tipo de licitación. Si las ofertas económicas se sitúan próximas al tipo aumenta el riesgo de que el uso de determinadas fórmulas distorsione la valoración con el llamado “efecto céntimo”, al que nos referiremos más adelante.

2

La Resolución 976/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dictamina que son admisibles los umbrales de saciedad

Es cierto que el Tribunal de Cuentas ha declarado que no se pueden establecer umbrales de saciedad en la valoración de las ofertas económicas a fin de no penalizar las ofertas más baratas. Y que varios órganos consultivos han establecido la necesidad de otorgar la máxima puntuación a la oferta más económica. Este último criterio, que no está previsto en ninguna norma de contratación, era más bien una reacción a la aplicación extendida de fórmulas en las que diferencias de precio significativas entre las diferentes ofertas no quedaban suficientemente reflejadas en la puntuación.

Sin embargo, ya el Informe 6/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón había establecido:

En cualquier caso, y con la misma finalidad de evitar una distorsión de los criterios de ponderación, podrían resultar igualmente convenientes fórmulas proporcionales lineales que tomen como referente de la pendiente de la recta un mismo parámetro, sin necesidad de agotar toda la puntuación de la ponderación.

La Resolución 976/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 26 de octubre de 2018, estudia la impugnación de un pliego de cláusulas económicas y administrativas particulares de un contrato del Ayuntamiento de Illescas para el suministro, instalación y puesta en marcha de un sistema de CCTV para la vigilancia y control del tráfico, con un valor estimado de 137 190 €. Entre otros puntos, el recurrente alega la improcedencia de un umbral de saciedad que supone que toda baja superior a 20 000 € obtenga la misma puntuación que la que iguala este importe. Según el recurrente este umbral limita la libre competencia.

El TACRC es consciente de todas las resoluciones de diversa procedencia que se han pronunciado en contra de estos umbrales de saciedad. Pero no comparte todas las consideraciones de esta doctrina consolidada porque, según afirma, en algunos aspectos es “muy rigurosa o restrictiva *ab initio*”, y porque con la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE y de la nueva LCSP “los argumentos que podían sustentarla han decaído”. Dado que el TACRC se dispone a modificar este criterio y establecer un cambio relevante, expone ordenadamente los motivos que justifican la viabilidad de los umbrales de saciedad, que resumo a continuación:

1. *El criterio precio no equivale necesariamente a “precio más bajo” siempre que se utilice más de un criterio de adjudicación, tal como sucede habitualmente con la nueva LCSP.*

2. *El órgano de contratación debe precisar cómo los diversos criterios de valoración se relacionan y vinculan unos con otros, de acuerdo con lo previsto en el art. 67.5 de la Directiva.*
3. *El objetivo legal de alcanzar prestaciones de gran calidad o el rigor en la fijación del PBL según precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites en la valoración de las reducciones de precios. Se trata de evitar que se desvirtúe la calidad de las prestaciones o desincentivar la presentación de ofertas mediocres o irrealizables en la práctica.*
4. *La prohibición de considerar como mejor oferta la del precio medio no implica la prohibición del establecimiento de índices de saciedad, ya que con estos la oferta más baja no obtiene menos puntuación que otras más caras.*
5. *Si una oferta anormal o desproporcionada puede ser excluida, con más motivo se debe poder limitar su valoración por debajo de un determinado umbral. Quien puede lo más, puede lo menos.*
6. *Si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio también debe poder fijar un límite a la valoración de las bajas. Si según el art. 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, el factor coste puede adoptar la forma de un precio o coste fijo no susceptible de mejora a la baja, con más motivo se debe poder admitir un precio no fijo y limitar su valoración a partir de un umbral de saciedad.*

La Resolución 976/2018 del TACRC añade que esto no supone ninguna lesión a los principios de control del gasto y de eficiencia o economía en la gestión de recursos públicos, ya que estos principios se aplican de forma coordinada y objetiva. La oferta económicamente más ventajosa no es necesariamente la que presenta un precio más bajo, ya que se debe tener en cuenta la relación coste-eficacia con criterios como el del cálculo del coste del ciclo de vida. En la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se debe tener en cuenta la mejor relación calidad-precio, en función de aspectos cualitativos, medioambientales o sociales.

Por último, la Resolución del TACRC se basa también en el artículo 1.3 de la LCSP, transcrito anteriormente, que vincula la mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos a la utilización de criterios sociales y medioambientales y al criterio de la mejor relación calidad-precio.

Considero que este nuevo posicionamiento del TACRC es coherente con los postulados de la vigente Directiva sobre contratación pública y de la nueva LCSP. Sin embargo, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) de momento no lo comparte. Así, su reciente Resolución de 17 de abril de 2019 rechaza un límite de saciedad del 30 %, dado que sigue

entendiendo que estos límites de saciedad infringen los principios de proporcionalidad, igualdad, eficiencia y selección de la oferta con mejor relación calidad-precio. La referida Resolución del TCCSP considera que el umbral de saciedad “impide que los licitadores presenten ofertas más competitivas y las desincentiva, en tanto que el esfuerzo económico no tiene recompensa”.

Hay que decir que esta interpretación entiende que la competitividad de la oferta y el esfuerzo de los licitadores solo pueden manifestarse en el precio, cuando tanto la Directiva como la LCSP tienen una visión mucho más amplia e integradora de los diferentes criterios de adjudicación. Esta Resolución del TCCSP dice conocer la doctrina y los pronunciamientos puntuales de otros tribunales administrativos, pero de momento se mantiene anclada en los posicionamientos anteriores, y cerrada al nuevo punto de vista expuesto en la Resolución 976/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

3

Muchas de las fórmulas actualmente utilizadas hacen que las valoraciones puedan incurrir en el llamado “efecto céntimo”

Las Administraciones públicas, para la valoración de las ofertas económicas en la adjudicación de los contratos, utilizan a menudo fórmulas del tipo siguiente:

$$POi = MaxP \times \frac{(PBL - Oi)}{(PBL - MO)} = MaxP \times \frac{BOi}{BMO}$$

Precio hasta X puntos

POi: Puntuación de la oferta valorada

MaxP: Puntuación máxima

PBL: Presupuesto base de licitación

Oi: Oferta a valorar

MO: Mejor oferta

BOi: Baja de la oferta a valorar

BMO: Baja de la mejor oferta

Esta fórmula (la denominaré también “fórmula actual”) otorga siempre la máxima puntuación posible a la oferta económica más barata, por pequeño

que sea el importe de la baja. Es una fórmula que responde al criterio imperante en las anteriores leyes de contratación pública, que era obtener un precio de adjudicación lo más bajo posible (otra cosa era el coste final del contrato y la calidad alcanzada). Sin embargo, esta fórmula plantea un problema importante: a medida que las diferencias entre los importes de las distintas ofertas económicas son más pequeñas y estas ofertas son más cercanas al tipo de licitación, se distorsiona el resultado de la valoración con unas puntuaciones que no guardan proporción con la diferencia económica real entre las ofertas. Esto puede provocar que por unos pocos euros de diferencia una oferta técnicamente poco valiosa pueda obtener en la valoración total más puntos que una oferta técnicamente muy buena y solo unos cuantos euros más cara. Es el llamado “efecto céntimo”.

Esta distorsión da lugar a una valoración y adjudicación contrarias al criterio de la mejor relación calidad-precio que debe inspirar la adjudicación de los contratos, de acuerdo con la vigente Directiva 2014/24/UE de contratación y la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

4

Dos fórmulas de valoración que permiten obtener una puntuación proporcional de las ofertas económicas y evitar el efecto céntimo

De acuerdo con lo expuesto, deberíamos encontrar una fórmula de valoración de las ofertas económicas (que podría ser aplicable también a otros criterios de valoración automática) lo más favorable posible a la adjudicación según el criterio de la mejor relación calidad-precio. Una fórmula que dé mayor puntuación a la oferta más económica, pero que evite la distorsión que supone la aplicación de fórmulas como la reproducida en el punto anterior, de forma que la valoración del precio, o de otros criterios de valoración automática, quede proporcionada y equilibrada respecto al resto de criterios de adjudicación.

La aplicación de la fórmula actual implica que el recorrido de la baja que es objeto de puntuación, que se inicia con el tipo de licitación (0 puntos), culmina en el punto de la oferta más económica (máxima puntuación). Esto supone que cuando las ofertas se acercan al precio de licitación, lo que debería ser habitual si se aplican los nuevos criterios legales para fijar el presupuesto de licitación, una pequeña diferencia de precio en la oferta supone la atribución de una puntuación desproporcionadamente alta.

Hay una fórmula proporcional lineal que se ajusta razonablemente a los principios de proporcionalidad y previsibilidad en las reglas de valoración: aquella que atribuye cero puntos al tipo de licitación y sitúa la puntuación

máxima en el umbral de baja desproporcionada o anormal según los criterios previstos en el propio pliego, o subsidiariamente en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001. Con este criterio los licitadores no saben cuánto se valorará su baja en la oferta económica, pero sí pueden esperar que su esfuerzo en ofrecer una buena propuesta técnica será debidamente valorado y no quedará sin efecto por una mínima diferencia en las ofertas económicas de sus competidores.

A mi entender, esta fórmula no contradice la doctrina que prohíbe establecer umbrales de saciedad que penalicen las ofertas más baratas, ya que tales umbrales pueden no ser admisibles mientras las ofertas se mueven dentro de la “normalidad”. Pero la cosa cambia cuando una oferta es anormal (o “temeraria” según la anterior denominación) y genera dudas sobre su viabilidad, por lo que debe tramitarse el procedimiento del artículo 149.4 de la LCSP. Desde la prudencia y la lógica de una buena administración, no tiene mucho sentido seguir aumentando la puntuación de una oferta una vez ya ha traspasado el umbral de la presunta temeridad o anormalidad, por mucho que luego esta oferta se pueda acabar admitiendo por haber justificado su viabilidad.

Esta fórmula proporcional lineal (que llamaremos “Primera fórmula alternativa”) es sencilla, de forma que no necesita traducirse en una función matemática, sino que basta con seguir estos tres pasos:

- 1.º) Se establece el umbral por debajo del cual las ofertas incurrirán en presunción de anormalidad aplicando los criterios previstos en el artículo 85.3 del Real Decreto 1098/2001¹. La baja correspondiente a este umbral constituirá la puntuación máxima prevista para la oferta económica.
- 2.º) Se divide la diferencia entre el tipo de licitación y el umbral de la oferta anormalmente baja, por el total de puntos de la oferta económica, para saber a cuántos euros de baja corresponde cada punto (ratio euros / punto).
- 3.º) Se obtiene la puntuación de la oferta de cada licitador dividiendo el importe de su respectiva baja por la ratio euros / punto.

Esta primera fórmula alternativa evita el “efecto céntimo”, establece una relación lineal, proporcional y relativamente previsible entre baja económica y puntuación, y sitúa el umbral de saciedad en el punto a partir del cual la oferta económica se considera anormalmente baja.

Para los que prefieren las fórmulas matemáticas, en el exhaustivo estudio “Los criterios de adjudicación: Aspectos prácticos en la valoración del

1. Más adelante se explicarán las razones para limitar la aplicación del art. 85 a su párrafo 3.

precio”, de Manuel FUEYO BROS², se recoge como fórmula número 11 la que reproducimos a continuación, que, según este estudio, ha sido empleada por el Consejo de Cuentas de Castilla y León:

$$POi = \text{MaxP} \times \frac{\text{PBL} - Oi}{(\text{PBL} - \text{CB})}$$

POi: Puntuación de la oferta valorada

MaxP: Puntuación máxima

PBL: Presupuesto base de licitación

Oi: Oferta a valorar

CB: Cuantía menor entre la oferta no considerada anormal según el artículo 85 del RCAP y una cuantía que se fija en los pliegos, bien en valores absolutos o como un porcentaje de baja sobre el PBL

Al pie de página reproducimos el texto del artículo 85 del Reglamento de la LCAP³.

2. Ponencia de Manuel FUEYO BROS. Zaragoza, 14-5-2015. Fundación Ramón Sáinz de Varanda.

3. **Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas**

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.
4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.
5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.
6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

Esta fórmula número 11 da un resultado muy similar a la primera fórmula alternativa que acabamos de exponer y resulta adecuada, si bien, en mi opinión, se puede simplificar según se expone a continuación. Para determinar el umbral de la oferta anormal (CB) a los solos efectos de la valoración de la oferta, se propone que la remisión al artículo 85 del Real Decreto 1098/2001 no sea al conjunto de este precepto, sino solo a su apartado 3, por las siguientes razones:

- El apartado 1 resulta irrelevante a efectos de valoración del precio cuando se presenta una sola oferta.
- El apartado 2 implica situar el umbral de la anormalidad 20 puntos por debajo de la oferta más alta, lo que supondría en la práctica reducir demasiado las diferencias de puntuación de las dos ofertas, al ser el recorrido de la puntuación total mucho más largo.
- El apartado 4 complica innecesariamente el cálculo a efectuar, teniendo en cuenta la finalidad que aquí se persigue: fijar un criterio objetivo y proporcional de valoración de las ofertas económicas (extensible a otros criterios de valoración mediante fórmulas).

En la determinación del umbral de la anormalidad (CB), en general se podrá prescindir de la cifra o porcentaje de referencia a prever específicamente en el pliego de condiciones, que se contempla en la fórmula núm. 11 del estudio de Manuel FUEYO, y utilizar solo la cifra resultante del artículo 85.3 del Real Decreto 1098/2001. Solo cuando el órgano de contratación considere que se deben seguir puntuando las bajas de las ofertas más allá del umbral resultante del artículo 85.3, tiene sentido que los pliegos fijen un límite de referencia de las ofertas más bajo que alargue el recorrido de la valoración de la baja.

Por lo tanto, se propone como segunda fórmula alternativa la siguiente:

$$POi = \text{Max}P \times \frac{\text{PBL} - O_i}{(\text{PBL} - \text{CB})}$$

CB: cuantía de la oferta situada en el umbral de la anormalidad según el artículo 85.3 del Real Decreto 1098/2001.

Cuando aplicando esta fórmula la puntuación resultante de una oferta supere la puntuación máxima prevista para la oferta económica, aquella oferta obtendrá la referida puntuación máxima.

5

Comparación práctica de la fórmula actual con la segunda fórmula alternativa propuesta

Para comparar la diferente puntuación que resulta de aplicar una u otra fórmula, vamos a aplicar a un par de casos concretos la fórmula referida al punto 3 de este estudio y la segunda fórmula alternativa que acabamos de proponer.

El presupuesto básico de licitación (PBL) y las ofertas son siempre en euros.

LICITACIÓN CASO 1)

PBL: 100 000

Oferta A: 90 000

Oferta B: 80 000

Oferta C: 70 000

Puntuación precio: 50 puntos.

FÓRMULA ALTERNATIVA

Media aritmética: 80 000

Media aritmética menos 10 puntos: 72 000

$$PA = 50 \times \frac{100.000 - 90.000}{100.000 - 72.000} \quad PA = 50 \times \frac{100.000 - 90.000}{100.000 - 72.000} = 17'85$$

$$PB = 50 \times \frac{100.000 - 80.000}{100.000 - 72.000} \quad PB = 50 \times \frac{100.000 - 80.000}{100.000 - 72.000} = 35'71$$

$$PC = 50 \times \frac{100.000 - 70.000}{100.000 - 72.000} \quad PC = 50 \times \frac{100.000 - 70.000}{100.000 - 72.000} = 53'57 = 50$$

FÓRMULA ACTUAL

$$PA = 50 \times \frac{100.000 - 90.000}{100.000 - 70.000} \quad PA = 50 \times \frac{100.000 - 90.000}{100.000 - 70.000} = 16'66$$

$$PB = 50 \times \frac{100.000 - 80.000}{100.000 - 70.000} \quad PB = 50 \times \frac{100.000 - 80.000}{100.000 - 70.000} = 33'33$$

$$PB = 50 \times \frac{100.000 - 70.000}{100.000 - 70.000} \quad PB = 50 \times \frac{100.000 - 70.000}{100.000 - 70.000} = 50$$

Puntuación fórmula alternativa: Puntuación fórmula actual:

A: 17'85

A: 16'66

B: 35'71

B: 33'33

C: 50

C: 50

LICITACIÓN CASO 2)

PBL: 100 000

Oferta A: 99 500

Oferta B: 99 000

Oferta C: 98 500

Puntuación precio: 50 puntos.

FÓRMULA ALTERNATIVA

Media aritmética: 99 000

Media aritmética menos 10 puntos: 89 100

$$PA = 50 \times \frac{100.000 - 99.500}{100.000 - 89.100} \quad PA = 50 \times \frac{100.000 - 99.500}{100.000 - 89.100} = 2'29$$

$$PB = 50 \times \frac{100.000 - 99.000}{100.000 - 89.100} \quad PB = 50 \times \frac{100.000 - 99.000}{100.000 - 89.100} = 4'58$$

$$PC = 50 \times \frac{100.000 - 98.500}{100.000 - 89.100} \quad PC = 50 \times \frac{100.000 - 98.500}{100.000 - 89.100} = 6'88$$

FÓRMULA ACTUAL

$$PA = 50 \times \frac{100.000 - 99.500}{100.000 - 89.500} \quad PA = 50 \times \frac{100.000 - 99.500}{100.000 - 89.500} = 16'66$$

$$PB = 50 \times \frac{100.000 - 99.000}{100.000 - 89.500} \quad PB = 50 \times \frac{100.000 - 99.000}{100.000 - 89.500} = 33'33$$

$$PB = 50 \times \frac{100.000 - 98.500}{100.000 - 89.500} \quad PB = 50 \times \frac{100.000 - 98.500}{100.000 - 89.500} = 50$$

Puntuación fórmula alternativa: Puntuación fórmula actual:

A: 2'29

A: 16'66

B: 4'58

B: 33'33

C: 6'88

C: 50

Si se considera excesivo fijar la puntuación máxima en el umbral del 10 % por debajo de la media aritmética de las ofertas presentadas (artículo 85.3 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), y se quiere reducir la distancia entre el tipo de licitación (0 puntos) y el umbral de la anormalidad (máxima puntuación), cabría la posibilidad de adaptar la fórmula, variando, a los solos efectos de la valoración de la oferta económica, el referido umbral. Así, si en la LICITACIÓN CASO 2) sustituimos el umbral de anormalidad del 10 % por debajo de la media aritmética de las ofertas presentadas por el del 5 %, resultarían las siguientes diferencias en la puntuación:

Puntuación fórmula alternativa:	Puntuación fórmula alternativa (umbral 5 %):
A: 2'29	A: 4'54
B: 4'58	B: 9'09
C: 6'88	C: 13'63

6 Conclusiones

- 1.^a) Los casos analizados ponen de manifiesto que, cuando la diferencia entre el importe de las ofertas económicas es pequeña y las ofertas son muy cercanas al tipo de licitación (licitación caso 2), la fórmula actual distorsiona el resultado de la puntuación con una sobrevaloración de la diferencia económica entre las ofertas. Esto provoca que, por una mínima diferencia en la oferta económica, una oferta técnicamente poco valiosa pueda obtener en la valoración total más puntos que una oferta técnicamente muy superior y solo un poco más cara. Las dos fórmulas alternativas propuestas evitan el llamado “efecto céntimo”, la actual no. En esta, la distorsión en la puntuación de la oferta económica que se produce va en contra del principio de la mejor relación calidad-precio, que debe inspirar la adjudicación de los contratos de acuerdo con la nueva legislación de contratos.
- 2.^a) La comparación de las dos fórmulas pone de manifiesto otro aspecto importante. A pesar de la importante diferencia entre las ofertas económicas que cada empresa hace en las dos licitaciones, aplicando la fórmula actual las empresas obtendrían exactamente la misma puntuación en la licitación 1 y en la licitación 2, mientras que en la fórmula alternativa la puntuación resultante refleja la diferencia real que existe en ambos casos entre las diversas ofertas económicas. Por lo tanto, la fórmula alternativa propuesta cumple el principio de proporcionalidad entre oferta

económica y puntuación, y la actual no. Y cumple el principio de que en condiciones de perfecta igualdad en el resto de criterios, incluidos los técnicos, la oferta más barata sea la más ventajosa.

- 3.^a) El hecho de que con las fórmulas propuestas no siempre se repartan todos los puntos posibles de la oferta económica (licitación caso 2) no merece ninguna objeción, de la misma forma que se acepta con normalidad que en la valoración de las ofertas técnicas a menudo no se concede la máxima puntuación a ningún licitador. Hay que considerar que a la menor puntuación efectivamente otorgada no le falta motivación (tal como ocurría en algunas fórmulas frecuentemente utilizadas en la práctica), sino que es estrictamente proporcional a la baja presentada por las empresas. Si el resto de criterios de adjudicación, en particular aquellos que valoran la calidad técnica de las ofertas, están bien planteados y se valoran correctamente, se conseguirá una puntuación global en la que ganará la oferta que ofrezca una mejor relación calidad-precio.
- 4.^a) Las dos fórmulas alternativas propuestas no solo permiten que el ente contratante se ajuste al principio legal de adjudicación según la mejor relación calidad-precio, sino que incentivan a los licitadores a presentar propuestas que permitan “obtener obras, suministros y servicios de gran calidad”, tal como propugna la nueva LCSP.
- 5.^a) Las fórmulas propuestas suponen un umbral de saciedad razonable y justificado, dado que se sitúa en el punto a partir del cual la oferta incurre en presunción legal de anormalidad, por lo que no resulta prudente puntuarla en todo lo que supere este umbral.
- 6.^a) Las fórmulas propuestas se ajustan al requerimiento legal de transparencia en la contratación, en el sentido de que los licitadores pueden prever razonablemente la correspondencia y proporción entre la puntuación que obtendrá su esfuerzo destinado a presentar una oferta técnicamente de calidad, y su intento de ofrecer un precio lo más económico posible.

La malversación del patrimonio público

ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de Barcelona

1. Introducción
2. La malversación propia, cometida por autoridad o funcionario público
 - 2.1. La administración desleal de patrimonio público
 - 2.2. La apropiación de efectos o caudales públicos
3. Tipo agravado de malversación
4. Tipo atenuado de malversación
5. Subtipo privilegiado
6. Falseamiento y entrega de información económica pública
7. La malversación impropia
8. Delitos relacionados con el urbanismo y malversación del patrimonio público. Algunas reflexiones
9. La malversación del patrimonio público mediante la administración desleal y la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*
10. Conclusión
11. Bibliografía

Resumen

El presente trabajo trata de ofrecer un conocimiento básico del régimen actualmente vigente del delito de malversación del patrimonio público en el Código Penal, introducido mediante la reforma de este a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La novedad que consideramos más relevante reside en la ampliación de los supuestos que ahora podrán ser constitutivos del delito de malversación, gracias a la aparición de la modalidad de la administración desleal de los bienes públicos, solucionando también situaciones polémicas que antes de la citada

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

reforma no estaba claro si estaban incluidas o no en la regulación de la malversación, limitada a los “caudales públicos”. Se pretende también en este trabajo hacer algunas reflexiones sobre la incidencia que esa reforma podrá tener en los delitos relacionados con el urbanismo, teniendo en cuenta la especialidad del autor de la ponencia, así como comentar la aplicación de ese nuevo delito de administración desleal de los bienes públicos en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, relativa al *procés*.

Palabras clave: *patrimonio público; malversación propia e impropia; administración desleal; perjuicio patrimonial; incidencia de la reforma de 2015 en los delitos relacionados con el urbanismo y STS 459/2019, de 14 de octubre sobre el procés.*

The embezzlement of public assets

Abstract

The article tries to offer a basic knowledge of the current regime of the crime of embezzlement of public assets in the Criminal Code, introduced by means of the reform of this through the Organic Law 1/2015, of March 30. The novelty that we consider most relevant lies in the extension of the assumptions that may now be constitutive of the crime of embezzlement, thanks to the appearance of the modality of unfair administration of public goods, also solving controversial situations that before the aforementioned reform was not clear whether or not they were included in the regulation of embezzlement, which was limited to “public flows”. The article also pursues to make some reflections on the impact that this reform may have on urban-related crimes, taking into account the expertise of the author of the paper, as well as commenting on the application of this new crime of unfair administration of public goods in the recent Supreme Court ruling 459/2019, of October 14, concerning the Catalan secessionist challenge.

Keywords: public assets; own and improper embezzlement; unfair administration; property damage; incidence of the reform of 2015 on the crimes related to urban planning; judgment of the Spanish Supreme Court nº 459/2019, of October 14, on the Catalan secessionist challenge.

1

Introducción

Si pensamos en los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública seguramente uno de los primeros que se nos aparecerá será el delito de malversación de caudales públicos. Este ha sido entendido tradicionalmente como el delito que comete una autoridad o un funcionario público cuando se apodera de tales bienes. Suele ser considerada por la sociedad como una de las infracciones penales más despreciables en ese ámbito de lo público junto al delito de cohecho, donde la autoridad o funcionario público recibe alguna dádiva para hacer actos justos o injustos propios de su cargo.

A lo largo de los últimos años la corrupción política ha venido generando multitud de procedimientos penales en España y ha llegado a convertirse en una de las principales preocupaciones de la ciudadanía. Consciente de ello, el legislador español ha tratado de dar muestras de una mayor contundencia en su propósito de atajar ese problema, y una muestra de ello la encontramos en la redacción vigente de las distintas modalidades de ese delito en el Código Penal, una vez entró en vigor la importante reforma realizada a dicho texto legal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Como veremos a continuación, el régimen actual del delito de malversación ha sufrido un cambio radical a raíz de esa reforma, siendo uno de los aspectos más llamativos la extensión del campo de aplicación de esta figura delictiva al ámbito de la gestión desleal de los bienes públicos. De este modo nos encontramos ahora con dos clases de malversación: la clásica basada en la apropiación de caudales públicos, y la nueva de administración desleal de bienes públicos.

El bien jurídico protegido en el delito de malversación consiste para algunos en la obligación de las autoridades y funcionarios públicos de actuar con fidelidad y lealtad en la custodia o administración de esos bienes públicos. Para otros consiste en el patrimonio público, entendido más desde una perspectiva funcional que propiamente económica. Por esa razón también es un delito que protege claramente a la Administración pública y a su correcto funcionamiento, hallándose por ello dentro del Capítulo VII del Título XIX del Código Penal, que tiene por rúbrica “Delitos contra la Administración pública”, regulándose en el mismo otros delitos cuya comisión afecta claramente a ese correcto funcionamiento de lo público, como el cohecho (arts. 419-427 bis), el tráfico de influencias (arts. 428 a 430), la prevaricación (arts. 404 a 406) o las negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos (arts. 439 a 444).

Sobre esta cuestión acerca de qué se trata de proteger mediante el delito de malversación, el Tribunal Supremo, en su sentencia 362/2018, de 18 de julio, afirmó lo siguiente:

Respecto al delito de malversación la jurisprudencia viene admitiendo (STS 238/2010, de 17 de marzo, STS 228/2014) la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa, y de otra parte, en su dimensión patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda pública (STS 687/99, de 10 de mayo).

No constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios o sus particulares asimilados a ellos y se consuma con la realidad dispositiva de los caudales.

La normativa vigente sigue manteniendo la tradicional división entre la malversación cometida por autoridad o funcionario público, denominada por la doctrina malversación propia, y la realizada por particulares en determinados casos, denominada por aquella malversación impropia. Asimismo, se ha introducido dentro de la malversación, en virtud de la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 7/2012, en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social, una nueva modalidad delictiva en el art. 433 bis del Código Penal, relativa a la falsificación y mendacidad de documentos contables internos de la Administración pública.

Destacar ya que a partir de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 los autores del delito de malversación obtendrán una notable reducción de la pena si se cumple alguno de los requisitos que veremos en el art. 434 del Código Penal, siendo uno de ellos la íntegra y efectiva reparación del perjuicio causado al patrimonio público.

A partir de la anterior reforma, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos del referido Capítulo VII “De la Malversación”, así como de todos los del Título XIX del Libro II del Código Penal, se sancionarán con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en la respectiva infracción penal.

2

La malversación propia, cometida por autoridad o funcionario público

El vigente art. 432 del Código Penal recoge la denominada malversación propia, que es la cometida por la autoridad o el funcionario público, mientras que en el art. 435 se halla la denominada malversación impropia, que es la realizada por un particular que tiene una especial relación con determinados bienes públicos o que tienen interés para lo público.

Como ya hemos indicado, la reforma de 2015 ya no regula la malversación únicamente como un delito de sustracción o apoderamiento en ese precepto, sino que incorpora junto a aquella la modalidad de la administración desleal. Llama la atención que en la regulación anterior se sancionara en el art. 433 del Código Penal a la autoridad o funcionario público que destinara a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, y en el art. 434 se sancionara a aquellos cuando, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, dieran una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración pública. Tales conductas han desaparecido formalmente del vigente Código Penal a través de esa reforma de 2015, aunque hemos de entender que fácilmente pueden incluirse dentro de las modalidades de malversación, bien en la nueva figura de administración desleal o bien en la de apropiación.

Es evidente que estamos ante un delito especial, pues lo ha de cometer una autoridad o funcionario público, concepto este que viene definido en el art. 24 del Código Penal, que es más amplio que el concepto administrativo, siendo la participación en el ejercicio de las funciones públicas el elemento crucial para determinar si una persona es o no funcionario público a los efectos penales. A pesar de que el autor ha de tener esa cualidad, es posible la participación de los particulares en esa acción, ya que cabe el concierto, colaboración o auxilio de aquellos en el delito de malversación cometido por funcionario público. No obstante, al tiempo de su sanción penal tales particulares pueden salir beneficiados por la regla establecida en el art. 65, núm. 3, del Código Penal, que permite imponer la pena inferior en grado a la señalada para el correspondiente delito si en el inductor o en el cooperador necesario de esa infracción no concurren las condiciones, circunstancias o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor.

La malversación del funcionario en sus dos modalidades de administración desleal o apropiación será normalmente cometida mediante una acción. No obstante, es posible también la realización de este delito a través de la denominada comisión por omisión, que es cuando el autor tiene una posición

de garante que puede evitar la comisión del resultado previsto en ese delito y nada hace para evitarlo, pudiendo hacerlo. En el régimen anterior a la reforma de 2015 el art. 432 del Código sancionaba expresamente en el tipo básico de malversación a la autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero sustrajere caudales o efectos públicos. Por tanto se contemplaba antes expresamente la figura de la comisión por omisión en el delito de malversación, circunstancia esta que se ha de considerar presente igualmente en la regulación vigente en atención a lo establecido en el art. 11 del Código Penal, que regula la comisión por omisión y la reserva para los delitos que consistan en la producción de un resultado.

La regulación de la malversación propia en esas dos modalidades requiere la existencia de dolo, sin que sea posible la comisión por imprudencia grave, ya que el legislador no contempla expresamente dichas conductas como delictivas. En el caso de administración desleal se necesitará la intención de causar un perjuicio al patrimonio público o, al menos, el dolo eventual, cuando se acepta por el autor que muy probablemente se originará tal resultado con esa gestión irregular, sin que sea necesario un ánimo de enriquecimiento o de lucro en los autores de este supuesto. Por tanto, en esta modalidad habrá que distinguir los supuestos dolosos, que sí que son punibles, de la frecuente gestión meramente negligente o temeraria del patrimonio público, pudiendo ser difícil en esos casos de manejo de esos bienes con gran temeridad hallar la diferencia entre el dolo eventual, que sí es punible, y la imprudencia grave, que será impune por no estar prevista en el Código.

La modalidad de malversación que se basa en la apropiación de los efectos o caudales públicos también habrá de ser dolosa y, a la vista de la remisión que actualmente se hace al delito de apropiación indebida del art. 253, deberá el autor tener el mismo ánimo que el particular responsable de ese delito común, es decir, el ánimo de incorporar esos bienes en su patrimonio personal o en el de un tercero, que no deja de ser una modalidad del ánimo de lucro propio o ajeno.

Los bienes objeto de protección en la malversación propia del art. 432 se describen como “patrimonio público” para ambas modalidades, aunque como luego veremos hay ciertas diferencias en cada modalidad que es necesario destacar. Lo que sí que es claro es que ese patrimonio público protegido es el perteneciente a cualquier Administración pública, incluyendo aquí también la Administración institucional y las empresas o entidades privadas pertenecientes a cualquier Administración, siempre y cuando el capital de aquellas sea predominantemente público.

Con el propósito de intentar esclarecer cuándo estaremos ante patrimonio público, teniendo en cuenta el incremento de sociedades o entes que lo

gestionan, el acuerdo de pleno no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 trata de fijar un criterio para determinar cuándo los actos de distracción, apropiación o administración desleal afectan a ese patrimonio público. Así, se considera en ese acuerdo que tendrán ese carácter los bienes de cualquier clase que se integren en el patrimonio de sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u organismos públicos, siempre que concurra alguno de estos supuestos:

- Si la sociedad mercantil está participada en su totalidad por las personas públicas referidas.
- Si está participada mayoritariamente por las mismas.
- Si la sociedad puede considerarse como pública, en atención a las circunstancias concretas que concurran en la misma, como por ejemplo que el objeto de esa sociedad participada sea la prestación directa o indirecta de servicios públicos o cuando participen del sector público; o que esa sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, fiscalización, inspección o intervención del Estado o de otras Administraciones públicas; o bien que esa sociedad participada haya recibido subvenciones públicas en cuantía relevante para desarrollar su objeto social y actividad.

Las dos figuras de malversación propia están sancionadas con la misma penalidad, por lo que se deduce de ello que para el legislador tiene la misma repulsa el hecho de gestionar el patrimonio público de manera desleal que apoderarse de sus efectos o caudales. La reforma de 2015 ha supuesto una rebaja del límite mínimo de la pena de prisión, pues antes, en el tipo básico no agravado, la pena a imponer era de tres a seis años de prisión, mientras que ahora será de dos a seis años, con la consiguiente posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena de prisión por ese delito cuando esta no exceda de los dos años.

También en cuanto al aspecto de la penalidad vigente, ahora la pena de inhabilitación ya no es la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años que, conforme al art. 41 del Código Penal, produce la definitiva privación de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga la autoridad o funcionario público condenado, con imposibilidad de recuperarlos u obtener otros, y la de ser elegido para cualquier cargo público durante el tiempo que dure esa pena. Ahora, con la reforma, se establece en su lugar la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis a diez años, que supone la pérdida del concreto cargo o empleo público mediante el que se cometió el delito (art. 42 del Código Penal), y se añade también la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, con la misma extensión, que priva al penado del derecho a ser elegido cargo público durante la condena (art. 44 del Código Penal).

El delito de malversación propia es competencia del Tribunal del Jurado, conforme a la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado, con las dificultades que supone que un órgano judicial formado por personas legas en derecho tenga que valorar en ocasiones hechos de gran complejidad técnica y jurídica.

Conforme a las reglas de los arts. 116 y ss. del Código Penal, y resultando un perjuicio evaluable económicamente mediante la comisión de la malversación, consideramos que el órgano judicial del orden penal tiene competencia para la determinación de esa suma y debería fijar la responsabilidad civil a favor de la Administración pública perjudicada en caso de sentencia condenatoria, con independencia de que se contemple la competencia del Tribunal de Cuentas para la determinación de la responsabilidad contable, prevista en su Ley de funcionamiento.

También consideramos que la figura del delito continuado, como se aprecia en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, es perfectamente aplicable en el delito de malversación cuando se den las circunstancias previstas en el art. 74 del Código Penal, especialmente si los supuestos de administración desleal o de apropiación se realizan en momentos distintos y no muy separados en el tiempo, siempre que su autor siga un plan preconcebido o aproveche idéntica ocasión para la comisión de esos actos. Una muestra de la aplicación de esa figura la hallamos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo 66/19, de 7 de febrero, en la que se confirma la condena por un delito continuado de malversación en su modalidad de apropiación dictada por la Audiencia Provincial de Málaga contra un concejal del Ayuntamiento de Marbella. Se reconoce allí como probado lo siguiente, que se reproduce, pues es una muestra ilustrativa y didáctica de alguna de las formas de operar para la comisión del delito de malversación, y que puede suponer la realización de auténticos saqueos del erario público:

La lectura del relato de lo probado permite obtener las siguientes afirmaciones respecto a la imputación que funda la condena del recurrente:

- 1º.— Que era concejal de Ayuntamiento de Marbella desde 1991, cuya corporación gestionó de forma ilícita los fondos municipales en perjuicio de la sociedad marbellí y en beneficio del acusado, así como de otros concejales y personas aquí no juzgadas, lo que se ocultó a la fiscalización llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas*
- 2º.— Que consciente y libremente, el recurrente contribuyó a aquel ilícito manejo de fondos públicos, “bien creando el entramado de sociedades municipales o bien participando en los órganos de administración de esas mercantiles, a las que fueron traspasados fondos públicos municipales provenientes en su origen del Ayuntamiento,*

para de esta forma a los órganos públicos encargados de controlar el gasto, se les privó del poder de supervisar su último destino” (sic). Se añade que “el acusado, junto con otros, a través de las sociedades participadas, realizaban habitualmente pagos mediante talones al portador o entrega en efectivo por importes elevados con la finalidad de ocultar el destino de los fondos”, (sic) (hecho probado cuarto). Y se concluye (ibídem) que el resultado de esta actuación fue la distracción de 81 700 000 euros.

3º.— *La citada fiscalización detectó que la contabilidad no reflejaba la situación real, existiendo un “vaciamiento patrimonial de los fondos municipales” realizado fundamentalmente a través de aquellas sociedades municipales dando cuenta el hecho probado de operaciones concretas a través de hasta diez sociedades.*

A continuación vamos a realizar una descripción separada de ambas modalidades de malversación:

2.1

La administración desleal de patrimonio público

Como ya hemos indicado, la reforma del Código Penal de 2015 ha supuesto una notable ampliación de las conductas que ahora pueden ser susceptibles de ser tipificadas como malversación, debido a la tipificación de esta modalidad de la administración desleal. Ciertamente, si estaba ya previsto en nuestra legislación penal desde el Código Penal de 1995 el delito de administración desleal del anterior art. 295 dentro de los delitos societarios, que afectaba a los administradores de hecho o de derecho de sociedades de derecho privado o a sus socios cuando gestionaban fraudulentamente el patrimonio social, era previsible que una figura similar tenía que introducirse para aquellos funcionarios o autoridades que realizaran esas conductas al gestionar el patrimonio público. Era pacífica la idea de que era exigible una mayor diligencia y rigor a los gestores de los recursos públicos que a aquellos que gestionan los bienes ajenos que son privados, pues aquellos tienen una finalidad esencial de servicio a los ciudadanos. Además, poco a poco también ha tenido influencia la consolidación que se ha producido en los últimos años del derecho a una buena administración, y que tiene como contrapartida la obligación de que todos los responsables públicos deben observar un especial deber de cuidado en la adopción de sus decisiones, teniendo reflejo tal derecho en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, integrado en el Tratado de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2017 (Tratado de Lisboa).

Por tanto, ante tales circunstancias podría considerarse una anomalía la inexistencia de un delito de administración desleal en relación con el patrimonio público en el Código Penal. La referida reforma de 2015 fue la ocasión para solucionar esa situación, y la justificación podía encontrarse además en los múltiples casos de despilfarro de lo público durante la época de la bonanza económica española, iniciada en los años noventa del siglo pasado y que finalizó hacia el año 2008, con la adopción de drásticos y dolorosos recortes presupuestarios. La gran mayoría de esos supuestos polémicos de desastrosa gestión quedaron vedados a la investigación criminal, por la falta de un precepto que contemplara esa figura de la administración desleal al tiempo de su comisión. Nunca sabremos si esos desaguizados en forma de despilfarro se hubieran evitado o no en caso de ya existir esa nueva figura de administración desleal de lo público, pero seguro que igual tal previsión penal hubiera hecho reflexionar a más de uno antes de adoptar su comprometida decisión.

Según la actual redacción del art. 432.1 del Código Penal: “La autoridad o funcionario público que **cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público**, será castigado con una pena de **prisión** de dos a seis años, **inhabilitación especial para cargo o empleo público** y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años”.

Por tanto, para esta modalidad de malversación basada en la administración desleal del patrimonio público el legislador se remite a otro precepto del Código Penal, en concreto al art. 252, que regula el delito de la administración desleal realizada por los particulares, dentro del Título XII relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Se tendrá que hacer, pues, una traslación de esa modalidad de administración desleal de bienes de terceros del art. 252 al ámbito de la gestión o administración del patrimonio público, con todas sus particularidades, lo cual puede representar dificultades de interpretación y aplicación.

La referida STS 362/2018, de 18 de julio, pone de manifiesto la trascendencia de esta reforma, al afirmar:

No en vano, es distinta la actual redacción y regulación que sobre este tipo delictivo se realiza en el vigente Código Penal, que a tal fin recoge expresamente una doble remisión, el párrafo 1º al art. 252 y el párrafo 2º al 253, es decir a la Administración desleal (y en este se incluyen los inmuebles y los derechos de superficie, edificación, aprovechamientos, etc.) por quien debe administrar el patrimonio ajeno (público en esta malversación del vigente Código), y la apropiación indebida (253) referida a dinero, efectos, valores o cosa mueble.

Regulación actual más amplia, específica, concreta y detallada que la anterior, que procede de la necesidad de inclusión y de existencia de

ley expresa, previa, escrita y aprobada del hecho delictivo, y de donde se desprende que la inclusión anterior, siendo “cuando menos dudosa”, e implicaba, en aplicación del principio general del derecho penal de “in dubio pro reo” su no aplicabilidad.

No se puede negar que la incorporación de esta modalidad es un aspecto muy positivo de la reforma a los efectos de la prevención de prácticas muy censurables de los gestores del patrimonio público, pues antes de dicha regulación muchos actos de disposición o mala gestión realmente reprobables quedaban, como ya se ha apuntado, fuera del ámbito de la malversación y se tenía que buscar su posible encaje en otros preceptos del Código, como por ejemplo el delito de fraude a la Administración del art. 436 del Código Penal o el de prevaricación genérica del art. 404 del mismo cuerpo legal. Eran supuestos en que en esa gestión desleal irregular no había habido una efectiva distracción o apropiación de efectos o caudales públicos, aunque sí se había producido un perjuicio al patrimonio público desde una perspectiva económica o funcional.

El mencionado art. 252 del Código Penal, que se halla dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, establece: “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, **los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno**, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, **las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado**”.

Si relacionamos los anteriores arts. 432, núm. 1, y 252 del Código, ello nos lleva a concluir que incurrirá en esta modalidad de malversación de administración desleal la autoridad o el funcionario que, teniendo facultades para administrar el patrimonio público, las infrinja, excediéndose en el ejercicio de las mismas y causando, de esa manera, un perjuicio al patrimonio público administrado.

Dicha autoridad o funcionario público ha de entenderse que ha de tener capacidad de gestión del patrimonio público para poder cometer este delito. Ha de tener encomendadas de alguna manera facultades de administración de los bienes públicos, las cuales ha de infringir produciendo un perjuicio al patrimonio que administra. No obstante, así como en el ámbito privado, especialmente en el relativo a la administración de sociedades o la gestión de patrimonio de particulares, propio del art. 252, puede ser fácil determinar quién tiene esas facultades y, por otra parte, suele haber un marco de gestión del patrimonio más flexible, en el ámbito de la Administración pública en muchas ocasiones no será tan fácil saber qué persona o personas son las concretas

responsables de esa facultad de gestión de ese patrimonio público, máxime cuando la legislación administrativa establece claramente procedimientos de control o fiscalización del gasto cada vez más rigurosos, y aparentemente difíciles de evitar. Además dicha gestión desleal podrá hacerse saltándose todos esos filtros y de manera oculta, pero también podrá ser cometida a través de decisiones administrativas contrarias a derecho y constitutivas del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal, adoptadas con luces y taquígrafos, infracción que entonces concurrirá con esa modalidad de malversación (art. 77, núms. 1 y 3, del Código Penal).

Antes de la reforma del Código Penal de 2015 a la que nos hemos referido, se exigía también en la malversación propia del art. 432 que la autoridad o el funcionario tuviera los efectos o caudales públicos objeto de apoderamiento “por razón de sus funciones”. La jurisprudencia había entendido que equivalía a que el funcionario tuviera los caudales o efectos objeto de sustracción con ocasión o en consideración a sus funciones, siendo en definitiva lo relevante que aquel gozara de la disponibilidad de hecho de los caudales públicos. Por tanto, entiendo que esta posición es la que deberá mantenerse ahora en esta modalidad de gestión desleal, en el sentido de que bastará que la autoridad o funcionario público tenga esa facultad de administración del patrimonio público en el ejercicio de su cargo, aunque sea puntual o accidental, para poder ser autor de esta modalidad de malversación.

Podrán ahora entrar claramente dentro de esa administración desleal delictiva acciones u omisiones distintas que, suponiendo un exceso de las facultades de gestión del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público, perjudican a este. Así, a título de ejemplo, podrán en la actualidad ser actos susceptibles de ser tipificados en esta modalidad de malversación:

- La venta o disposición de bienes inmuebles públicos por un precio inferior a su valor real. Posteriormente haremos referencia a la problemática relativa a la disposición del aprovechamiento urbanístico por parte de la Administración local a un menor precio del debido, que era una cuestión polémica que se planteaba con la anterior regulación del delito de malversación, pues entonces no estaba clara su tipificación.
- La adjudicación de un contrato administrativo de manera directa y, por tanto, sin concurrencia pública que impide a la Administración adjudicataria obtener unas mejores condiciones económicas.
- La aplicación o el uso particular de bienes muebles o inmuebles públicos con perjuicio para el patrimonio público. Tales conductas, como se ha indicado al principio, se hallaban antes de la reforma en los arts. 433 y 434 del Código, y han desaparecido en la regulación hoy

vigente, pues entran claramente dentro de esta nueva figura de la administración desleal del patrimonio público.

- Los gastos suntuosos e injustificados para atender servicios públicos. La naturaleza pluriofensiva de este delito, como se afirma en la referida STS, permite incluir aquí supuestos de gastos excesivos en lo público y que carecen de una lógica justificación para alguien que gestiona un patrimonio ajeno. Pensemos aquí en un alcalde que para decorar su despacho oficial compra un cuadro de Picasso o decide renovar el parque móvil de la Policía local con vehículos de alta gama. En estos supuestos se podrá alegar que no hay perjuicio efectivo al patrimonio municipal, pues en el ayuntamiento constará en su inventario que se ostenta un cuadro de un famoso pintor con un valor incalculable (que podrá subir o bajar según las circunstancias del mercado del arte), o bien constará en aquel el apunte contable de unos vehículos con su valor elevado de compra (que irá depreciándose con el paso del tiempo). Ante esa alegación habrá que contestar diciendo que el concepto de patrimonio público no es solamente económico, sino también funcional, pues el perjuicio a aquel se producirá cuando el gasto generado o comprometido sea innecesario para la atención de las necesidades ordinarias de la Administración.
- La disposición de cantidades para la realización de actos claramente contrarios al ordenamiento jurídico. Nos remitimos aquí al comentario de la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*, que realizamos más adelante en un apartado específico. En esta reciente sentencia el alto Tribunal hace una aplicación de esta figura de la administración desleal ante la realización o el compromiso, por parte de responsables políticos, de gastos destinados a realizar actos contrarios a derecho (convocatoria y realización de un referéndum como paso previo para una supuesta posterior independencia de Cataluña).
- La ocultación no justificada de bienes públicos, que quedan sin control alguno.
- La condonación de créditos a favor de la Administración pública sin motivos razonables.
- La realización de contratos públicos sin contraprestación o con prestación que tiene un valor inferior al precio establecido. Hasta ahora estos hechos solían encuadrarse solamente en el delito de fraude a la Administración del art. 406 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación

pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o usare de cualquier otro beneficio para defraudar a cualquier ente público. Ahora se planteará también en estos casos la concurrencia con esta modalidad de malversación por administración desleal, la cual presentará una mayor penalidad que la prevista en ese art. 436 cuando, debido a esa contratación fraudulenta, concorra alguna de las circunstancias de la modalidad agravada del número 3 del art. 432 del Código Penal, a la que después haremos referencia. Dado que se acreditó el apoderamiento de las sumas procedentes del erario público en la sentencia del Tribunal Supremo 277/2018, de 8 de junio, se ratifica la condena por malversación y otros delitos en el conocido caso *Noos*, basado en la simulación por parte de los acusados de un contrato con la Administración que sirvió de base para la ilícita apropiación del dinero público.

- La ocultación de un procedimiento sancionador o de recaudación. Sin perjuicio de que esos hechos pueden constituir un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del Código Penal, cuando esa ocultación crea esa situación de perjuicio patrimonial (se dejará de obtener por la Administración el importe de la multa o de la liquidación tributaria o de la Seguridad Social, por ejemplo) y se ha buscado con ese propósito o se ha aceptado ese resultado podrá lógicamente aplicarse esta modalidad de la administración desleal. A la misma conclusión habría que llegar respecto a los supuestos, nada infrecuentes, de paralización injustificada de procedimientos sancionadores o de recaudación.
- En un apartado específico haremos referencia al otorgamiento de licencias urbanísticas ilegales y su repercusión para el patrimonio público.

El resultado que ha de producir la modalidad de administración desleal, conforme a la remisión que el art. 432 hace al art. 252 del Código Penal, ha de ser “un perjuicio al patrimonio administrado”, según se exige en este último precepto. Este perjuicio podrá consistir en una lesión al patrimonio público, entendido este desde la perspectiva meramente económica (pérdida económica), pero también cuando esa pérdida afecta al patrimonio público entendido desde la vertiente funcional. Lo importante será, pues, el exceso en el ejercicio de las facultades de administración de ese patrimonio, y que tenga un efecto negativo sobre el mismo. La reciente STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el *procés*, considera que existe ese perjuicio para el patrimonio público exigido por este tipo penal con el nacimiento de la obligación o del compromiso de un gasto público, aunque posteriormente el acreedor renuncie

a su crédito. Más adelante volveremos sobre ello al comentar esta sentencia en el último apartado.

Esta modalidad de malversación en muchas ocasiones será detectada en virtud de las facultades de control que tienen organismos creados con esta finalidad, como sucede con el Tribunal de Cuentas o la *Sindicatura de Comptes de Catalunya*. Una muestra de la importancia de esa fiscalización la hallamos en la mencionada STS 66/19, de 7 de febrero, donde las relevantes irregularidades realizadas por responsables políticos del Ayuntamiento de Marbella, que desviaban dinero público a través de sociedades mercantiles, fueron descubiertas por el Tribunal de Cuentas.

Teniendo en cuenta la penalidad prevista para este delito en el tipo básico, la prescripción del mismo se situará, conforme al art. 131 del Código Penal, en los diez años, periodo este que podrá permitir normalmente la incoación del procedimiento penal para el esclarecimiento y la persecución de estos delitos, teniendo en cuenta que aquellos organismos de control suelen descubrir las irregularidades y las comunican al fiscal o a la autoridad judicial muchos años después de la comisión de los actos delictivos. Por otro lado, el hecho de la detección de la existencia de una irregularidad o un alcance por dichos órganos de fiscalización, no implica necesariamente la existencia del delito de administración desleal, aunque sí que podrá exigir la apertura de una investigación si se comunican los hechos a la autoridad judicial o fiscal competente.

No siendo posible la sanción de la persona jurídica en este delito, será necesario acreditar durante la investigación la persona o personas físicas concretas que hayan participado, de manera activa o mediante comisión por omisión, en ese abuso de las facultades en que se basa la modalidad de administración desleal. Ciertamente, en el ámbito administrativo, como se ha mencionado, las posibilidades de decisión sobre el alcance del gasto y las finalidades a atender con el mismo pueden estar determinadas legalmente, pero también hay margen para la discrecionalidad en esa opción, lo cual puede afectar al tiempo de la valoración de los hechos supuestamente abusivos. Además, junto a los órganos de control y fiscalización externos y que cada vez son más amplios, nos encontramos con que las normas administrativas (entre otras, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera de las Administraciones públicas; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley de Haciendas Locales aprobada mediante el Real decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) establecen órganos internos de control en las distintas Administraciones públicas, siendo en este sentido importante el papel que los interventores juegan a los efectos de evitar tales conductas mediante los apercibimientos corres-

pondientes, así como poniéndolas en conocimiento de la autoridad fiscal o judicial en cuanto tengan conocimiento. Una fiscalización en sentido distinto, especialmente al no tratar de evitar los actos de administración desleal, puede suponer situar a aquellos, dada su posición de garantes derivada de sus obligaciones legales, en cooperadores necesarios de ese delito de malversación. No en vano el político que ha realizado esos actos, en cuanto sea investigado, pondrá de manifiesto que ningún reparo recibió de ese funcionario al tiempo de excederse en sus facultades de administración del patrimonio público.

Volveremos más adelante a tratar esta nueva modalidad de malversación al comentar las consecuencias patrimoniales del otorgamiento de licencias urbanísticas ilegales, la disposición irregular del aprovechamiento urbanístico, o la aplicación de este delito en la STS 459/2019, de 14 de octubre.

2.2

La apropiación de efectos o caudales públicos

El art. 432, en el número 2, establece: “Se impondrá la misma pena a la **autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 253 sobre el patrimonio público**”.

El art. 253 sanciona a los que, “en perjuicio de otro, **se apropiaren de dinero, efectos, valores o cualesquiera otra cosa mueble**, que hubieran recibido en depósito, comisión, custodia, o que les hubieren sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negasen haberlos recibido”.

Aquí la autoridad o funcionario público se apropia de bienes muebles de la Administración que tiene confiados, aunque sea de manera puntual. Tanto podrá realizar la acción a su favor como podrá permitir, en atención a su posición de garante de esos bienes, que otra persona se apropie de ellos.

Tales bienes objeto de esa acción, teniendo en cuenta esa conexión del art. 432 con el art. 253 del Código Penal, han de ser bienes de naturaleza mueble que puedan ser considerados patrimonio público al tiempo de producirse la acción de apropiación. Por tanto, teniendo en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales, no solo serán aquellos que ya formen parte de ese patrimonio, sino también aquellos que estén llamados a integrarse en el mismo y estén en poder de la autoridad o funcionario que los distraiga o permita que otro lo haga. Pensemos, por ejemplo, en los supuestos del dinero de la recaudación obtenido por una Administración de Loterías del Estado, las sumas obtenidas en concepto de multa por un agente de policía de tráfico, o el dinero recibido de un contribuyente por un funcionario encargado de la recaudación. Son cantidades

que, como vemos, todavía no se han ingresado materialmente en las cuentas o en la caja de la Administración pública afectada, pero que tienen ese carácter de patrimonio público a los efectos del delito de malversación, pues son bienes expectantes o con clara vocación de adquirir esa condición pública en breve.

También el uso de medios personales de la Administración pública por parte de la autoridad o funcionario público para sus usos particulares se ha considerado un supuesto típico de esta modalidad de malversación propia.

3

Tipo agravado de malversación

El núm. 3 del art. 432 establece lo siguiente:

Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Se hubiere causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público.***
- b) *El valor del perjuicio o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros.***

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Mediante este precepto se castiga con mayor pena el delito de malversación propia cuando se da alguna de las circunstancias que allí se exponen, con la particularidad de que la pena de prisión puede alcanzar los doce años de duración, si el perjuicio causado o los efectos apropiados exceden de los 250 000 euros.

A diferencia de la regulación anterior a la reforma de 2015, que exigía para aplicar el tipo agravado que la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas, sin precisar límite o cantidad alguna, y que además causara un daño o entorpecimiento al servicio público, en la normativa vigente tales requisitos no se han de dar conjuntamente para aplicar esta modalidad tan agravada de malversación. Vemos, pues, que ya hay aplicación de ese tipo agravado si el perjuicio causado o lo apropiado excede de los 50 000 euros, y también se aplicará ese supuesto agravado si, siendo aquel inferior, se acredita un grave entorpecimiento o daño al servicio público, lo cual no deja de ser un aspecto que tendrá que ser valorado en cada caso.

4

Tipo atenuado de malversación

El art. 433 dispone que “Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses y, en todo caso, *inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4000 euros*”.

En la redacción anterior se contemplaba también este tipo atenuado, fijando que la sustracción no debía superar los 4000 euros. Sin embargo, la pena de prisión iba de los seis meses a los tres años y se contemplaba también la pena de multa, que ahora ha desaparecido, así como la de suspensión de empleo o cargo público hasta tres años, menos afflictiva que la doble inhabilitación especial que ahora se establece.

La comisión de distintas conductas de malversación por importe inferior a los 4000 euros, siguiendo un plan prestablecido o aprovechando idéntica ocasión, permitirá la aplicación del referido delito continuado previsto en el art. 74, núms. 1 y 2, del Código Penal, que obliga a imponer la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Ahora bien, cuando el importe total de esas acciones sucesivas ya sea superior a esa suma de 4000 euros no se aplicará la modalidad atenuada, de modo que si se exceden en conjunto las cantidades previstas de los tipos agravados (50 000 o 250 000 euros) se aplicarán estos, pues la calificación jurídica vendrá determinada por ese importe total del perjuicio o del importe apropiado.

5

Subtipo privilegiado

El art. 434 prescribe que “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere **reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiere colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o la captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos**, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena **inferior en uno o dos grados**”.

Este subtipo privilegiado es una novedad que introdujo la reforma del Código Penal de 2015, pues en la redacción anterior no había ningún precepto específico en ese capítulo de la malversación que de algún modo premiara al malversador que devolviera lo sustraído o a aquel que colaborara en la inves-

tigación de los hechos delictivos. Llama la atención el precepto, pues otorga al autor unas rebajas de las penas imponibles que son muy sustanciales, y a cambio de prestaciones que tampoco parecen demasiado gravosas, como devolver lo que el autor se ha llevado. Además, la redacción del precepto es poco concreta, y se presta a que pueda alegarse su aplicación con prestaciones poco relevantes o eficaces, y por ello nada merecedoras de esos beneficios.

Este supuesto tan privilegiado es de aplicación tanto a la malversación propia como a la impropia que aparece en el artículo siguiente, pues expresamente se dice: "... el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo...". Además, también se extenderá al nuevo delito del art. 433, que regula el falseamiento de la información económica.

Se establece que podrá imponerse en caso de concurrir alguno de esos supuestos "la pena inferior en uno o dos grados", redacción que entendemos poco acertada, pues, como ya hemos visto, se imponen distintas penas conjuntas en los delitos de malversación. Parece que tendremos que entender en beneficio del reo que todas las penas serán susceptibles de esa rebaja. Como ejemplo, de aplicarse este tipo privilegiado, un supuesto de malversación básico, no agravado según el núm. 3 del art. 432, podría acabar finalmente con una condena mínima de seis meses de prisión y dieciocho meses de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para cargo o empleo público. Para el tipo privilegiado del art. 433 antes comentado la rebaja podría ser espectacular, llegando a quedar en una condena mínima de tres meses de prisión y de tres meses de la doble inhabilitación especial.

Los supuestos que permiten ese extraordinario beneficio están expuestos en el precepto de manera alternativa, siendo válido cualquiera de ellos para obtener esa rebaja.

La reparación del perjuicio causado habrá de ser eficaz y total, hasta el último céntimo de euro se entiende. En caso de no serlo sería posible aplicar la circunstancia atenuante de disminución de los efectos del delito prevista en el art. 21, núm. 5, del Código Penal, que exige que dicha acción reparadora se haga en cualquier momento del procedimiento y siempre antes de la celebración del juicio oral, aspecto temporal este que sorprendentemente no se aprecia en el art. 434. No obstante, parece razonable pensar que el momento final en que será posible hacerlo será el inicio del acto del juicio oral, a los efectos de poder acreditar durante el mismo y ante el órgano encargado del enjuiciamiento los hechos constitutivos de esa reparación.

No será posible la aplicación de este tipo atenuado cuando el delito no haya producido un apoderamiento efectivo o un perjuicio real, lo que sucederá en los casos de comisión del delito de malversación en grado de tentativa (arts. 16 y 62 del Código Penal).

Se ofrece también ese beneficio si el responsable del delito colabora de manera activa con las autoridades o sus agentes. No bastará cualquier colaboración, sino que esta tendrá que ser considerada relevante y eficaz (activa) y tendrá que causar la obtención de pruebas, que tendrán que ser decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos. Consideramos que el alcance de esa colaboración activa es demasiado abierto y podría llegar a recompensar contribuciones intrascendentes. Así, podría llegarse al absurdo de entender que el esclarecimiento de los hechos fuera simplemente explicar el autor la verdad sobre el destino que decidió dar a los caudales públicos sustraídos. Precisamente el uso del calificativo “activa” que se exige en esa colaboración ha de evitar que los órganos judiciales apliquen este tipo privilegiado a contribuciones que poco o nada aporten.

6

Falseamiento y entrega de información económica pública

El art. 433 bis del Código, introducido por la referida Ley Orgánica 7/2012, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, establece lo siguiente:

- 1.—*La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el art. 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*
- 2.—*Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.*
- 3.—*Si se llegase a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Mediante este nuevo delito se pretenden reforzar por la vía penal las previsiones de aquella Ley Orgánica y el principio de estabilidad presupuestaria

de la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Se pretende prevenir que autoridades y funcionarios públicos encargados de confeccionar o de facilitar la información sobre la situación financiera de organismos públicos prevista en esas leyes cometan esas conductas.

El art. 390, núm. 1, del Código Penal sanciona con mayor severidad (con penas de prisión de tres a seis años, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años) a la autoridad o funcionario público que en un documento público u oficial falte a la verdad en la narración de los hechos reflejados en el mismo. Además, contempla la comisión de ese delito de falsedad mediante la imprudencia grave en el siguiente art. 391 del mismo Código. Al tener los documentos referidos en el art. 433 bis el carácter de documentos públicos u oficiales, y al estar confeccionados por una autoridad o funcionario, consideramos que será de preferente aplicación el supuesto más grave del art. 390, no solo en virtud del principio de mayor penalidad en caso de conflicto de leyes (art. 8, núm. 4, del Código Penal), sino por la remisión expresa que hace este nuevo precepto.

Como vemos, se regulan dos conductas distintas: por un lado, el falseamiento de la documentación contable o económica, y por otro, el facilitar esa documentación falsa a terceros. En ambos casos, con esas acciones se ha de pretender causar un perjuicio económico a la entidad pública en la que el autor esté integrado, pero sin necesidad de que este perjuicio se llegue a producir. Estamos, pues, ante un delito de peligro abstracto, y además se exigirá dolo o, como mínimo, el dolo eventual.

En caso de producirse ese perjuicio económico a la entidad a la que hace referencia esa documentación mendaz, se establece en el núm. 3 de este artículo un supuesto agravado para el autor de la falsificación o de la entrega de esos documentos.

7

La malversación impropia

El art. 435 dispone:

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

- 1º.— A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.***
- 2º.— A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.***
- 3º.— A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.***

*4.º.— A los **administradores concursales**, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular se consideraran afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley.*

Hallamos aquí las distintas modalidades de la malversación denominada impropia, donde el autor no tiene la condición de autoridad o funcionario público, como se exige en la malversación propia. Por otro lado, teniendo en cuenta que estamos ante un delito contra la Administración pública, el objeto de estas modalidades pueden ser efectos, caudales o, en definitiva, bienes muebles públicos, pero también pueden ser bienes integrantes de un patrimonio privado (muebles o inmuebles) que estén afectados a una determinada finalidad pública o a un procedimiento concursal.

Las conductas, dada la remisión a los anteriores preceptos, serán los actos de administración desleal o de apropiación de esos bienes previstos en el art. 432, núms. 1 y 2, con producción de un perjuicio en aquellos que supongan una disminución de valor o su pérdida. Se exige que el autor actúe, al menos, con dolo eventual.

En los números 1.º y 2.º el autor es un particular que tiene en su poder caudales o efectos públicos por tener un encargo específico procedente de autoridad competente o por disponerlo la ley. Muy similar es el supuesto del núm. 3.º, pues la encomienda recibida por el particular de la autoridad es convertirse en administrador o depositario de bienes objeto de específicas medidas cautelares adoptadas por la Administración pública. En todos estos casos, teniendo en cuenta que la penalidad prevista para este delito es la misma que para la malversación propia, donde el autor tiene una determinada condición de servidor público, los tribunales, a los efectos de aplicar este delito, suelen exigir que se acredite que, al tiempo de recibir el particular el encargo, o de ser nombrado administrador o depositario, se le haya ilustrado claramente por la autoridad de las obligaciones que ello supone, especialmente del deber que tiene de conservar correctamente los bienes, con prohibición de disposición de los mismos, debiendo ser ilustrado también de las consecuencias legales de su incumplimiento. Así, es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo 527/2016, de 16 de junio, donde se absuelve a un particular depositario de bienes que fue acusado por ese delito de malversación, y se reconoce la necesidad de advertencia expresa del depositario en relación con esas consecuencias penales:

Pues bien, en el caso contemplado, la cédula de notificación a la absuelta de su condición de depositaria de los bienes embargados, la fecha 4 de octubre de 2007, obrante a los folios 272 y siguientes de la instrucción, contiene textualmente las siguientes prevenciones:

“... En este acto, el procurador de la parte ejecutante interesa que se dé por terminada la presente diligencia.

En este acto se le hace saber a Doña Julieta que se designa depositaria de las mercancías embargadas con las obligaciones reguladas en la LEC debiendo mantener la mercancía a disposición del órgano judicial.

Sin nada más que hacer constar, se da por terminada...”.

Es claro que se está ante una información claramente genérica y por tanto que no satisface las exigencias que exige la jurisprudencia de la Sala para en base a tal nombramiento e instrucción de responsabilidades penales apreciar el delito de malversación impropia.

Son claramente insuficientes las fórmulas ambiguas o genéricas como la reseñada (STS 779/2005) y resto de jurisprudencia reseñada.

En el núm. 4.º se introdujo, en la reforma de 2015, la malversación impropia cometida por el administrador concursal en relación con los bienes de la masa o los intereses de los acreedores, teniendo en cuenta que aquel es un gestor de un patrimonio ajeno muy especial, respecto del cual recae un interés público que se manifiesta por la existencia de un procedimiento concursal que afecta a esos bienes. Expresamente se considera en ese apartado que cometerá en todo caso este delito ese administrador cuando de forma dolosa altere el orden de pago de los créditos.

8

Delitos relacionados con el urbanismo y malversación del patrimonio público. Algunas reflexiones

La nueva regulación de la malversación, especialmente con la introducción de la modalidad de la administración desleal del patrimonio público, permite plantear ahora la posibilidad de su coexistencia con algunos de los delitos relacionados con el urbanismo. Podemos hacer referencia aquí, por ejemplo, al delito sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que informare favorablemente, y a sabiendas de su injusticia, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes (apartado 1.º), o a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de alguno de aquellos, a sabiendas de su injusticia (apartado 2.º).

El autor de aquellos delitos, que son eminentemente dolosos, sabe que está actuando en contra de la normativa, y también ha de saber o aceptar que mediante esa acción delictiva fácilmente se podrá llegar a causar un perjuicio patrimonial a la Administración.

Podemos pensar, por ejemplo, en los supuestos donde el funcionario público informa favorablemente el otorgamiento de una licencia de obras sabiendo que la misma es contraria al planeamiento urbanístico (art. 320, núm. 1, Código Penal). Quien actúa de ese modo sabe que con toda probabilidad ese informe servirá de base para el dictado de esa licencia de obras instada por el interesado. Este podrá realizar la edificación en el plazo concedido en la correspondiente autorización administrativa y todo ello a pesar de que la misma, al ser contraria al ordenamiento urbanístico, podría ser posteriormente anulada judicialmente o, incluso, ser objeto de revisión de oficio por la Administración que la otorgó en atención a su nulidad de pleno derecho. La cuestión que planteamos es si al informar favorablemente no solo se comete por el funcionario público un delito sobre la ordenación del territorio del art. 320, núm. 1, del Código Penal, sino si también se estará cometiendo el delito de malversación de caudales públicos por administración desleal del referido art. 432, núm. 1, de ese Código, que remite al art. 252 del mismo cuerpo legal.

Recordemos que ese delito urbanístico, que es eminentemente doloso al exigir el actuar “a sabiendas de su injusticia”, implica que su autor sabe que está informando de manera contraria a la normativa urbanística y administrativa, y fácilmente se puede representar que esa forma de actuar podrá tener unas consecuencias negativas para el patrimonio público, pues sabe que gracias a su informe técnico o jurídico favorable se va a otorgar casi seguro la licencia ilegal. Si esta es después anulada debido a ese defecto que ocultó en su informe ilegal, la Administración que la otorgó, en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial que aquella ha de asumir por su funcionamiento irregular, deberá indemnizar con dinero público al titular de esa licencia, como mínimo, los gastos de construcción y del derribo de la edificación autorizada, generándose así un gasto público que nunca tendría que haberse producido de haberse informado por aquel conforme a derecho. Por tanto, cabe plantear aquí si quien comete ese delito sobre la ordenación del territorio podría estar cometiendo también el delito de malversación por esa nueva vía de la administración desleal, introducida por la reforma del año 2015 comentada.

Como se ha indicado, esta modalidad de malversación de caudales públicos por administración desleal requiere que el autor tenga facultades para administrar ese patrimonio y, no obstante, se exceda en el ejercicio de estas, causando un perjuicio económico al patrimonio público. Por tanto, se puede

aducir que no se podrá ser autor de ese delito si quien informa favorablemente a sabiendas no tiene esas facultades de administración patrimonial. Tal capacidad no la tendrá el arquitecto municipal que hace ese informe ilegal favorable al otorgamiento de esa licencia ilegal, mientras que sí que la podrá tener el secretario municipal que hace un informe jurídico en ese sentido ilegal y a sabiendas, máxime cuando tenga las funciones de secretario e interventor municipal. No obstante, con independencia de esas concretas facultades atribuidas para la gestión patrimonial, aquel funcionario que informa de ese modo podría cometer el delito de malversación en calidad de inductor si, gracias a ese dictamen delictivo, se dicta la resolución ilícita por quien sí tiene esas facultades de gestión del patrimonio público (así, el alcalde, por ejemplo). Por tanto, ese funcionario que informó podría responder no como autor material de la malversación referida, sino como inductor de este delito.

Otra cuestión es que ese delito de malversación exige la producción de un resultado de perjuicio al patrimonio público administrado. Ciertamente en los supuestos habituales de investigación por el fiscal o por el órgano judicial penal de esos delitos sobre la ordenación del territorio, el posible perjuicio patrimonial a la Administración pública aparecerá normalmente como algo que podrá pasar en el futuro con gran probabilidad, como una consecuencia necesaria de la ilegalidad del acto. En estos supuestos podrá argumentarse que no se ha llegado a causar ese perjuicio y que este es algo eventual, que solo se producirá a partir de la revocación posterior de la licencia (judicialmente o mediante revisión de oficio), declarando su ilegalidad. Además se podrá alegar que ese perjuicio dependerá de que se llegue a producir una reclamación a la Administración por parte del beneficiario de ese acto ilícito posteriormente anulado.

Cuestión distinta es si durante la investigación penal de los hechos se puede determinar de manera clara ese perjuicio causado al patrimonio público, como cuando ya se conoce la suma que tendrá que abonar la Administración de modo firme debido a ese acto ilegal, en cuyo caso ya no habría problema para la aplicación de la malversación, pues se habrá acreditado claramente ese resultado.

Como ya hemos indicado antes, el régimen de la malversación prevista en el art. 432, núm. 1, del Código Penal, en su modalidad de administración desleal, da solución a muchos problemas que se habían ido planteando en la práctica, especialmente en el ámbito urbanístico. Uno de ellos ha sido el tratamiento penal de la disposición de los aprovechamientos urbanísticos por parte de entidades públicas a favor de empresas o particulares, por un precio inferior al que correspondería, normalmente vehiculado a través de convenios urbanísticos. Con la nueva regulación referida del art. 432, núm. 1, será po-

sible considerar ya sin dudas que estamos ante ese delito si quien realiza esa disposición a bajo precio llega a causar ese perjuicio patrimonial. Esto estaría claro en caso de una disposición definitiva de bienes a precio irrisorio a favor de un tercero, pero, en el caso de disposición de los aprovechamientos urbanísticos, en muchas ocasiones la disposición definitiva de estos suele quedar sometida a condiciones resolutorias que ponen en duda que aquel perjuicio llegue a producirse de manera efectiva, como cuando se condiciona expresamente la eficacia del acuerdo de disposición de ese aprovechamiento público a la posterior aprobación definitiva de una modificación del planeamiento urbanístico, que puede no producirse.

Sobre esta problemática de la disposición irregular de los aprovechamientos urbanísticos se había pronunciado en varias ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en supuestos realizados antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015 con la aparición de la malversación mediante la administración desleal. Se suscitaba el problema acerca de si los derechos urbanísticos objeto de disposición a bajo precio podían ser considerados o no caudales o efectos públicos, a los efectos de la aplicación del delito de malversación entonces vigente. Podíamos hallar posturas distintas. Así, mientras la STS 533/2018, de 25 de octubre, considera que “la cesión a menor precio de un aprovechamiento urbanístico no equivale a la acción de apropiarse de la cantidad en metálico que forma parte de las arcas públicas, pues la acción de disponer fraudulentamente ha recaído sobre un bien inmueble, y a lo sumo podría ser subsumida en el delito de fraude a la Administración”, la ya mencionada STS 362/2018, de 18 de julio, consideró lo siguiente:

Por tanto, habría que recordar que por caudales o efectos públicos a su cargo ha de entenderse no solo el metálico, sino que el concepto penal de “caudales” es mucho más amplio abarcando, sin ánimo exhaustivo, billetes de lotería, el capital de sociedades públicas, los bienes muebles y en general cualquier clase de bienes y con valor económico, dinero, efectos negociables de otros bienes o derechos que formen parte de su activo de un patrimonio público y también cualquier bien o fuerza de trabajo, incluidos por consiguiente aquellos supuestos en los que se utiliza a un empleado municipal en horas en las que debe prestar su servicio en el ayuntamiento y se beneficia de dicho trabajo un particular. En tal sentido STS 608/1994, de 18 de marzo, 986/2005, de 21 de julio. En definitiva a los efectos del delito de malversación deberá entenderse por caudales públicos todo bien mueble susceptible de una valoración económica, así como la distracción de bienes o servicios públicos, cuyo importe corra a cargo de la Administración (STS 470/2014, de 11 de junio).

Desde esta perspectiva, en caso de enajenaciones de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal a precio irrisorio puede entenderse factible la subsunción de tal conducta en el ámbito del delito de malversación propia del art. 432 CP en cuanto podrían incluirse en el concepto de efectos públicos...

La propia sentencia reconoce que tal criterio no es claro, pues afirma posteriormente:

La cuestión, está reiteradamente sometida a valoración jurisprudencial (más aún en la línea de los diversos y múltiples procedimientos que se han producido, a raíz de la intervención, como la presente, en el Ayuntamiento de Marbella, y con algunos de los acusados en esta causa) y ya la sección primera de esta Audiencia, en la conocida sentencia del denominado “Caso Malaya”, ratificada por el TS, estima que los denominados aprovechamientos urbanísticos (en caso de planes de ordenación territorial no aprobados, declarados nulos y sin que hayan tenido vigencia) que se han cedido vía convenios suscritos con particulares (se hayan ejecutado o no las edificaciones), son actos “inmateriales” y “excluidos” del concepto de caudales públicos sustraibles a efectos del art. 432 del CP, rechazándose una interpretación extensiva del concepto, en vía penal y contra reo, considerando así que no tiene cabida en este tipo penal.

Gracias a la reforma de 2015 esos actos de disposición del aprovechamiento urbanístico público, o de otros bienes inmuebles, o de derechos sobre estos a un precio inferior al que ostentan, entrarán de lleno en la modalidad de administración desleal del art. 432, núm. 1, del Código Penal, sin necesidad de plantearse ya la cuestión de si aquello de lo que se dispone a bajo precio tiene la condición de caudal o efecto público, para poder ser considerado delito de malversación, como sucedía con la redacción de la malversación anterior a esa reforma y como se ha puesto de manifiesto en esas sentencias del Tribunal Supremo.

La malversación del patrimonio público mediante la administración desleal y la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*

Teniendo en cuenta el objeto de este trabajo se hace necesario ahora comentar de forma sucinta y muy parcial la muy reciente y extensa STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el denominado *procés*, pues en la misma se ha condenado a varios responsables públicos como autores del delito de sedición de los arts. 544 y 545, núm. 1, del Código Penal, en concurso ideal medial del art. 77, núms. 1 y 3, del citado cuerpo legal con un delito de malversación del patrimonio público en esa nueva modalidad de administración desleal del art. 432, núms. 1 y 3, párrafo último del referido Código (tipo agravado por superar los 250 000 euros el perjuicio causado).

Los hechos enjuiciados se cometieron una vez ya estaba en vigor la reforma de la malversación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, y el Tribunal Supremo había de pronunciarse en este asunto sobre esa modalidad de malversación por administración desleal, pues las acusaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular atribuían a varios responsables públicos acusados, que habían ostentado al tiempo de los hechos el cargo de consejeros, el haber generado gastos a cargo de la Comunidad Autónoma catalana destinados a organizar un referéndum el día 1 de octubre de 2017 que, supuestamente según los promotores, iba a implicar una posterior independencia inmediata de esa Comunidad catalana en caso de ganar el sí, conforme se establecía en la Ley 19/17 del Referéndum y la Ley 20/17 de Transitoriedad, dictadas previamente y a tales efectos por el Parlament de Catalunya, así como en decretos del Govern de la Generalitat, normas todas estas cuya vigencia estuvo en suspenso poco después de su aprobación debido a las resoluciones del Tribunal Constitucional al admitir los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, pues no tenían amparo constitucional ni estatutario alguno. Además, según esas acusaciones, dichos gastos se verificaron a pesar de los requerimientos previos y expresos, dirigidos a esos responsables políticos acusados, de paralización de esa consulta, por parte de dicho órgano constitucional.

Por tanto, sin perjuicio de la trascendencia histórica de esa sentencia y en el estricto marco del delito de malversación objeto de este trabajo, debía entrar a analizar el Tribunal Supremo en su sentencia algunos aspectos ya referidos antes al comentar esta modalidad de la malversación mediante la administración desleal. Así, tendría que valorar si los acusados tenían el

poder de disposición de esos recursos públicos a los efectos de poder ser considerados autores de ese delito. También había de examinar si esos gastos se produjeron y si tenían por finalidad clara realizar el referéndum prohibido, lo cual podría implicar una gestión desleal del patrimonio público, así como determinar si se produjo o no el perjuicio patrimonial que, como resultado típico, exige la administración desleal. Otra cuestión a decidir, en caso de condena por ese delito, era si el Tribunal estaba obligado a determinar en su sentencia el importe de la responsabilidad civil que correspondiera a las personas condenadas. Estas son las cuestiones que acto seguido serán objeto de comentario en relación con la referida sentencia.

La sentencia considera probado que se generaron esos gastos para la Administración autonómica catalana que estaban destinados a la realización de ese referéndum, afirmándose, por ejemplo, en la declaración de hechos probados de esa STS 459/19:

13.–Para hacer posible la celebración del referéndum, previsto como requisito habilitante para la supuesta declaración de independencia, conforme a lo dispuesto en leyes de transitoriedad y de referéndum aprobadas por el Parlament, se originaron obligaciones pecuniarias contra el patrimonio de la Hacienda pública catalana. Ello, pese a que ambas leyes fueron –como se ha expuesto supra– inicialmente suspendidas y luego anuladas por el Tribunal Constitucional...

13.2.–Los gastos del referéndum relacionados con la publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y aplicaciones informáticas, son expresivos de la consciente y voluntaria desviación de destino de los fondos públicos. Supusieron gastos ajenos a cualquier fin público lícito y se ordenaron careciendo de cobertura presupuestaria. Fueron canalizados a través de la estructura de los departamentos de Vicepresidencia y Economía, Presidencia, Exteriores, Trabajo, Salud y Cultura. Se hicieron así realidad, con los matices que luego se expresan, unos gastos previsibles a partir del acuerdo plasmado por escrito el 6 de septiembre de 2017 y que fue la diáfana expresión de su consorcio delictivo.

Posteriormente se refieren en ese relato fáctico de la sentencia los diversos gastos generados y canalizados con esa finalidad ilícita a través de distintos organismos públicos, como el consorcio “Diplocat”, el Departamento de Exteriores (al que se hallaba adscrito el anterior consorcio), el de Presidencia, el de Vicepresidencia y Economía, el de Trabajo, el de Salud y el de Cultura. Destaca que en ese relato se mencionan gastos efectivamente producidos y finalmente abonados con dinero público, como por ejemplo:

- a) *A través de la Presidencia de la Generalitat y el Departamento de Exteriores se hicieron posibles los gastos que a continuación se expresan. Fueron encauzados por medio del consorcio Diplocat, ente público adscrito al Departamento de Exteriores, de donde procede la partida presupuestaria transferida para sus gastos y funcionamiento. Su director del Pleno y del Consejo Ejecutivo es el presidente de la Generalidad: i) visitas de un nutrido grupo de parlamentarios europeos, entre los días 28 y 29 de septiembre y el 2 de octubre, orientadas a publicitar y legitimar el ilegal referéndum: 43 341 euros; ii) contratación de un equipo de investigación experto en elecciones internacionales, en inglés International Election Expert Research Team (IEERT), dirigido por Dña. Susana: 177 304,90 euros; iii) contratación con MN2S Managemet Limited de un equipo en el que estuviera el político holandés D. Jaime, en los días del referéndum: 54 030 euros; si bien este importe fue devuelto porque la prestación no se realizó.*

Sin embargo, aparecen relacionados también en ese relato un gran número de gastos acordados o promovidos por algunos acusados a través de sus respectivos departamentos, con esa finalidad de realizar el referéndum prohibido, pero resulta aquí que tales expensas no han sido abonadas a los acreedores del servicio prestado o bien estos han hecho una renuncia expresa a reclamar esas sumas.

Algunos ejemplos de este nutrido grupo son:

A través del Departamento de Vicepresidencia y Economía fueron acordados los siguientes gastos: i) encargo a la empresa Unipost para la distribución de las notificaciones del nombramiento de los integrantes de las mesas electorales: 193 899,98 euros. Por medio del Departamento de Presidencia se lideró: i) la puesta en marcha a través del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información (en adelante, CTTI), de la web referéndum.cat y los diversos aplicativos incorporados a la misma, relacionados directamente con el referéndum del 1 de octubre, tales como el referido a la crida extra: <https://connectat.voluntariat.gencat.cat/crida/66>, además de la actualización del registre.catalans.exteriors.gencat.cat. Estos servicios, pese a la propia normativa del CTTI y la intervención externa de DXC y T-Systems, no han sido cuantificados; ii) campaña de difusión del Registro de Catalanes en el Exterior, desarrollada entre febrero y mayo de 2017 que generó una facturación por importe de 220 253,34 euros (266 506,54 euros con IVA), que no ha sido abonada. Su finalidad primordial, sin excluir otras, era la elabo-

ración de un censo de residentes en el extranjero; iii) contratación de servicios con Dña. Luisa, para diseño de la web pactepelreferendum.cat, que luego fue utilizada para la inclusión de vínculos relacionados con el ilegal referéndum. Facturó por el servicio prestado 2700 euros, pero después emitió una factura negativa por ese importe; iv) difusión de la campaña Civisme, publicidad directa del referéndum del 1 de octubre, que antes había resultado declarada desierta, a través de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales (en adelante, CCMA), organismo que facturó por sus servicios, 227 804,41 euros, pero cuyo abono se paralizó por expediente administrativo; v) contratación de la cartelería del referéndum, en modo opaco por D. Julián, secretario de Difusión de la Generalitat, a pesar de lo cual, aunque las impresiones se realizaron, fueron intervenidas. Su valor era, al menos, de 47 151,70 euros. Aunque alguna imprenta reclamó su importe, sus representantes manifestaron en el plenario que no persisten en sus reclamaciones; vi) encargo a Unipost para la distribución de las notificaciones del nombramiento de los integrantes de las mesas electorales: 198 871,8 euros...

Ninguno de esos pagos fue finalmente ejecutado a favor de Unipost. Su administradora concursal decidió no reclamarlo a las consejerías que habían efectuado los respectivos encargos.

Lo anterior tiene mucha importancia a los efectos de la interpretación de la nueva figura de la malversación mediante la administración desleal, pues conforme a esta STS 459/2019, de 14 de octubre, el perjuicio patrimonial exigido en ese tipo penal se produce ya desde el momento mismo en que mediante ese exceso en la gestión simplemente se genere una obligación de pago para la Administración. Se considera en la sentencia que no es necesario que se produzca una pérdida o un menoscabo patrimonial efectivo fruto de esa administración desleal, como sucedería en caso de que esos gastos comprometidos se hubieran abonado a los distintos acreedores que prestaron sus servicios para poder hacer ese referéndum. Insistimos en que, según la sentencia, bastará originar una obligación para la Administración como consecuencia del exceso en la gestión. Sobre esta interesante cuestión en el apartado núm. 5 del juicio de tipicidad de los fundamentos jurídicos de la sentencia se afirma lo siguiente:

A lo largo de los debates del plenario, un argumento hecho valer de forma insistente por las defensas estuvo relacionado con la idea de que muchos de los gastos comprometidos por la Administración autonómica, sin embargo, no habían generado un perjuicio porque los proveedores habían renunciado a su abono o, en algunos casos, habían presentado no una verdadera factura sino una de las llamadas “facturas proforma”.

Tampoco podemos identificarnos con esta línea argumental.

En efecto, existe coincidencia en que el momento en el que el acreedor realiza correctamente la prestación a su cargo es el momento en el que debe entenderse producido el menoscabo a los caudales o fondos públicos, desde el punto de vista del procedimiento de ejecución del gasto público. Es ese momento, aun cuando todavía no pueda hablarse de una salida material de fondos para el abono de las prestaciones ya recibidas, cuando el procedimiento resulta ya irreversible o inevitable para la Administración.

Es cierto que en aquellos casos en los que se produce una renuncia por parte del proveedor o el pago se reivindica después del plazo de prescripción de la obligación, la salida material de fondos podrá eludirse. Pero incluso en estos casos de renuncia o mora accipiendi, el perjuicio ya se tiene por producido. En términos contables no puede hablarse de un ingreso con efectos compensatorios respecto del gasto ya aprobado. De hecho, ese ingreso se contabiliza de forma autónoma y por separado de dicho gasto. De ahí que, en sentido estricto, no existe un mecanismo compensatorio que permita ver en esa renuncia una reparación del perjuicio por parte de quien lo generó.

Esos principios, admitidos comúnmente por la doctrina administrativo-financiera, fueron expuestos con absoluta claridad por las expertas que dictaminaron en el plenario –Dña. Gema, Dña. Inés, Dña. Joaquina y Dña. Juana–. Llegaron a calificar el pago ulterior como “irrelevante” a los efectos de la contratación pública. Lo verdaderamente definitivo, a efectos de determinar si se ha producido o no un perjuicio en las arcas públicas, era cuándo se entiende realizado el gasto, que se produce con el reconocimiento de la obligación. Explicaron que si hiciéramos una foto fija al patrimonio, este ya aparecería disminuido. Lo que sucede con posterioridad no elimina el dato real de que el gasto ya se realizó. Los gastos tienen que ser reconocidos con independencia del momento en que se realiza la corriente del pago. Con el reconocimiento de la obligación no nace la obligación de exigibilidad, sino cuando se ha prestado el servicio. El procedimiento presupuestario –concluyeron– no deja de ser un escenario de la realidad. El perjuicio se produce en el momento en que se presta el servicio por el empresario. Incluso en la hipótesis en que no hubiera existido ni siquiera procedimiento administrativo, siempre que haya habido un encargo aceptado de buena fe por el contratista, siempre va a haber un gasto...

Por otra parte, en la sentencia se condena por ese delito de malversación únicamente a aquellos acusados que ostentaron el cargo de consejeros de la

Generalitat y que, más allá del acuerdo previo de voluntades de todos los miembros del Govern para hacer el referéndum a toda costa, contribuyeron de manera efectiva a la creación de esas obligaciones derivadas de las prestaciones de servicios para hacer aquella consulta popular, considerando además que tenían capacidad para administrar dicho patrimonio en atención a sus cargos de consejeros. Sobre esta cuestión se afirma en el anterior apartado de los fundamentos jurídicos lo siguiente:

En el juicio oral las defensas y los propios acusados relativizaron el alcance jurídico de ese acuerdo. Se llegó a argumentar que el Gobierno, como tal, no puede ser sujeto de contratación. Esa línea defensiva, sin embargo, no es técnicamente correcta.

Es cierto que la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su art. 323.1, al enumerar los órganos de contratación estatales, puntualiza que “los ministros y los secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración General del Estado y, en consecuencia, están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia”. En el apartado 2 de ese mismo artículo se establecen los supuestos en que los órganos de contratación del sector público estatal necesitarán la autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos.

Esta idea se repetía en la Ley 16/2008 de 23 de diciembre, de medidas fiscales y financieras, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 5288, de 31 de diciembre de 2008: “los consejeros son los órganos de contratación ordinarios de la Administración de la Generalitat y están facultados para adjudicar y formalizar en su nombre, y dentro del ámbito de las competencias de cada departamento, los contratos correspondientes” (art. 45). Sin embargo, en fecha muy próxima los hechos que enjuiciamos, la Ley 5/2017, 28 de marzo, en su art. 160.6 fijó que el Govern podrá actuar como órgano de contratación en relación con los grandes proyectos estratégicos de carácter horizontal y de especial trascendencia, con la deliberación previa del Consejo Técnico, siempre que se aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales.

La Sala considera que esos acuerdos reglamentarios –con el matiz introducido en el plano legislativo por la Ley 5/2017, 28 de marzo– refuerzan el significado de la actuación concertada de los acusados. Pero ni la dogmática ni la jurisprudencia actual admiten la suficiencia del simple acuerdo de voluntades para proclamar la coautoría en supuestos de codeinfluencia ya consumada. De ahí que, como expresamos infra, al analizar el juicio de autoría, solo aquellos consejeros que materializaron actos de dispendio en ejecución de ese acuerdo, van a ser objeto

de condena (cfr. SSTs 314/2010, 7 de abril; 434/2007, 16 de mayo y 850/2007, 18 de octubre, entre otras muchas).

Respecto a los condenados por este delito, que no fueron todos los consejeros, se afirma en ese mismo apartado 5 de los razonamientos jurídicos referido al delito de malversación:

Los miembros del Govern finalmente condenados por este delito no solo ejecutaron actos de manifiesta deslealtad en la administración de fondos, sino que, además, lo anunciaron públicamente mediante el Decreto de 6 de septiembre de 2017, por el que se aprobaron las Normas Complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña y, de modo especial, mediante el Acuerdo del Govern de fecha 7 de septiembre. En él se autorizaban –en línea con lo que anunciaban los decretos 139 y 140 de 2017–, la utilización, en general, de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios para garantizar la adecuada organización y desarrollo del referéndum de autodeterminación de Cataluña, así como aquellos de los que ya se dispone. Se puntualizaba que las decisiones y actuaciones nombradas serían tomadas de forma colectiva y colegiada por parte de los miembros del Gobierno, y asumidas de manera solidaria.

Este aspecto de la deslealtad también aparece en el apartado 2 sobre el juicio de autoría de los fundamentos jurídicos de la sentencia, donde destaca lo siguiente:

2.1.3. El control del gasto de la Comunidad Autónoma, los acuerdos de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y los intentos de elusión por parte del Govern de la Generalitat, constituyen otro de los capítulos cuyo desarrollo avala la plena convicción de esta Sala acerca de la consciente y deliberada deslealtad en la administración de los fondos públicos al alcance de los acusados.

Esta contumaz persistencia en la celebración del referéndum, pese a la plena conciencia de su ilicitud, encontraba una dificultad en su materialización, debido al control de las cuentas de Cataluña por el Estado. Ello determinó al acusado Sr. Ignacio –en concierto con los acusados que luego se dirán– a intentar ocultar los gastos realizados para la celebración del referéndum, ya disimulando su finalidad mediante un cambio de etiquetado, ya canalizándolos como parte de muy diversas partidas presupuestarias, atribuyéndoles la finalidad o destino que eran propios del resto de la partida presupuestaria. Se disimulaba así su específico destino a la ilícita consulta.

La absolución de ese delito de malversación respecto a los otros exconsejeros acusados, que también se habían puesto de acuerdo con los demás

para hacer el referéndum a toda costa según la sentencia, se justifica por el Tribunal en el apartado 2 del juicio de autoría de los razonamientos jurídicos de la sentencia de la siguiente manera:

Como ya hemos anticipado, los acusados Sres. Agustín, Alfonso, Andrés, Álvaro y la Sra. Alejandra, no van a ser considerados autores del delito de malversación de caudales públicos que les atribuye el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular.

Es cierto que todos ellos suscribieron el acuerdo gubernativo que anunció la asunción solidaria de todos los gastos que se promovieran por el Govern para la realización del referéndum. Pero la codelincuencia exige, como presupuesto conceptual aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, algo más que el previo acuerdo de voluntades para delinquir. Es indispensable –conforme a la doctrina que hemos anotado supra, al justificar la concurrencia del delito de malversación de caudales públicos para otros acusados– que el copartícipe realice actos materiales, nucleares o no, de ejecución. Pues bien, no ha quedado acreditado –pese al esfuerzo probatorio desplegado por las acusaciones– que la consejera Sra. Alejandra o los consejeros Sres. Alfonso, Agustín, Andrés y Álvaro hubieran puesto la estructura de los departamentos que dirigían al servicio de gastos concretos justificados para la celebración del referéndum ilegal. Alguno de ellos, incluso, como alegaron algunos testigos, dieron órdenes específicas para la no aplicación de partidas presupuestarias a la consulta prevista para el día 1 de octubre. Es el caso, de modo especial, de los Sres. Andrés y Álvaro y de la Sra. Alejandra. Y esta es la diferencia respecto de los otros miembros del Govern que sí van a ser condenados por este delito, ya que no se limitaron a una retórica e irrelevante penalmente exteriorización compartida de su voluntad de sustraerse al control financiero propio de las sociedades democráticas –un meramente simbólico y solidario “todos a una”–, sino que ejecutaron actos concretos de dispendio económico que no era otra cosa que la genuina expresión de su deslealtad.

En el apartado 5 de los fundamentos jurídicos y dentro del juicio de tipicidad, expone el Tribunal Supremo en esa resolución las razones de la aplicación del tipo más agravado de malversación y descarta la existencia de un delito continuado, sancionando a los acusados que realizaron actos destinados a obligar a la Comunidad Autónoma a hacer ese referéndum por un único delito, a pesar de la existencia de distintos actos generadores de obligaciones, al entender el Tribunal que hubo una unidad de acción:

La disposición de fondos públicos que damos por acreditada supera ampliamente la cantidad de 250 000 euros. Y fue ejecutada por quienes

tenían la condición de autoridad. Lo hicieron para conseguir la celebración de un referéndum ilegal, respecto del cual carecían absolutamente de competencias y que, con en el ropaje constituyente con el que fue presentado, implicaba una conculcación flagrante de la Constitución y del propio Estatuto de Autonomía catalán. Todos ellos habían sido personalmente advertidos y reiteradamente requeridos por parte del Tribunal Constitucional, en su doble condición de titulares de sus departamentos y miembros del Govern, de su obligación de abstenerse de cualquier acto tendente a su preparación y celebración. También lo habían sido de su obligación de impedirlo y de la existencia de responsabilidades penales en caso de inobservancia. Todo ello integra la actividad típica del delito de malversación del artículo 432 del Código Penal. Como un solo delito, dada la unidad de acción que determina la común e inequívoca finalidad y estricta motivación de los gastos ilícitamente empleados.

Otra cuestión a resolver era si el Tribunal Supremo en caso de condena por ese delito de malversación establecería las sumas que, en concepto de responsabilidad civil, deberían satisfacer y reponer los acusados condenados por ese delito a la Comunidad Autónoma perjudicada por esa infracción. La respuesta es negativa, pues tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado no ejercitaron la acción civil junto a la penal y solicitaron la remisión de particulares y de la sentencia al Tribunal de Cuentas para que, conforme al art. 18, núm. 2, de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y los arts. 16, 17 y 49, núm. 3, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril, estableciera la suma total desviada por los acusados y se hiciera la reclamación a estos. La acusación popular, que cifró la suma malversada en más de 4 millones de euros, solicitó esa indemnización, pero el Tribunal Supremo no atendió dicha petición civil al considerar que no tenía dicha acusación popular legitimación para poder instar un pronunciamiento civil en ese caso, pues no podía ser considerada perjudicada por esos delitos.

Aunque la realización o el compromiso de esos gastos para hacer un acto prohibido podía ser considerada una manifestación de la actuación “fuera de las vías legales” prevista en el delito de sedición del art. 544, núm. 1, del Código Penal, por el que también fueron condenados, la apreciación por el Tribunal del citado delito de malversación por administración desleal para aquellos cuatro exconsejeros acusados, como medio para la comisión de la sedición, supuso la aplicación para aquellos de la regla penológica del concurso medial del art. 77 del Código Penal entre dichas infracciones. Esto supuso que para aquellos cuatro acusados la pena de prisión finalmente impuesta en esa sentencia fuera sensiblemente superior (entre 13 años y 12 años de

prisión), mientras que para los tres exconsejeros que solo fueron condenados por el delito de sedición la pena impuesta fue algo inferior (entre 11 años y 6 meses y 10 años y seis meses).

10 Conclusión

Como fácilmente se advierte de la lectura de esta ponencia, la actual redacción del delito de malversación del patrimonio público, que incluye la nueva modalidad de la administración desleal comentada del art. 432, núm. 1, del Código Penal, supone una importante ampliación de los supuestos en que la autoridad o funcionario público podrá incurrir en responsabilidad penal. Sin perjuicio de otros aspectos tratados en este trabajo, esa ampliación es uno de los aspectos más relevantes y que no podrán pasar por alto aquellos responsables públicos, ya sean políticos o técnicos, a la hora de gestionar el patrimonio de todos. Es evidente que los sistemas de fiscalización interno y externo de los organismos públicos habrán de seguir jugando un papel muy importante, bien para evitar esos actos de exceso o mala gestión de ese patrimonio o bien, una vez realizado el hecho delictivo, para descubrirlo y ponerlo en conocimiento de los órganos encargados de su investigación penal. No obstante, deberán tener en cuenta esas personas u órganos encargados del control de la actividad económica de la Administración la existencia de esta nueva figura.

Quizá aún no se ha advertido la trascendencia que la creación de ese delito puede tener en el ámbito de la Administración pública, pero puede avanzarse que ofrecerá un amplio recorrido, pues no son pocos los casos en que se cometen ilegalidades por los responsables públicos, algunas de ellas delictivas, sabiendo que van a comportar unas consecuencias negativas para el erario público, sea en forma de indemnizaciones o en pérdida de ingresos.

11 Bibliografía

- Comentarios al Código Penal español*. Edición abril 2016. QUINTERO OLIVARES. Editorial Aranzadi.
- Comentarios al Código Penal*. Edición 2015. MIR PUIG. Editorial Tirant lo Blanc.
- Malversación: Comentario del art. 432 del Código Penal*. GARCÍA PÉREZ. Editorial jurídica Sepin.

“Derecho urbanístico, derecho a una buena administración y buena regulación urbanística: una revolución jurisprudencial silenciosa. A propósito de la obra del profesor Bassols”. PONCE SOLÉ. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Junio-agosto 2019.

QDL51

Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Administración local 2018-2019*

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS
Magistrado del Tribunal Constitucional

- 1. Panorama general**
- 2. Gobierno local**
- 3. Derecho de participación**
- 4. Régimen jurídico**
 - 4.1. Administración electrónica
 - 4.1.1. Portal de Internet
 - 4.1.2. Aplicaciones informáticas
 - 4.2. Convenios administrativos
 - 4.2.1. Aportaciones de anualidades futuras
 - 4.2.2. Duración de las prórrogas
 - 4.2.3. Liquidación de los convenios
 - 4.3. Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local
 - 4.4. Consorcios del sector público
 - 4.5. Medidas de carácter social
 - 4.5.1. Caracterización como subvenciones
 - 4.5.2. Inembargabilidad de las prestaciones sociales
 - 4.5.3. Suspensión de lanzamientos de deudores hipotecarios
- 5. Haciendas locales**
 - 5.1. Control financiero
 - 5.2. Principio de autonomía local en materia tributaria
 - 5.3. Tratamiento procesal de las reclamaciones sobre el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
 - 5.4. Cotejo entre tributos locales y tributos establecidos por las comunidades autónomas

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada en julio de 2019 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2019, organizado por la Diputación de Barcelona.

Resumen

Se da cuenta referenciada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Administración local en el ejercicio 2018-2019, la cual ha resuelto cuestiones relativas al régimen jurídico, a las haciendas locales y, de manera especialmente importante, al gobierno local y al derecho de participación política en relación con el derecho al trabajo de los representantes locales.

Palabras clave: *Tribunal Constitucional; Administración local; autonomía local; gobierno local; régimen jurídico de las corporaciones locales; derecho de participación política; derecho al trabajo.*

Spanish Constitutional Court's case law on local Administration 2018-2019

Abstract

The article refers to the Spanish Constitutional Court's case law on local administration of 2018-2019. This case law relates to the legal framework of local governments, their finances and, remarkably, to the local government and the right to political participation in relation to the right to work of local representatives.

Keywords: Spanish Constitutional Court; local administration; local autonomy; local government; legal framework of local governments; right to political participation; right to work.

1

Panorama general

La jurisprudencia constitucional en relación con las grandes leyes de reforma del régimen local promulgadas en los últimos años se produjo en ejercicios anteriores y fue examinada en este seminario. Corresponde ahora únicamente referirse a las novedades ocurridas en la última anualidad.

En el periodo 2018-2019 han sido escasas las sentencias del Tribunal Constitucional que se han proyectado sobre temas relacionados con la Administración local, aunque algunas de ellas son especialmente importantes.

Dos sentencias se refieren a aspectos esenciales del régimen local, como es el gobierno local, cuestión que aborda la STC 137/2018, y el derecho de participación de los miembros de la entidad local, que se contempla en un recurso de amparo resuelto por la STC 125/2018.

En materia de régimen jurídico en sentido estricto tienen importancia las SSTC 21/2019, 132/2018 y 33/2019, las cuales, al examinar preceptos impugnados en relación con la LRJSP, examinan cuestiones que son relevantes para la Administración local en materia de administración electrónica, convenios administrativos, inventario de entidades, regulación de los consorcios y medidas de carácter social. A todas ellas me referiré en el curso de esta exposición.

Finalmente, siete sentencias a las que luego me referiré abordan problemas relacionados con la hacienda local en materias tributarias o de financiación.

2

Gobierno local

La STC 137/2018, de 13 de diciembre, aborda una cuestión que afecta al principio de autonomía local de modo sustancial, pues se refiere a las facultades del pleno municipal y a las posibilidades de que una norma autonómica sustraiga competencias a este. En efecto, el art. 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, atribuye al Gobierno de Zaragoza las funciones propias de la junta general en las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio.

El presidente del Gobierno interpuso recurso contra esta Ley, alegando que sustraer al Pleno municipal la facultad de determinar el órgano que debe asumir las funciones propias de la junta general de la sociedad contraviene lo dispuesto en los arts. 85 ter.3 y 123.1 k) de la LBRL.

El enfoque competencial planteado en primer término por la parte recurrente será el que adoptará el Tribunal Constitucional para resolver la cuestión, aunque el recurso se funda también en la preservación del principio constitucional de autonomía local reconocido en los arts. 137 y 140 CE.

Como es bien sabido, y hemos visto en anteriores ejercicios, la configuración de la autonomía local consagrada en la Constitución depende en gran parte, a tenor de la jurisprudencia, del Estado a través del ejercicio de sus competencias básicas en materia de Administraciones públicas y de ordenación económica. El Tribunal parte de la base de que la Comunidad Autónoma

de Aragón, al regular el régimen especial del municipio de Zaragoza, ejerce una competencia de desarrollo de las bases estatales en materia de régimen local dictadas al amparo de lo establecido en el art. 149.1.18 CE. A continuación, considera que lo establecido en los arts. 85 ter.3 y 123.1 k) de la LBRL tiene carácter básico (como ya había declarado la STC 103/2013).

El art. 85 ter.3 de la LBRL remite la decisión sobre los órganos societarios de las sociedades municipales a los estatutos de la sociedad. El Tribunal (FJ 3) considera que este precepto es plenamente congruente con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico privado (Ley de Sociedades de Capital). Por el contrario, el art. 14.1 u) de la Ley impugnada, 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”, entra en contradicción con la normativa básica citada. En efecto, se reduce el acuerdo de creación de la sociedad mercantil a un acto vacío de una parte del contenido fundacional que le es propio según el derecho privado. En particular –añade el Tribunal–, se contradice lo dispuesto en el art. 85 ter.3 de la 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 el consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de los mismos”.

Como puede verse, el Tribunal obvia cualquier consideración relacionada con la distribución de competencias entre el Pleno y el Gobierno municipal, y resuelve la cuestión desde el punto de vista exclusivamente autonómico, amparándose en la existencia de un precepto específico de la LBRL que atribuye al pleno de la corporación la determinación de los órganos estatutarios de las sociedades municipales. Cabe preguntarse, no obstante, hasta qué punto, en el caso de que no existiera una disposición básica con este contenido, el precepto en cuestión de la Ley de las Cortes Generales de Aragón podría entenderse compatible con el principio de autonomía local, que conlleva la asignación al pleno de la entidad local de las facultades primordiales de autoorganización.

3

Derecho de participación

Resolviendo un recurso de amparo, la STC 125/2018, de 26 de noviembre, aborda la materia del derecho de representación política de los cargos municipales. En la STC 169/2009 el Tribunal fijó por primera vez las funciones que pueden considerarse inherentes al *ius in officium* del cargo electo en la Administración local, y la STC 9/2012 trasladó esta doctrina al ámbito específico

de la Administración municipal. Consideró que aquella sentencia establece un criterio que, predicado de los miembros de las corporaciones provinciales, puede, sin duda, ser trasladado a las funciones de representación que son propias de un concejal.

Según resume esta última sentencia, estas funciones, integrantes del *ius in officium* protegido por la Constitución, implican las de (i) participar en la actividad del control del Gobierno local y en las deliberaciones del pleno de la corporación; (ii) votar en los asuntos sometidos a este órgano; (iii) obtener la información necesaria para poder ejercer las facultades anteriores; y, por último, (iv) participar en las comisiones informativas. Estas funciones pertenecen, por lo tanto, al núcleo representativo de los cargos locales.

La sentencia que examinamos tiene gran trascendencia doctrinal, pues, con carácter de jurisprudencia sentada con carácter general, añade (FJ 4) a lo declarado en la STC 9/2019, que, de acuerdo con su doctrina, serán contrarios al derecho reconocido en el art. 23.2 CE cualesquiera actos tendentes a impedir la participación de un concejal electo en la deliberación del pleno de una corporación municipal, así como la negativa del empresario a facilitar la asistencia del trabajador a tales actos, o la calificación de dicha ausencia como injustificada a efectos de adoptar medidas de carácter disciplinario contra aquel. En definitiva, serán contrarios al derecho todos aquellos actos obstativos, realizados por el empleador en el ejercicio de sus poderes empresariales, que fueran utilizados para impedir u obstaculizar el ejercicio de este núcleo esencial del *ius in officium*, del que es titular el trabajador por cuenta ajena que tenga la condición de miembro de un consistorio municipal.

En el caso examinado en la sentencia, sin embargo, el Tribunal observa que se plantea una contraposición entre la exigencia de hacer efectivo un derecho fundamental —el derecho de participación política a que se acaba de hacer referencia— y los intereses legítimos empresariales. En efecto, el empresario puede verse obligado a sufragar, más allá de lo razonable, los costes económicos necesarios para asegurar el digno ejercicio de la función representativa.

El Tribunal aborda esta cuestión (FJ 6) desde la perspectiva de la técnica de ponderación para graduar la legitimidad de las restricciones de derechos fundamentales. A mi juicio, sin embargo, se trata más propiamente de un supuesto de colisión entre derechos e intereses constitucionales en tensión, que debe ser resuelto dando preferencia a uno de ellos, aunque esto implique un sacrificio del derecho afectado. No es infrecuente, sin embargo, que los supuestos de colisión entre derechos y valores constitucionales sean abordados por el Tribunal Constitucional con la técnica del principio de proporcionalidad, el cual se articula en torno a un test integrado por las tres conocidas etapas o pasos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el caso que el Tribunal examina el empresario despidió al trabajador por absentismo en aplicación del art. 52 d) ET. El Tribunal considera que el despido acordado contraviene el contenido esencial del derecho de participación política de la recurrente en amparo. Concluye que el despido no guarda la debida proporción con las ausencias al trabajo de la trabajadora por razón de sus compromisos de representación municipal. En efecto, la medida de despido constituye una medida definitiva que pone fin a la relación laboral y que en este caso se adopta para ver satisfecho un objetivo empresarial que, según el Tribunal, “podría haber sido alcanzado con otras medidas alternativas, menos gravosas para la trabajadora, que están previstas en el ordenamiento y que habían podido satisfacer también aquellos intereses legítimos empresariales”. El Tribunal apunta a la posible suspensión o modificación en el cumplimiento de derechos y obligaciones recíprocas derivados del contrato de trabajo. La sentencia aprecia que la medida adoptada es de tal entidad y genera unas consecuencias jurídicas tan desfavorables para la trabajadora como las consistentes en la extinción de su relación laboral con la entidad empresarial, que hasta entonces se había prolongado durante más de ocho años. En suma, la medida de despido no respeta el juicio de proporcionalidad en sus aspectos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Desde la perspectiva del Tribunal, pues, lo que existe es una vulneración del principio de proporcionalidad en las fases de necesidad (posibilidad de adoptar una medida menos gravosa) y de proporcionalidad en sentido estricto (efectos negativos de la medida que no compensan los positivos que se tratan de obtener). Sin embargo, si se aplica la técnica de la ponderación de derechos a que antes me he referido (en la línea propugnada por Alexy), puede entenderse que en el caso examinado la ponderación del sacrificio que sufren uno y otro derecho debe inclinarse en favor de la prevalencia del derecho de representación, puesto que la afectación del derecho del empresario es de menor importancia, tanto en términos abstractos como en el caso concreto, dada la posibilidad de adoptar medidas menos gravosas, y, por el contrario, la afectación del derecho del concejal es grave, por cuanto comporta un sacrificio de gran importancia personal y económica, y además, como el propio Tribunal subraya, puede tener repercusiones de carácter general más allá del caso individual resuelto. Con esto se apunta a la idea del efecto disuasorio o *chilling effect* del ejercicio de los derechos fundamentales.

En último término, el Tribunal declara que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a la participación en asuntos públicos mediante el ejercicio de cargo representativo electo reconocido en el art. 23.2 CE, y ordena restablecerla en el citado derecho; declara la nulidad de las sentencias impugnadas; y, finalmente, declara nulo el despido de la recurrente, con la consecuencia

de su readmisión inmediata con abono de los salarios dejados de percibir por parte de la empresa Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos.

4

Régimen jurídico

En materia de régimen jurídico en sentido estricto tienen importancia en el periodo examinado las SSTC 21/2019, 132/2018 y 33/2019, las cuales, al examinar preceptos impugnados en relación con la LRJSP, resuelven cuestiones que son relevantes para la Administración local en materia de administración electrónica, convenios administrativos, inventario de entidades, regulación de los consorcios y medidas de carácter social. A todas ellas me referiré en el curso de esta exposición.

4.1

Administración electrónica

4.1.1

Portal de Internet

La STC 132/2018, de 13 de diciembre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Resuelve (FJ 5) que la definición del “portal de Internet” contenida en el art. 39, como “el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una administración pública, organismo público o entidad de derecho público que permite el acceso a través de Internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente”, no concibe necesariamente el portal de Internet como el único punto de acceso electrónico para todas las Administraciones públicas. Por ello, en todo caso, serán las normas y actuaciones administrativas que definan, regulen o establezcan el citado portal de Internet las que, en su caso, podrían vulnerar, entre otros principios, el principio de autonomía local. De ser así, podrán plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa las correspondientes impugnaciones.

4.1.2

Aplicaciones informáticas

El art. 157.3 de la LRJSP regula el “directorio general de aplicaciones dependiente de la Administración General del Estado”, refiriéndose a las aplicaciones informáticas. Se impugna el párrafo tercero, conforme al cual, en el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las Administraciones públicas estarán obligadas a su uso, salvo que la decisión de no reutilizarlas se justifique en términos de eficiencia conforme al art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La sentencia 132/2018, siguiendo el precedente de la STC 55/2018, considera (FJ 6) que la exigencia de justificar la no adhesión a las plataformas electrónicas estatales en términos de eficiencia constituye una base del régimen jurídico de las Administraciones públicas, legítimamente establecida por el Estado al amparo de la competencia regulada en el art. 149.1.18 CE. No resulta vulnerada, pues, la autonomía de los entes locales reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE.

El voto particular de una magistrada considera inadmisibile el binomio consulta obligatoria-uso obligatorio, porque entiende que supone imponer a las Administraciones públicas no solo el deber de consultar el directorio, sino, además, la obligación de usar las aplicaciones de ese directorio que puedan ser reutilizadas total o parcialmente, con la única excepción de que la decisión de no reutilizarlas se justifique en términos de eficiencia.

4.2

Convenios administrativos

Las sentencias 132/2018, de 13 de diciembre, y 33/2019, de 14 de marzo, resuelven cuestiones relevantes en relación con distintas cuestiones planteadas en torno al régimen jurídico de los convenios administrativos que pueden afectar a las entidades locales que tomen parte en convenios de esta naturaleza.

4.2.1

Aportaciones de anualidades futuras

En la STC 33/2019, de 14 de marzo, FJ 3, se resuelve la impugnación del art. 50.2 LRJSP, el cual, en relación con los efectos de los convenios adminis-

trativos, dispone que “la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos”.

Según el Gobierno de Canarias los convenios indicados vinculan, como es natural, a la Administración autonómica o local que los ha suscrito, pero en virtud del artículo que se impugna dejan de obligar al Estado.

El Tribunal comienza advirtiendo que los convenios a los que se refiere el precepto son los denominados convenios “subvención” celebrados por la Administración General del Estado (o por una entidad vinculada a ella) con una administración autonómica o local. La LGP permite a la Administración General del Estado comprometer gastos para ejercicios futuros, dentro de ciertos límites y en los llamados “escenarios presupuestarios con animales”; pero, dada la división de poderes y la autonomía parlamentaria (arts. 66 y 67 CE), las Cortes Generales no están obligadas a autorizar el crédito necesario para satisfacer estos compromisos plurianuales de gasto.

Como consecuencia de ello, el precepto no es inconstitucional. Con él, en efecto, según el Tribunal, se da efectividad a los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El Tribunal estima que, por una parte, quien suscribe el convenio consiente formalmente el riesgo de que no ingresen finalmente en sus arcas públicas cantidades válidamente comprometidas por la Administración General del Estado; pero, aun así, el artículo impugnado no exime al Gobierno del deber de prever el crédito necesario en los “escenarios presupuestarios plurianuales” que prevé la LGP y en el correspondiente proyecto de Ley de Presupuestos Generales (arts. 134.2 CE, y 32, 33 y 37.1 LGP), ni de la obligación de promover las modificaciones presupuestarias que hagan efectivos los compromisos de gasto que haya suscrito.

Ha de interpretarse, pues, según el Tribunal, que la ausencia de crédito aprobado por las Cortes Generales puede dar lugar a la resolución de compromisos de gastos solo si deriva de factores ajenos a la acción del Poder Ejecutivo. La falta de crédito no impone automáticamente la extinción del convenio ni obliga a resolverlo en todo caso y sin tomar en consideración las perturbaciones que se producen en la contraparte. Al contrario, el Gobierno está obligado a realizar tales ponderaciones no ya por elementales exigencias de buena fe o lealtad institucional, sino también en virtud del art. 47 bis, último párrafo, de la LGP, que obliga al Gobierno a considerar soluciones alternativas antes de que opere la condición resolutoria, y a notificar de forma fehaciente al tercero tal circunstancia.

La sentencia nota también que los convenios “subvención” de carácter plurianual suscritos por la Administración del Estado —en lo que a nosotros interesa— con una entidad local, en la medida en que se instrumenten como subvenciones nominativas del art. 22.2 a) de la Ley 38/2003, han quedado proscritos.

A la vista de todo ello el Tribunal concluye que el precepto impugnado comporta una previsión dotada de cobertura competencial que no impone el desequilibrio obligacional que denuncia la parte recurrente, ni atenta contra la interdicción de la arbitrariedad consagrada por el art. 9.3 CE, contra la lealtad constitucional o contra la autonomía constitucionalmente garantizada, en nuestro caso, a las entidades locales.

4.2.2

Duración de las prórrogas

La STC 132/2018, de 13 de diciembre, resolviendo el recurso interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la LRJSP, resuelve la impugnación del art. 49 h) 2 (FJ 7) en cuanto establece una duración máxima de cuatro años para las prórrogas de los convenios, sin dejar opción al legislador autonómico para establecer plazos superiores. La Generalitat alega que el Estado habría vulnerado las competencias de la comunidad autónoma relativas a la autoorganización, el régimen jurídico de las Administraciones públicas y el régimen local, que incluye las relaciones de cooperación y colaboración y las formas asociativas, mancomunadas, convencionales y comerciales. También se habría infringido el art. 177 del Estatuto de Autonomía de Cataluña sobre el régimen de los convenios entre la Generalitat y el Estado.

Según el Tribunal esta previsión cristaliza una opción político-legislativa que imposibilita las prórrogas de duración superior; pero debe considerarse adecuada a la Constitución, porque se trata de una previsión estrechamente vinculada al ciclo político y al acervo presupuestario español, y cumple con el mandato constitucional de establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas al amparo del art. 149.1.18 CE.

El voto particular de una magistrada considera que la limitación de la posibilidad de prórroga de los convenios a un máximo de cuatro años no es coherente con el hecho de que se permita que, como excepción, las comunidades autónomas puedan establecer legal o reglamentariamente un plazo superior en cuanto a la duración inicial del convenio.

4.2.3

Liquidación de los convenios

El art. 52 LRJSP regula los efectos de la resolución de los convenios. Dispone, por una parte, que, si de la liquidación resultara que el importe de las

actuaciones por alguna de las partes fuera inferior a los fondos que hubiera recibido, deberá reintegrar el exceso en el plazo máximo de un mes desde la aprobación de la liquidación. A la inversa, si el importe es superior a los fondos recibidos el resto de las partes del convenio, en el plazo de un mes desde la aprobación de la liquidación, deberán abonar la diferencia.

La parte recurrente, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña y resuelto por la STC 132/2018, sostenía que estas previsiones constituyen una regulación pormenorizada sobre procedimiento y plazos para los reintegros y abonos, la cual aparece redactada en la ley con un nivel de densidad normativa que no se compadece con el carácter de mínimo común denominador normativo de la legislación básica estatal.

El Tribunal, acogiendo esta tesis, considera (FJ 8) que, al fijar los plazos máximos concretos con la perentoriedad de un mes, el precepto impugnado impide la actuación de las comunidades autónomas cuando se vean en la tesitura de tener que establecer otros plazos de mayor duración en función de la complejidad o naturaleza de los convenios suscritos. En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de los incisos del precepto impugnado que hacen referencia al transcurso del plazo máximo de un mes a contar desde la liquidación. Sin embargo, la sentencia no declara la nulidad del precepto, porque entiende que sigue vigente para los convenios administrativos en los que son parte la Administración General del Estado, las entidades vinculadas a ella o las Universidades públicas.

4.3

Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local

Los arts. 82 y 83 LRJSP establecen que para la asignación del NIF definitivo y de la letra identificativa que corresponde a la entidad por parte de la Administración tributaria, de acuerdo con la naturaleza jurídica de aquella, será necesaria la aportación de la certificación de la inscripción de la entidad en el inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local.

En la STC 132/2018, la Generalitat de Cataluña, como parte recurrente, controvierte que la ley condicione la obtención del NIF a la presentación de dicha certificación argumentando que la inscripción, así regulada, adquiere efectos constitutivos y encubre un control jerárquico de la Administración General del Estado sobre las comunidades autónomas y los entes locales.

Sin embargo, el Tribunal (FJ 9) entiende que el precepto impugnado no impide que la creación, transformación, fusión o extinción de entidades públicas siga dependiendo de las opciones organizativas que desarrollen las

comunidades autónomas y los entes locales. El inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local se limita a reflejar estas decisiones. No es ni puede ser un instrumento que permita a la Administración General del Estado interferir en la autonomía, en lo que a nosotros interesa, de las corporaciones locales. Consecuentemente exigir dicha certificación no supone una tutela estatal de las opciones organizativas que corresponden a los entes locales.

El voto particular de una magistrada considera que la función del NIF, que es un requisito imprescindible para que la entidad comience a desarrollar su actividad, transforma en la práctica la exigencia de certificación de la inscripción en el inventario en constitutiva, por lo que es incompatible con el principio constitucional de autonomía (art. 137 CE) y con el listado taxativo de tipos de control de actividad de las comunidades autónomas.

4.4

Consortios del sector público

En la STC 93/2017, que hemos visto en sesiones de años anteriores, se consideraron constitucionales los criterios establecidos en la Ley 27/2013 sobre la determinación de la Administración a la que debe adscribirse el consorcio, así como el correspondiente régimen de presupuestación, contabilidad y control. La STC 132/2018, que ahora examinamos, confirma estos criterios.

En cuanto al régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial se esgrime que incluye una regulación excesivamente detallada. La STC 132/2018 (FJ 12) considera que las dos previsiones nuevas que incluye el precepto impugnado (que el régimen patrimonial del consorcio es el aplicable a la Administración de adscripción, y que para determinar la financiación debe tenerse en cuenta la financiación real computando los desembolsos efectivos de todas las aportaciones realizadas) constituyen igualmente normas básicas que se apoyan en el art. 149.1.18 CE según se desprende de la doctrina de la STC 93/2007.

Asimismo, la sentencia que ahora examinamos (FJ 11) considera constitucional el art. 121 LRJSP cuando establece que el personal al servicio de los consorcios habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes, habida cuenta de que incluye un párrafo segundo, que modifica la redacción dada por la Ley 27/2013, en el que se viene a permitir que el consorcio cuente con personal no proveniente de las Administraciones participantes.

La parte recurrente entendía que esta posibilidad, configurada como excepcional, no sería suficiente para eliminar la inconstitucionalidad del exceso

competencial. Sin embargo, el Tribunal entiende que el art. 121 LRJSP responde a finalidades de eficiencia y estabilidad presupuestaria, y no constituye un régimen rígido cerrado que prohíba la contratación de personal externo a las Administraciones participantes, pues solo exige que tal contratación tenga lugar cuando no resulte posible contar con personal procedente de ellas. En consecuencia, se desestima la impugnación.

La Generalitat combate también el efecto del ejercicio del derecho de separación por uno de los miembros del consorcio, que produce la disolución de este salvo que el resto de sus miembros, de conformidad con lo previsto en los estatutos, acuerde su continuidad y sigan permaneciendo en el consorcio al menos dos Administraciones, entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de más de una Administración. Lo que se discute por la Generalitat es el automatismo *ex lege* de la disolución. Se alega que el precepto controvertido no se remite a la legislación autonómica, ni permite que esta pueda modular temporalmente el efecto de disolución derivado de la separación de un miembro del consorcio.

El Tribunal Constitucional (FJ 13) se inspira en el hecho de que la jurisprudencia constitucional ha admitido, como bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, previsiones que imponen la desaparición *ope legis* de estructuras de diverso tipo. A su vez, estima que el precepto controvertido en modo alguno impide la creación de un nuevo consorcio que suceda al previamente constituido. En consecuencia, el Tribunal desestima la impugnación del art. 126 LRJSP.

4.5

Medidas de carácter social

4.5.1

Caracterización como subvenciones

La sentencia 21/2019, de 14 de febrero, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El art. 3 de la referida Ley es impugnado, en la medida en que establece que las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales carecen de la consideración de subvenciones públicas, añadiendo que la misma naturaleza tendrán las prestaciones económicas de carácter social incluidas en

el catálogo de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón y en los de las entidades locales.

El Tribunal considera (FJ 4) que la competencia del Estado para regular ciertos aspectos del régimen jurídico y el procedimiento común aplicable a las subvenciones, apoyada en el art. 149.1.18 CE, incluye también delimitar el objeto de dicha regulación, es decir, el concepto de subvención. Según la Ley 38/2003 el elemento diferenciador que delimita el concepto de subvención de otros análogos es la afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo, la ejecución de un proyecto específico, la realización de una actividad o la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar. Si dicha afectación existe la entrega de fondos tendrá la consideración de subvención y esta ley resultará de aplicación a ella.

Según el Tribunal el precepto citado pone de manifiesto que en la generalidad de las prestaciones enunciadas concurre la nota de afectación que caracteriza a la subvención. Admite que, dada la amplitud de supuestos cubiertos por el sistema público de servicios sociales, algunas concretas prestaciones puedan no responder al concepto de subvención de la Ley 38/2003. Sin embargo, atendida la regla general, debe concluirse que el inciso “y carecen de la consideración de subvenciones públicas” del art. 3 de la Ley impugnada es inconstitucional y nulo.

4.5.2

Inembargabilidad de las prestaciones sociales

La STC 21/2019, de 14 de febrero, resuelve también sobre la constitucionalidad del art. 5 de la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, que establece la inembargabilidad de las prestaciones económicas de carácter social de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales.

La cuestión fue resuelta respecto de las comunidades autónomas en la STC 5/2019, y ahora esta sentencia extiende dicha declaración de inconstitucionalidad al precepto que incluye en la inembargabilidad las prestaciones de carácter social de las entidades locales.

4.5.3

Suspensión de lanzamientos de deudores hipotecarios

Finalmente el Tribunal, en la STC 21/2019, de 14 de febrero, FJ 6, de acuerdo con la jurisprudencia sentada en la STC 5/2019 considera constitucional el art. 20 de la Ley impugnada, razonando que la suspensión de lanzamientos de deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, prevista en la norma autonómica, no distorsiona las medidas que el Estado ha adoptado en este ámbito con fundamento en el art. 149.1.13 CE, siempre que se interprete que la Administración autonómica debe ofrecer una alternativa habitacional dentro del plazo máximo de suspensión de la norma estatal. Es cierto que la comparación entre el precepto que aquí se impugna y el enjuiciado en la STC 5/2019 arroja algunas diferencias, pero estas, según aprecia el Tribunal, no modifican la valoración constitucional.

5

Haciendas locales

En el periodo que estamos considerando el Tribunal Constitucional ha dictado siete sentencias relacionadas con las haciendas locales. Las materias que se han abordado *grosso modo* son las del control financiero, principio de autonomía local en materia tributaria, tratamiento procesal de las reclamaciones sobre el impuesto sobre el valor añadido de los terrenos de naturaleza urbana, y cotejo de la regulación de ciertos tributos locales en relación con tributos establecidos por las comunidades autónomas, con el objeto de determinar si se proyectan sobre el mismo hecho imponible.

5.1

Control financiero

La STC 79/2018, de 5 de julio, resuelve el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el art. 1.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del sector público local.

El artículo impugnado establece que “[l]as actuaciones de control interno que se lleven a cabo en las entidades que conforman el sector público local se ajustarán a los preceptos contenidos en el Texto Refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, en el presente Reglamento y en las normas

reguladoras aprobadas por las entidades locales en desarrollo de las anteriores disposiciones”.

El Gobierno de Canarias consideraba que el precepto controvertido no respeta el reparto competencial, al obviar las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen local que ostenta la Comunidad Autónoma en virtud del art. 32.4 del Estatuto de Autonomía, desarrollado por la Ley 7/2015, de 1 de abril, de municipios de Canarias. Alega, asimismo, que el Estado, al ejercer sus competencias en materia de “hacienda general” (art. 149.1.14 CE), no puede impedir que las comunidades autónomas con competencia en materia de régimen local ejerzan sus competencias respecto de las haciendas de los entes locales ubicados en su territorio.

El Tribunal afirma (FJ 4) que el Estado, a tenor del art. 149.1.14 CE, ostenta competencia en materia de hacienda general y tiene competencia para configurar un régimen de controles internos de la actividad local destinado a proteger la integridad de los caudales públicos, así como la legalidad, eficacia y eficiencia de su gestión (STC 111/2016). El Tribunal considera que el controvertido art. 1.2 se limita a establecer una referencia a determinadas normas que considera oportuno invocar, dentro del subsistema en que se dicta la norma reglamentaria, en la medida en que a ellas han de ajustarse las actuaciones de control interno. Sin embargo, de esta referencia no se infiere que tenga carácter exhaustivo, ni que establezca un orden de prelación entre sus miembros ni que pretenda diferenciar por materias o sectores la normativa aplicable, pues no se hace mención alguna en este sentido.

En consecuencia (FJ 5), la ausencia de estos factores determina la interpretación de que el art. 1.2 del Real Decreto 424/2017 no pretende agotar el sistema de fuentes y establecer una relación jerárquica entre ellas, sino que no hace otra cosa que cumplir con su función de desarrollo reglamentario de la normativa estatal, precisando que este carácter no es obstáculo a la aplicación de las normas pertinentes. No impide, por tanto, que el Gobierno de Canarias pueda ejercer, en su caso, la función de tutela financiera de las entidades locales –limitada, según las normas competenciales, a la ejecución o aplicación de la regulación–. Igualmente, tampoco impide a la Comunidad Autónoma ejercitar sus más genéricas competencias de desarrollo y ejecución en materia de régimen local.

5.2

Principio de autonomía local en materia tributaria

La STC 98/2018, de 9 de septiembre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados en relación con el art. 5 de la

Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Los recurrentes sostienen que la Ley impugnada, al establecer una nueva regulación del impuesto sobre contaminación de las aguas de Aragón y sustituir el sistema paccionado anterior, privando de intervención a los municipios, especialmente al de Zaragoza, vulnera –entre otros preceptos y principios constitucionales– la autonomía local, pues no tiene en cuenta el derecho de las entidades locales a participar en los asuntos de su interés, obstaculiza el ejercicio de sus competencias y vulnera el principio de suficiencia financiera, al impedir compensar el esfuerzo inversor que aquellas hayan podido realizar en instalaciones de depuración de aguas.

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación (FJ 4) constatando que el impuesto aragonés sobre la contaminación de las aguas se crea y regula en ejercicio de la potestad tributaria que el art. 133.2 CE atribuye a las comunidades autónomas. Teniendo en consideración que el art. 156.1 CE confiere autonomía financiera a las comunidades autónomas para la gestión de sus propios intereses, el Tribunal recuerda que en la STC 96/2013 tiene declarado que tal precepto incluye un reconocimiento constitucional implícito del principio de instrumentalidad fiscal en la esfera de la tributación, en el marco de la ejecución y desarrollo de las competencias que hayan asumido en sus respectivos estatutos de autonomía. En este caso el Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón competencias en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y obras públicas. Concurren, por lo demás, intereses públicos que trascienden el ámbito municipal, en tanto que el agua es un recurso escaso, esencial para la vida humana y para el mantenimiento de los ecosistemas y las actividades económicas en todo el territorio de la Comunidad.

Dada la naturaleza impositiva del tributo, el Tribunal considera que el legislador autonómico respeta lo dispuesto en el art. 6.3 LOFCA en relación con la tasa municipal de depuración o tarifa por la prestación de servicios vinculados a la depuración de las aguas de Zaragoza, pues no existe identidad en cuanto a la naturaleza tributaria y el hecho imponible entre la tasa municipal y el impuesto sobre la contaminación de aguas.

El Tribunal aprecia que corresponde también al legislador autonómico articular, en su caso, los mecanismos de participación o colaboración con los municipios que en cada momento estime idóneos para alcanzar los objetivos que persigue la norma. La omisión en la normativa vigente de un sistema de convenios para concretar determinados aspectos de la aplicación del impuesto sobre la contaminación de las aguas y la regulación del actual régimen de bonificaciones son opciones normativas legítimamente ejercidas por el le-

gislador autonómico en el ámbito de sus competencias, y no vulneran por sí mismas la garantía constitucional de la autonomía local. La Ley impugnada establece determinados mecanismos de colaboración entre las entidades suministradoras de agua y el Instituto Aragonés del Agua. Asimismo impone una serie de deberes de colaboración a las entidades suministradoras del agua, es decir, a los entes locales, consistentes en que deben proporcionar al Instituto Aragonés del Agua los datos, informes y antecedentes con trascendencia tributaria referentes a los usuarios de agua y sus consumos.

La Ley –añade la sentencia–, al modificar el sistema de participación y colaboración de los entes locales en el marco de la gestión del impuesto para la consecución de los objetivos establecidos, no ha desapoderado a los municipios radicados en Aragón, y en particular a Zaragoza, de las competencias atribuidas a todos los municipios españoles en materia de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Finalmente, la implantación del impuesto efectuada de conformidad con el art. 133 CE no puede ser considerada como un condicionante indebido de la suficiencia financiera de las corporaciones locales. Los sujetos pasivos del impuesto sobre la contaminación de las aguas son los usuarios de agua de Aragón, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en los casos en que sus instalaciones lleven a cabo vertidos a la red de alcantarillado público. El municipio de Zaragoza y el resto de municipios aragoneses lo son por realizar el hecho imponible del mismo modo que cualquier otro usuario de este recurso.

5.3

Tratamiento procesal de las reclamaciones sobre el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana

La STC 44/2019, de 27 de marzo, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Pamplona en relación con la Ley Foral 19/2017, de 27 de diciembre.

La Ley impugnada se dicta para dar cumplimiento a la STC 72/2017, de 5 de junio, al objeto de clarificar sus efectos en relación con la gestión y la aplicación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. Dado que dicha sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos de la Ley Foral 2/1995, “únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”, la Ley (i) regula el régimen aplicable a las liquidaciones firmes cuyos hechos imponibles se produjeron con anterioridad al día 15 de julio

de 2017; (ii) regula el régimen aplicable a las liquidaciones que alcanzaron firmeza entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 2017, fecha de entrada en vigor de la Ley Foral; (iii) regula el régimen transitorio de las liquidaciones; y finalmente, en un último apartado, (iv) aborda las liquidaciones recurridas pendientes de resolución administrativa o judicial.

La normativa referente a estas últimas es la que constituye el objeto de la impugnación. En efecto, la Ley (disp. trans. única, apdo. 4, epígrafe 2) establece que “[l]os recursos contra liquidaciones a las que sea de aplicación esta disposición transitoria, que se encuentren pendientes de resolución en el Tribunal administrativo de Navarra o en los órganos jurisdiccionales se resolverán con arreglo a lo dispuesto en ella”. A continuación se fija la obligación por parte de los órganos jurisdiccionales de remitir a los ayuntamientos los expedientes declarando concluidos los procedimientos y la práctica de una nueva liquidación con posible posterior recurso.

La Comunidad Foral defiende que el precepto cuestionado supone, bien una repetición de las normas estatales sobre satisfacción extraprocesal de la pretensión, bien una especialidad procesal derivada de la competencia que esta ostenta para la regulación de su régimen tributario sustantivo y que por ello es constitucional.

En cuanto a la primera de las citadas argumentaciones, el Tribunal recuerda (FJ 2) que las comunidades autónomas no pueden establecer disposiciones de carácter procesal, aunque reproduzcan con exactitud las previsiones estatales, salvo cuando sea imprescindible para el entendimiento del precepto dictado en el ejercicio de sus competencias. En este caso, ni siquiera cabe admitir que estemos en presencia de la repetición de normas estatales. Pues el art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no admite que, sin constatarse la satisfacción extraprocesal de la pretensión, sea devuelto el expediente a la Administración demandada. Además, este artículo y el 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevén la posibilidad de un segundo proceso –como ocurre en la norma foral impugnada–, dado que este queda excluido por principio en virtud de la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

Tampoco el precepto cuestionado cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para admitir que se trata de una necesaria especialidad derivada de las particularidades del derecho sustantivo de la Comunidad Foral (FJ 4). La sentencia del Tribunal Constitucional a la cual se remite la Ley Foral en ningún momento determinó, ni de manera preceptiva ni opcional, que fuera necesario o conveniente que la nueva regulación de los elementos del tributo referido que se hiciera en un nuevo texto legal, subsanando el vacío normativo ocasionado por aquella declaración de nulidad,

tuviera que incluir un régimen transitorio que afectara al devenir normal de los procedimientos judiciales abiertos y aún no finalizados.

No es posible, finalmente, entender de qué modo resulta necesario o conveniente, para la efectividad del despliegue de los efectos jurídicos de la Ley Foral 19/2017, impedir a los tribunales de justicia ejercer la potestad jurisdiccional en los procesos pendientes ante ellos respecto de liquidaciones no firmes. Nada impide a las Administraciones locales dictar nuevas liquidaciones que rectifiquen las anteriores ya impugnadas, aunque el asunto esté bajo control jurisdiccional, comunicando la liquidación al órgano judicial competente, para que este haga la verificación de los requisitos de los arts. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre satisfacción extraprocesal de la pretensión.

En consecuencia, el Tribunal declara que el apdo. 4, epígrafe dos, de la disposición transitoria única de la Ley Foral 19/2017, de 27 de diciembre, es inconstitucional y nulo en cuanto hace referencia a los órganos jurisdiccionales.

5.4

Cotejo entre tributos locales y tributos establecidos por las comunidades autónomas

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en el periodo que estamos contemplando examinan si determinadas figuras tributarias creadas por las comunidades autónomas pueden vulnerar los arts. 133.2, 156.1 y 157.3 CE en relación con el art. 6.3 LOFCA, en la medida en que el impuesto pueda ser coincidente con alguno de los regulados en el Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales.

El vigente art. 6.3 LOFCA dispone que “[l]os tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos 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”.

La redacción vigente de la LOFCA trae causa de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, en cuyo preámbulo se expresa que la sustitución del concepto de materia imponible por “hecho imponible” busca habilitar 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.

Para apreciar si existe duplicidad con los tributos locales, que es lo vedado por el art. 6 LOFCA, se hace preciso atender, según el Tribunal Constitu-

cional, 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. Debe huirse de un entendimiento estricto del principio de prohibición de la doble imposición, siempre de delicada aplicación en el ámbito tributario. Para ello se tienen que analizar, además del hecho imponible en sentido estricto, otros aspectos, como (i) los supuestos de no sujeción y exención, (ii) el sujeto pasivo, y (iii) los elementos de cuantificación (base imponible, cuota, periodo de devengo). (iv) Entre los elementos que deben compararse se encuentra, también, la posible concurrencia de fines extrafiscales del conjunto del tributo o de alguno de sus elementos. En concreto, en materia medioambiental ha reconocido el Tribunal que los tributos pueden ser expresión del principio “quien contamina paga”. Asimismo, ha puntualizado que la finalidad extrafiscal no es incompatible con un propósito recaudatorio. Por consiguiente, la naturaleza extrafiscal o recaudatoria de un tributo es una cuestión de grado, por lo que difícilmente existirán casos “puros”.

Esta es la doctrina que con carácter general se resume en el FJ 2 de la STC 120/2018, de 31 de octubre, en la que se somete a examen, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, el impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente aprobado por el Decreto Legislativo de Extremadura 2/2006, de 12 de diciembre. En esta sentencia, tras analizar los elementos del tributo, se llega a la conclusión de que no existe duplicidad con el IAE.

Sin embargo, el voto particular de un magistrado mantiene y justifica la posición contraria, lo que pone de manifiesto el terreno, a veces resbaladizo y discutible, en el que se mueven las argumentaciones para realizar el contraste entre el impuesto autonómico y el impuesto local con el que trata de compararse.

En el mismo sentido, la STC 22/2019, de 14 de febrero, realiza la misma operación en relación con el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Región de Murcia regulado por la Ley 7/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y fomento económico de la Región de Murcia. La sentencia responde también a una cuestión de inconstitucionalidad.

El contraste, en este caso, se realiza nuevamente con el IAE, y, nuevamente con un voto particular, se llega a la conclusión de que no se vulnera el art. 6.3 LOFCA, pues se aprecia que el distinto régimen de ambos impuestos no permite sostener que recaigan sobre el mismo hecho imponible, después de analizar los diversos elementos a que antes me he referido.

Por su parte, la STC 28/2019, de 28 de febrero, realiza la misma operación al examinar un recurso interpuesto por el presidente del Gobierno respecto del impuesto sobre los activos no productivos de las personas jurídicas

regulado en la Ley del Parlamento de Cataluña 6/2017, de 9 de mayo. En este caso se analiza la estructura de los elementos integrantes del tributo y se compara con la que corresponde al IBI y al impuesto sobre los vehículos de tracción mecánica, y en ambos casos se aprecian diferencias suficientes para entender que recaen sobre un hecho imponible distinto, por lo que no existe vulneración del art. 6.3 LOFCA. Esta sentencia se dicta sin votos particulares.

Finalmente, la STC 4/2019, de 17 de enero, realiza similar operación respecto del impuesto sobre viviendas vacías regulado en la Ley 3/2012 del Parlamento de Cataluña, resolviendo un recurso interpuesto por el presidente del Gobierno. Nuevamente se realiza un examen minucioso de los distintos elementos del tributo en relación con el impuesto de bienes inmuebles, para llegar a idéntica conclusión de una falta de identidad del hecho imponible y la consiguiente no vulneración de lo dispuesto en el art. 6.3 LOFCA. Tampoco en este caso existen votos particulares.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referida al ámbito local*

JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
Magistrado del Tribunal Supremo

- 1. Introducción: La autonomía local en un mundo en cambios. El impacto de la globalización y la economía digital en la gobernanza de los entes locales [STS de 4 de junio de 2018 (RCA 438/2017) y STS de 15 de enero de 2019 (RC 3760/2017)]**
- 2. Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales**
 - 2.1. Procedimiento administrativo
 - 2.1.1. La Administración no puede acordar el desistimiento de una solicitud cuando el interesado hubiere atendido el requerimiento de subsanación antes de dictarse dicha resolución [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017)]
 - 2.1.2. La presentación de un recurso administrativo en el propio registro municipal de un ayuntamiento produce el mismo efecto jurídico (en cuanto al cumplimiento del plazo máximo de interposición) que si se hubiere presentado ante el registro de la Administración pública a que va dirigido dicho recurso [STS de 20 de diciembre de 2018 (RC 669/2018)]
 - 2.2. Recurso contencioso-administrativo
 - 2.2.1. Un ente local no está legitimado para impugnar el nombramiento de un director de un Instituto de Enseñanza Secundaria, al carecer de competencias propias en materia de educación, a tenor del artículo 25.2 b) LBRL [STS de 19 de marzo de 2019 (RC 2784/2016)]
 - 2.2.2. La vía del artículo 29 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es idónea para que un ayuntamiento inste de la comunidad autónoma el cumplimiento de un convenio interadministrativo [STS de 18 de febrero de 2019 (RCA 3509/2017)]

* El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 5 de julio de 2019 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2019, organizado por la Diputación de Barcelona

- 2.2.3. La Administración condenada a la demolición de una construcción ilegal debe prestar garantía suficiente para responder del pago de eventuales reclamaciones, sin que sea precisa, a tal efecto, la tramitación de un procedimiento contradictorio [STS de 22 de enero de 2019 (RC 2048/2017)]
 - 2.3. Gobierno local: Estatuto jurídico de los electos locales y de los vecinos miembros de órganos de participación ciudadana
 - 2.3.1. La causa de inelegibilidad e incompatibilidad contenida en el artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se aplica a los condenados por delitos contra la Administración pública cuando se haya impuesto la pena de inhabilitación especial de suspensión para empleo o cargo público, cualquiera que sea el ámbito de los empleos o cargos públicos a que se refiera, y aunque la sentencia no sea firme [STS de 1 de abril de 2019 (RC 5590/2017)]
 - 2.3.2. El ejercicio del cargo de vocal-vecino de la junta de distrito de un ayuntamiento es compatible con la condición de funcionario público [STS de 2 de octubre de 2018 (RC 509/2017)]
 - 2.4. Competencias municipales: Los ayuntamientos tienen competencias en materia de regulación de las instalaciones de equipos de radiocomunicación para tutelar intereses relativos a la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medio ambiente [STS de 11 de febrero de 2019 (RC 326/2016)]
 - 2.5. Convenios interadministrativos: Un ayuntamiento está legitimado para exigir el cumplimiento de un convenio formalizado entre otras Administraciones públicas si resulta beneficiario de la ejecución del mismo [STS de 25 de febrero de 2019 (RC 1071/2016)]
 - 2.6. Actividad económica: La Administración autonómica no puede revocar injustificadamente la declaración de zona de gran afluencia turística de un municipio, a efectos de aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3505/2017)]
 - 2.7. Función pública: Los ayuntamientos no pueden reconocer a los funcionarios que presten sus servicios el derecho a percibir premios o recompensas con ocasión de su jubilación, en cuanto esta retribución no está prevista en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
- 3. Epílogo: Los contrastes del nuevo modelo de recurso de casación en la interpretación de las normas jurídicas que inciden en la gobernanza de los entes locales**

Resumen

La globalización y la revolución digital han modificado las formas y los modos de actuar de los entes locales, que deben asumir nuevas competencias para responder de forma eficiente a los requerimientos y las exigencias de la ciudadanía. El nuevo modelo de recurso de casación implementado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, constituye un mecanismo procesal útil para la interpretación uniforme del derecho local, aunque el sistema debe perfeccionarse para que cumpla la función nomofiláctica sin desatender el *ius litigatoris*.

Palabras clave: *autonomía local; globalización; economía digital; gobernanza de los entes locales; recurso de casación; doctrina jurisprudencial interpretativa del derecho local.*

The Spanish Supreme Court's case law on local law

Abstract

*Globalization and the digital revolution have modified the ways and modes of action of local authorities, which must assume new skills to respond efficiently to the requirements and demands of citizens. The new cassation appeal implemented after the entry into force of Organic Law 7/2015, constitutes a useful procedural mechanism for the uniform interpretation of local law, although the system must be perfected to fulfill the interpretative function without neglecting the *ius litigatoris*.*

Keywords: local autonomy; globalization; digital economy; governance of local authorities; cassation appeal; case law on local law.

1

**Introducción: La autonomía local en un mundo en cambios.
El impacto de la globalización y la economía digital en la
gobernanza de los entes locales [STS de 4 de junio de 2018
(RCA 438/2017) y STS de 15 de enero de 2019 (RC 3760/2017)]**

La globalización afecta de forma significativa a la gobernanza de los entes locales, en la medida en que transforma las relaciones de interdependencia

entre la sociedad, las instituciones públicas y el sistema económico imperante, y provoca un desplazamiento del poder público en sentido bidireccional: de lo local a lo global y de lo global a lo local.

La nueva economía global incide de forma determinante en la gestión de los entes locales, porque, como destacan los profesores Manuel CASTELL y Jordi BORJA, produce una profunda transformación de las estructuras política, social y espacial de las ciudades (*vid.* Manuel CASTELL y Jordi BORJA, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Taurus, Madrid, 1997).

La revolución digital ha modificado las formas de comunicarse e interrelacionarse los ciudadanos, así como ha cambiado el modo de actuar del poder público, condicionado por la aparición de las redes sociales, que han cambiado las reglas de juego de la gobernanza.

Ello ha generado desajustes y disfunciones en el sistema de gobierno de los entes locales, que obligan a reformular las estructuras políticas, organizativas y competencias de los municipios y los entes intermedios provinciales (*vid.* José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, “Los paradigmas de gobernanza de los entes locales y el derecho a la ciudad”, *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo III, págs. 2391 y ss.).

La introducción de las nuevas tecnologías propicia la digitalización de la sociedad, que altera las relaciones entre gobernantes y ciudadanos, de forma que, junto a los mecanismos de participación política propios de la democracia representativa, surgen fórmulas e instrumentos de democracia directa (*vid.* Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS (dirs.), *Sociedad digital y derecho*, BOE, Madrid, 2018).

En una democracia informada, los ciudadanos asumen un mayor poder en la toma de decisiones de los Gobiernos locales, que obliga a modificar las bases que permitan consolidar un sistema sostenible de gobernanza en el ámbito municipal y provincial (*vid.* Nicolas BERGGRUEN y Nathan GARDELS, *Gobernanza inteligente para el siglo XXI*, Taurus, Madrid, 2012).

Los Gobiernos locales tratan de responder a los desafíos y riesgos que comporta la globalización, reivindicando del Estado nuevas competencias y funciones para el Gobierno local.

El profesor Francisco VELASCO ha sistematizado algunos de los efectos que sobre la autonomía local se derivan de la globalización, poniendo de relieve cómo tanto en los Estados unitarios de carácter centralizado como en los Estados federales se produce un reforzamiento expansivo del Gobierno local,

en la medida en que asume la responsabilidad de ejercer una mayor lista de tareas y funciones (*vid.* Francisco VELASCO CABALLERO, “Autonomías locales en un mundo en cambio”, *Manuales de Formación Continuada*, núm. 44, 2007, ejemplar dedicado a: *Globalización y principio de autonomía local*).

El profesor Tomàs FONT I LLOVET, descendiendo al análisis del modelo de gobierno local vigente en España, pone el foco en la necesidad de regenerar políticamente la vida política local, que obliga a reconsiderar múltiples aspectos de la organización municipal, así como a repensar su inclusión en las comunidades autónomas y en el Estado, para lograr una mayor legitimidad de los electos locales ante los ciudadanos (*vid.* Tomàs FONT I LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN, “Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización”, *Anuario de Gobierno Local 2014*, Madrid, 2015).

El Tribunal Supremo ha examinado, en el periodo que analizamos, recursos relativos a regulaciones de carácter estatal o autonómico en materias relativas al arrendamiento de vehículos con conductor de la clase VTC y al régimen jurídico de los alojamientos turísticos, que afectan de forma directa al núcleo de intereses propio de los entes locales.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018 (RC 438/2017; ponente: ESPÍN TEMPLADO), enjuiciamos la legalidad del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con base en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

El organismo supervisor de la competencia se enfrentaba al Gobierno porque consideraba que el Reglamento que desarrolla la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que modificaba la regulación del alquiler de vehículos con conductor, imponía requisitos que resultaban innecesarios y desproporcionados y que no estaban justificados, por cuanto atendían a razones de índole económico en beneficio exclusivo de la actividad desarrollada por los taxistas, siendo contrarios a la libre competencia y a la unidad de mercado.

La sentencia, tras analizar con detenimiento la evolución de la normativa legal regulatoria del arrendamiento de vehículos con conductor (cuya falta de desarrollo reglamentario habría propiciado que se anularan las resoluciones de la autoridad competente en materia de transporte de las comunidades

autónomas, y se concediesen las licencias solicitadas en unos determinados periodos, incluso tras la aprobación 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), y analizar la incidencia de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, examina si las restricciones impuestas en el Reglamento impugnado están justificadas por razones imperiosas de interés general, tal como exigen el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

El Tribunal Supremo considera que las restricciones cuantitativas establecidas en el Real Decreto 1057/2015 (1 VTC por cada 30 taxis) son conformes a derecho, por cuanto no se ha acreditado que sea una proposición inequitativa, teniendo en cuenta que dicha ratio, que fija la compatibilidad de ambas modalidades de transporte, constituye un límite máximo que “puede ser adaptado a las concretas circunstancias municipales por las comunidades autónomas o por los ayuntamientos competentes”.

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión en los siguientes términos:

[...]

El artículo 48 de la LOTT, en su tenor anterior al Real Decreto-ley 3/2018, decía así:

“Artículo 48.

1. El otorgamiento de las autorizaciones de transporte público tendrá carácter reglado por lo que solo podrá denegarse cuando no se cumplan los requisitos exigidos para ello.

2. No obstante, y de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor”.

Este precepto fue desarrollado por el apartado 3 del artículo 181 ROTT, en la redacción que le dio el artículo único, apartado Uno, del Real Decreto 1057/2015 impugnado, con la siguiente redacción:

“3. En ejecución de lo que se dispone en el artículo 48.2 de la LOTT, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas

en una comunidad autónoma o en alguno de los municipios que la integran, el órgano competente podrá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte en su territorio.

Se entenderá en todo caso que se produce una situación de desequilibrio, y en consecuencia procederá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, cuando la relación entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte público de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquellas por cada treinta de estas.

No obstante, aquellas comunidades autónomas que, por delegación del Estado, hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, podrán modificar la regla de proporcionalidad señalada en el párrafo anterior, siempre que la que apliquen sea menos restrictiva que esa”.

Aunque queda fuera ya del ámbito del presente recurso, digamos que el Real Decreto-ley 3/2018 no ha modificado los apartados 1 y 2 del artículo 48 LOTT que se han transcrito, pero ha añadido un tercer apartado que incorpora a la Ley la limitación 1/30 del apartado 181.3 ROTT, a la vez que deroga este.

Como se observa, el precepto reglamentario impugnado habilitaba al órgano competente de una comunidad autónoma o municipio a denegar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor cuando en el correspondiente ámbito territorial existiesen limitaciones cuantitativas en la oferta de transporte público de viajeros de turismo, esto es, del servicio de taxis “a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte en su territorio”.

A lo cual se añadían dos reglas:

- la presunción de que existe desequilibrio (lo que habilita automáticamente a la posibilidad de denegar nuevas autorizaciones) cuando la relación en la comunidad autónoma entre autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor y taxis sea superior a 1 de aquellas por 30 taxis. O, dicho de otra manera, si cada 30 taxis hay más de una autorización de VTC, se presume que existe desequilibrio entre ambas modalidades de transporte;*

- la segunda regla es que el órgano competente para otorgar las autorizaciones (autonómico o municipal), puede modificar esa proporción en un sentido menos restrictivo, esto es, admitir más de 1 autorización VTC por cada 30 taxis.

De acuerdo con lo dicho en el anterior fundamento de derecho, debemos examinar si esta limitación cuantitativa responde a los principios de necesidad y proporcionalidad contemplados en el artículo 5 LGUM; si su carácter respeta las prohibiciones estipuladas en el artículo 18.g) LGUM; y, finalmente, si se trata de una limitación discriminatoria.

En cuanto a lo primero, una vez admitida la justificación de preservar un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano a fin de asegurar una modalidad como la del taxi, la previsión de una proporción entre el número de licencias es sin duda una medida idónea y proporcionada, sin que parezca fácil arbitrar una medida alternativa que pudiera ser menos restrictiva ni corresponda hacerlo a esta Sala.

Otra cosa es la consideración que pudiera recibir la proporción escogida (1/30), toda vez que la justificación que la Administración ha ofrecido ha sido exclusivamente la histórica, que fue la proporción acordada reglamentariamente en 1998 y también sin que entonces se explicitara ninguna justificación de tal cifra, que ha venido manteniéndose inalterada. Aunque no hay certeza sobre cuál es la relación existente en la actualidad en los distintos municipios, no parece discutible, según las manifestaciones y documentación aportadas por las partes, que tras la concesión de numerosas licencias de VTC en los últimos años aprovechando la supresión primero de las limitaciones y la tardanza en aprobar el Reglamento ahora impugnado después, sea posiblemente superior incluso a 1/10 en las principales ciudades. Ello quiere decir, tal como ponen de relieve las partes recurrentes, que la reintroducción de esta limitación cuantitativa suponía en el momento de aprobarse el Real Decreto 1057/2015, una congelación en el número de licencias VTC ya otorgadas. Ahora bien, si la Administración no ha ofrecido justificación razonada de la concreta proporción 1/30, tampoco los recurrentes plantean una posible alternativa a la misma, al margen de su oposición frontal a la contingentación de las licencias VTC. A lo cual hay que añadir una circunstancia de indudable trascendencia, que el límite reglamentario 1/30 es un límite máximo que puede ser rebajado por las Administraciones competentes, permitiendo que haya más de una licencia VTC por cada 30 taxis.

Pues bien, si tomamos en consideración las circunstancias descritas, esto es, que ninguna de las partes demandadas aporta criterios útiles para poder determinar una proporción ideal entre ambos tipos de transporte urbano, que tampoco los recurrentes desvirtúan que dicha proporción máxima pueda servir para mantener el objetivo de una relación equilibrada entre ambas modalidades de transporte y, finalmente, que se trata de un límite máximo que puede ser adaptado a las concretas circunstancias municipales por las comunidades autónomas o los ayuntamientos competentes, hemos de concluir que no se acredita la desconformidad a derecho de dicha proporción.

La sentencia también sostiene que no debe declararse la nulidad de las restricciones de carácter territorial impuestas en el artículo 182 del Real Decreto impugnado, referidas a la obligación de que los vehículos dedicados a la actividad de arrendamiento con conductor deberán ser utilizados habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización en que se amparen, debiendo entenderse no cumplida esa exigencia de utilización habitual cuando el 20 % o más de los servicios realizados no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por dicho territorio.

La sentencia fundamenta su pronunciamiento en los siguientes términos:

[...]

La regla de la territorialidad es sometida a iguales críticas que las dirigidas contra la regla de la proporcionalidad, mientras que la memoria la justifica al igual que esta en la necesaria garantía del equilibrio en la oferta del transporte urbano mediante vehículos. Admitida dicha finalidad como garantía de la razón imperiosa de interés general consistente en garantizar un determinado servicio de vehículos con conductor ajustado a ciertas características, debe aceptarse también como una justificación válida para las medidas concretas adoptadas en relación con los VTC. En particular, esta limitación tiene la finalidad de evitar que la utilización de autorizaciones de VTC en localidades de otras comunidades autónomas como una forma fraudulenta de incumplir la regla de la proporcionalidad.

Tiene razón la CNMC en su demanda respecto a la falta de justificación de la exacta proporción 80/20 más allá de la histórica, aunque tampoco ofrece razones por las cuales dicha proporción deba considerarse inadecuada. Si se acepta que el objetivo es que las autorizaciones sean utilizadas de forma habitual en la comunidad

autónoma de origen, no hay razones para considerar excesiva o abusiva la proporción por la que ha optado el reglamento impugnado.

Por el contrario, el Tribunal Supremo determina que es nula la pretensión reglamentaria contenida en el artículo 181 del Real Decreto 1057/2015, que exige a las empresas que pretenden desarrollar la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor disponer en propiedad o en arrendamiento de una flota de al menos siete vehículos, en cuanto carece de cobertura legal.

[...]

Tienen razón en este punto las partes recurrentes. La previsión legal no obliga a tener una flota mínima de vehículos destinados al ejercicio de la actividad de VTC. Simplemente obliga a disponer de uno o más vehículos en las condiciones reglamentarias que se determinen, esto es, simplemente a disponer al menos de algún vehículo destinado a la actividad para la que se solicita la autorización. Por otra parte, no queda claro que la tortuosa remisión a “lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine” habilite a restringir el tenor literal de la Ley (uno o más vehículos) y permita exigir disponer de más de un vehículo destinado a la actividad VTC.

Tampoco son atendibles como fundamento de legalidad los argumentos del Abogado del Estado de que dicho requisito ha caracterizado a esta actividad desde su origen y que “forma parte de la naturaleza de dicha actividad” y que el Real Decreto impugnado ha reducido la flota mínima de los 10 vehículos que exigía la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero (modificada por la Orden FOM/3203/2011, de 18 de noviembre) a los 7 ahora exigidos. En efecto, con independencia de la evolución de la regulación de este tipo de transporte y de la previsión de la Orden invocada, ahora resulta necesario confrontar la legalidad de tal exigencia con el actual marco normativo.

En cualquier caso, ni la exigencia de una flota atiende a la finalidad de la regulación de la actividad de los VTC ni la justificación ofrecida por la memoria de impacto normativo es convincente. Ya hemos visto la razón de interés general que justifica la previsión de determinadas medidas restrictivas de la actividad de los VTC, en breve, el mantenimiento de un equilibrio en los servicios de transporte urbano que permita mantener un servicio ajustado a las características decididas por la Administración competente como lo es el de los taxis. Sin embargo, ninguna relación tiene con tal ob-

jetivo la exigencia de que quien desee dedicarse a tal actividad de VTC deba disponer de una flota mínima, requisito que resulta por completo irrelevante desde la perspectiva de dicha razón de interés general, pues el equilibrio entre taxis y VTC no se ve ni favorecido ni perjudicado por esta exigencia. Y, por otra parte, ciertamente tiene razón la CNMC cuando afirma que la seguridad de las transacciones comerciales no constituye una razón que justifique una medida restrictiva a la actividad de los VTC.

Tampoco resultan convincentes las razones ofrecidas en la memoria de impacto normativo, pues no se alcanza bien a comprender por qué exigir un tamaño mínimo a las empresas que se dediquen a la actividad supone una mejor protección de los derechos de los usuarios o incrementa la seguridad de las transacciones financieras, ni por qué se iba a producir necesariamente una constante aparición y desaparición de microempresas (como se afirma que ocurriría) y por qué, de producirse tal circunstancia (que sucede en muchos sectores económicos), se oscurecería la seguridad jurídica y económica en las relaciones comerciales, como también se asegura. Se trata de afirmaciones apodícticas carentes de explicación y que resultan desmentidas, por cierto, por la existencia de numerosos taxistas que son titulares exclusivamente de su licencia, sin que ello haya ocasionado tan perniciosas consecuencias.

El Tribunal Supremo se ha ocupado de analizar la problemática jurídica surgida de las regulaciones autonómicas en materia de las viviendas vacacionales o de uso turístico.

La complejidad jurídica de estos recursos deriva, en primer lugar, de la necesidad de determinar con precisión cuál es el régimen jurídico que resulta aplicable a este sector, teniendo en cuenta que convergen regulaciones integradas en el derecho privado, sometidas a las prescripciones de la legislación civil (Código Civil, Ley de Arrendamientos Urbanos y Ley de Propiedad horizontal), cuyo enjuiciamiento corresponde al orden jurisdiccional civil, y la regulación de carácter administrativo referida a materias tan diversas como las relacionadas con la actividad económica, el turismo, la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medioambiente.

La dificultad de enjuiciar estos recursos tiene que ver también con los derechos constitucionales, libertades públicas e intereses públicos y privados que entren en conflicto, tal como ponen de relieve los escritos de los litigantes; derecho al ocio, libertad de circulación, derecho de propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa y libre prestación de servicios.

Resulta evidente que la política que adopten el legislador estatal y el legislador autonómico en la regulación de este sector económico, relativo a la explotación de alojamientos turísticos, incide de forma inmediata en la ordenación de la vida colectiva de la ciudad.

La ordenación de esta actividad afecta a ámbitos propios de las competencias municipales en materias relacionadas con el urbanismo, la seguridad y el orden público, el medio ambiente, la movilidad urbana o la dotación de servicios y equipamientos públicos para fines culturales, deportivos o sociales.

En aquellos municipios distinguidos por su capacidad de atracción turística está en juego el modelo de ciudad.

Los Gobiernos locales afectados tratan de promover un desarrollo económico coherente y sostenible de la ciudad, y a la vez proteger el derecho de los vecinos residentes a una ciudad habitable, impulsando políticas públicas (y en su caso de carácter fiscal o tributario) que garanticen la convivencia de todos los ciudadanos que residen de modo habitual o temporal en un determinado núcleo de población turístico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019 (RC 3760/2017; ponente AROZAMENA LASO) enjuicia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había estimado en parte los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico contra 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.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, fija la siguiente doctrina:

[...]

1) El artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias es incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado, en la medida en que, pese a resultar de inexcusable observancia la obligación de motivar de forma congruente y razonable la procedencia de las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios, sin embargo: (i) no consta que se haya explicitado en el procedimiento de elaboración de aquella norma ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que pudiera justificar las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica

consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas; y (ii) tampoco cabe inferir –de forma directa– la concurrencia de tales razones del contexto jurídico-económico en que se inserta la citada disposición reglamentaria.

2) Por las mismas razones, resulta incompatible la limitación establecida en el artículo 12.1 que impone la cesión íntegra a una única persona, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido.

Además, anular esta limitación de la cesión por habitaciones no contradice la previsión del artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 9 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

El letrado del Gobierno de Canarias, invocando como normas infringidas el artículo 9 de la Constitución y el artículo 5 e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, había defendido que la prohibición de la cesión por habitaciones viene establecida por la legislación estatal, en particular, en la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994 (LAU), añadido por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

Esta disposición, perteneciente a la legislación civil, dispone: “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 y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

Se cuestionaba si era legal la prohibición establecida por el Gobierno de Canarias, consistente en que no podrían alquilarse separadamente habitaciones o estancias de una vivienda para uso turístico, en la medida en que invadiría una competencia del Estado.

La sentencia se pronuncia en el sentido de entender que la Ley de Arrendamientos Urbanos no prohíbe la cesión temporal de habitaciones o estancias de una vivienda, al solo determinar que esta modalidad de contratación queda excluida del ámbito de aplicación del régimen jurídico establecido en dicha ley civil.

Según el Tribunal Supremo no hay razones de interés general que avalen dicha prohibición del alquiler por habitaciones.

Se recuerda que ya en la precedente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2018 (RC 4959/2017; ponente BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT) se señalaba que “la prohibición de ofertar viviendas vacacionales que se encuentren ubicadas en las zonas turísticas delimitadas en el ámbito territorial de Canarias establecida en el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, es contraria al principio de libertad

de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, en cuanto del análisis del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria se infiere que la única explicación plausible parece ser la de tratar de favorecer la oferta de productos alojativos tradicionales, lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado”.

La única justificación ofrecida sobre la conveniencia de formalizar la exclusión de la oferta de viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas –se subrayaba en dicha sentencia– fue la de que obedecía a meras razones de carácter económico (que las viviendas vacacionales no compitieran con el resto de establecimientos alojativos turísticos hoteleros o extrahoteleros, para lo que sería necesario que no se ubicaran en las mismas zonas), lo que no puede incardinarse en ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La invocación en fase ulterior de la concurrencia de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo resultaba insuficiente, en la medida en que no estimábamos convincente la explicación ofrecida respecto a que la prohibición contemplada, referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas, tuviera como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio.

2

Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales

2.1

Procedimiento administrativo

2.1.1

La Administración no puede acordar el desistimiento de una solicitud cuando el interesado hubiere atendido el requerimiento de subsanación antes de dictarse dicha resolución [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017)]

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017; ponente PERELLÓ DOMÉNECH) fija la siguiente doctrina en relación con la interpretación auténtica del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “[...] que cuando el artículo 71 exige para la terminación del procedimiento que se dicte por la Administración la correspondiente resolución declarando el ‘desistimiento por caducidad’, si, ciertamente y con la salvedad que se indicó, antes de dictarse esta resolución el solicitante corrige el defecto y completa las exigencias del artículo 71, la ulterior resolución que declara desistido al interesado y el archivo del procedimiento no resulta ya procedente”.

Aunque en esta sentencia no figurara como parte recurrida una Administración local, es obvia la trascendencia del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en cuanto afecta al conjunto de Administraciones públicas que deben garantizar la regularidad del procedimiento administrativo.

El Tribunal Supremo censura, desde el punto de vista jurídico, la actuación del secretario general de Economía y Comercio de la Junta de Extremadura, que había tenido por desistida del procedimiento a una entidad que había solicitado una ayuda pública para la internacionalización de la actividad económica, con base en que no había remitido la documentación requerida en el plazo establecido.

El Tribunal de instancia ya había condenado a la Junta de Extremadura a que continuase la tramitación del procedimiento a fin de verificar que la entidad cumplía todos los requisitos exigidos para obtener la subvención.

La sentencia, con el objeto de dar respuesta a la concreta cuestión planteada, sobre la que no existe jurisprudencia que la haya abordado y resuelto, parte de la transcripción de las disposiciones normativas analizadas: el artícu-

lo 71.1 en relación con el artículo 76, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogidas en el Título VI, referido a las “disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”.

El artículo 71.1, incluido en el capítulo I de este Título VI (“Iniciación del procedimiento”), establece:

Artículo 71. Subsanación y mejora de la solicitud.

1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.

El artículo 76, incluido en el Capítulo II, intitulado “Ordenación del procedimiento”, dispone:

Artículo 76. Cumplimiento de trámites.

1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

2. Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

La sentencia diferencia los supuestos de aplicación de los preceptos analizados, al exponer que el artículo 71.1 se inserta en la primera de las fases del procedimiento, la de “iniciación” a la que se refieren los artículos 69 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Tras la determinación de las clases de iniciación, en el artículo 70 de la Ley se establecen los requisitos necesarios que han de observar las solicitudes de los interesados.

Observa que el artículo 76.3 de la Ley se inscribe en la fase de instrucción del procedimiento, en el Capítulo relativo a la “ordenación del procedimiento” (Capítulo II del Título VI). Contempla la preclusión de los trámites

que han de ser cumplimentados por los interesados, si bien con la regla de la admisión de la actuación del interesado, al permitir la subsanación “si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”. El artículo 76 opera dentro de un procedimiento que ya ha sido iniciado y se halla en tramitación con arreglo al principio de impulso de oficio.

Desde una perspectiva sistemática, refiere la sentencia que se trata de preceptos que regulan diferentes fases del procedimiento: la de iniciación –artículo 71.1– y la de ordenación –artículo 76.3–. Su contenido es claramente diferente, pues el primero se refiere a los defectos que afectan a la solicitud inicial, esto es, al comienzo del procedimiento, de forma que de no cumplimentarse el requerimiento “se tendrá por desistido al interesado” en la solicitud, mientras que el segundo –el 76.3– se refiere a los defectos formales advertidos en un trámite, una vez iniciado el procedimiento.

Concluye el Tribunal Supremo su argumento sosteniendo que el artículo 71.1 es la norma especial aplicable en lo que se refiere a las solicitudes presentadas por el interesado, “siendo un precepto diferenciado del artículo 76, bien sea por su ubicación sistemática, bien por su contenido y alcance, relativo uno a un supuesto específico como es el del inicio del procedimiento a instancia del interesado y el otro, la ordenación de trámites. Así es, el artículo 71.1 es una norma especial que regula los defectos en la solicitud inicial, con la consecuencia de la inviabilidad de la petición, dada la ausencia de los elementos mínimos imprescindibles, que implica que el expediente no se haya iniciado, contemplando este precepto la preclusión del trámite”.

A diferencia, por tanto, del artículo 76.3, que “presupone que se ha iniciado válidamente el expediente, con la aportación de los elementos indispensables y prevé la consecuencia de la inobservancia de un determinado trámite, si bien con la consecuencia de la continuación, siempre que el interesado actúe corrigiendo el defecto”.

El Tribunal Supremo, una vez sentadas estas pautas interpretativas, clarifica el sentido del último inciso del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que si no se cumplimenta en tiempo y forma el requerimiento de subsanación de la solicitud se tendrá al solicitante “por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42”.

Se subraya en la sentencia que este último inciso se introdujo en la reforma de la Ley 30/1992 por obra de la Ley 4/1999, pues hasta entonces el artículo 71 disponía lo siguiente: “se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1”.

Así, la jurisprudencia de esta Sala matizó las consecuencias (previstas en la reforma anterior a 1999) del incumplimiento del requerimiento de subsanación, que daba lugar directamente al archivo de la solicitud “sin más trámite”. Ahora bien, tras dicha reforma, se produce el cambio que consiste en que al interesado se le tendrá por desistido “previa resolución”, que se pone en relación con el artículo 42, referido a la obligación de la Administración de resolver “sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados”.

El Tribunal Supremo, atrayendo la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el principio antiformalista, que rige en el proceso contencioso-administrativo, y teniendo en cuenta la aplicación de principio de proporcionalidad, tal como ha sido formulada por el Tribunal Constitucional, descarta una interpretación rigorista y formal del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto cabe realizar una interpretación amplia del precepto, que favorezca el derecho al procedimiento debido, de modo que permita al solicitante cumplimentar el defecto inicial antes de que la Administración dicte la resolución de desistimiento del procedimiento, reconociéndole, por tanto, el derecho a que se inicie y se tramite dicho procedimiento.

Este criterio jurisprudencial se alinea con las tesis defendidas por la doctrina administrativa más cualificada, que, partiendo de las bases constitucionales del procedimiento administrativo, considera que cabe incluir en el deber de buena administración la obligación de la Administración de seguimiento de un procedimiento administrativo debido, que permita su culminación, tras proseguir los trámites legalmente previstos, con una decisión objetiva y razonada en términos jurídicos (*vid.* Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001).

2.1.2

La presentación de un recurso administrativo en el propio registro municipal de un ayuntamiento produce el mismo efecto jurídico (en cuanto al cumplimiento del plazo máximo de interposición) que si se hubiere presentado ante el registro de la Administración pública a que va dirigido dicho recurso [STS de 20 de diciembre de 2018 (RC 669/2018)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2018 (RC 369/2018; ponente ROMÁN GARCÍA), inspirada en los principios de buena fe procedimental y de

lealtad institucional, aunque no de forma explícita, fija una doctrina que resulta coherente con el derecho a un procedimiento debido, respecto de que es válido, a los efectos de cumplimentar el requisito del plazo legalmente previsto, el recurso administrativo que interpusiere un ayuntamiento contra una resolución emanada de otra Administración pública, que fuere presentado en el propio registro municipal, de modo que produce los mismos efectos jurídicos que si se hubiere presentado en el registro de la Administración pública a la que va dirigido dicho recurso.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valle de Tobalina contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y estima el recurso contencioso-administrativo formulado por dicho municipio contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, que desestima los proyectos de desarrollo local presentados para acogerse al Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos, por incumplir determinados requisitos y cumplimentar los requerimientos de subsanación fuera de plazo.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación en sentido estimatorio, con base en la anterior doctrina fijada por la Sala en la sentencia de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017), formulada en relación con la interpretación del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya fundamentación jurídica se transcribe en su integridad y que motiva que se revoque la sentencia del Tribunal de instancia.

Previamente, el Tribunal Supremo relaciona los hechos que considera relevantes para fundamentar su pronunciamiento:

[...]

1) *El 11 de marzo de 2015 fue aprobada la Orden IET/458/2015, por la que se regulan las asignaciones a los municipios del entorno de las instalaciones nucleares, con cargo al Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos.*

2) *El 14 de mayo de 2015, la directora general de Política Energética y Minas dictó resolución estableciendo medidas para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Orden IET/458/2015, entre las que se incluía, en primer lugar, la exigencia de que “Cada propuesta de proyecto de inversión en que se concrete la actividad a cofinanciar deberá ser solicitada y firmada por los alcaldes de todos los municipios participantes en la misma, previa la aprobación de sus respectivos plenos, y se presentará ante esta Dirección General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.a)*

de la orden IET/458/2015, de 11 de marzo, adjuntando el Anexo de esta Resolución debidamente cumplimentado”.

3) El 30 de junio de 2015 el Ayuntamiento de Valle de Tobalina solicitó la cofinanciación mediante escrito firmado por su alcaldesa.

4) El 24 de julio de 2015, el citado Ayuntamiento recibió escrito de la Dirección General requiriendo la subsanación del defecto relativo a la falta de acuerdo plenario.

5) El 4 de agosto de 2015 el Ayuntamiento procedió a cumplimentar el requerimiento de subsanación ante su propio registro, dando entrada en este, a las 13,33 horas, a la documentación que debía ser remitida a la Administración General del Estado (en la que se hacía constar la ratificación por el Pleno del acuerdo de la alcaldesa).

6) El mismo día 4 de agosto de 2015, a las 13.34, se hizo constar mediante sello la salida de dicha documentación del registro municipal.

7) En dicho escrito aparece después un sello de entrada en el registro del Ministerio en el que consta la fecha de 11 de agosto de 2015.

8) Sin que se hiciera constar previamente la existencia de resolución alguna declarando la caducidad o desistimiento, en fecha 27 de noviembre de 2015 se dictó Resolución por la Administración del Estado, excluyendo de la cofinanciación al Ayuntamiento de Valle de Tobalina por los motivos antes indicados.

9) El Ayuntamiento interpuso contra dicha Resolución recurso de alzada, que no fue resuelto expresamente.

10) Contra la desestimación presunta de su recurso de alzada, el Ayuntamiento de Tobalina interpuso el 16 de noviembre de 2016 recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue desestimado.

11) Frente a esa sentencia desestimatoria, el mencionado Ayuntamiento interpuso entonces recurso de casación.

Partiendo de este relato fáctico, la sentencia censura la resolución del Tribunal de instancia, que califica de incongruente, en cuanto no da una respuesta suficiente a los motivos de impugnación, basados en el argumento de que el Ministerio de Industria había exigido al Ayuntamiento el cumplimiento de determinados requisitos que carecían de apoyatura legal, lo que determina que el requerimiento de subsanación se considere improcedente, y que todas las demás cuestiones planteadas carezcan de relevancia para la resolución del pleito.

2.2

Recurso contencioso-administrativo

2.2.1

Un ente local no está legitimado para impugnar el nombramiento de un director de un Instituto de Enseñanza Secundaria, al carecer de competencias propias en materia de educación, a tenor del artículo 25.2 b) LBRL [STS de 19 de marzo de 2019 (RC 2784/2016)]

La determinación de si concurre o no el presupuesto de la legitimación activa en la parte que decide interponer un recurso ante los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, sigue sustentando una intensa controversia en el foro, que obedece tanto al enorme casuismo que observamos se produce en la aplicación de este requisito procesal, como a que no se ha perfilado una línea jurisprudencial lo suficientemente precisa al respecto, que permita esclarecer las dudas interpretativas que se plantean (*vid.* José Manuel BANDRÉS, *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

La interpretación de la noción de interés legítimo, a que se refiere el artículo 19.1 a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como título legitimador para entablar acciones en nuestra jurisdicción, provoca una intensa polémica en los ámbitos académicos y judiciales.

Una interpretación coherente y armónica del concepto de legitimación a que alude la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, debía propiciar la adopción del criterio jurisprudencial dominante, en el sentido de considerar que toda persona que haya sido lesionada en sus derechos o intereses legítimos está legitimada para impugnar los actos de la Administración pública, bastando para ello que de las alegaciones formuladas por el recurrente se deduzca que la violación de sus derechos parezca posible.

Conforme a esta directriz jurisprudencial, solo podría negarse la legitimación activa si resulta de modo manifiesto e inequívoco que no existen o no podrían reconocerse en el proceso los derechos que invoca.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2019 (RC 2784/2016; ponente PERELLÓ DOMÉNECH), se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Benamocarra, al apreciar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía impugnada no había infringido el artículo 19 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Adminis-

trativa, al negar la legitimación activa de dicho Ayuntamiento para impugnar una resolución de la Delegación Provincial de Málaga de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se nombra director y encargado de estudios de un instituto ubicado en el municipio.

La tesis sustentada por el letrado defensor del Ayuntamiento se centraba en que dicho Ayuntamiento estaba investido de una especial relación con el objeto del proceso, en cuanto que era titular del Instituto de Enseñanza Secundaria, y ante la concurrencia de un proceso penal dirigido contra el designado, debía velar por que no se produjeran actuaciones irregulares por quien asumiera la gestión del centro educativo, ejerciendo, en consecuencia, competencias de su titularidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen local.

La sentencia del Tribunal Supremo recuerda la doctrina formulada sobre la legitimación en su sentencia de 28 de enero de 2019 (RC 4580/2017; ponente CÓRDOBA CASTROVERDE), en que dijimos:

[...]

Para apreciar el requisito de la legitimación en una determinada persona física o jurídica, es preciso, salvo en los excepcionales supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de una acción pública, que exista un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. Así, la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, “implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto”. SSTs de 13 de diciembre de 2005 (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (recurso 391/2010).

En suma, la jurisprudencia existente define el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, como “la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta”.

Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 24 de

mayo de 2006 (recurso 957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004), por lo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, sino que habrá de indagarse en cada caso la presencia del interés legítimo de la parte, a cuyo fin sirve el proceso.

Partiendo de estas directrices hermenéuticas, el Tribunal Supremo considera correcto el pronunciamiento del Tribunal de instancia, que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo al apreciar la falta de legitimación del Ayuntamiento de Benamocarra, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

[...]

En primer lugar, compartimos el razonamiento de la Sala de instancia que, en el fundamento jurídico tercero de su sentencia –antes transcrito– razona sobre la insuficiencia del título esgrimido para el reconocimiento de la legitimación que aquí se reivindica. Así, al apreciar la causa de inadmisibilidad objetada por las partes demandadas, razona la sala que el Ayuntamiento de Benamocarra carece de legitimación por no ser “titular público promotor” del centro educativo de referencia. En sede casacional, la corporación recurrente se limita a insistir en su legitimación para recurrir, pero en modo alguno desvirtúa la afirmación de la sala de instancia acerca de que de la sola participación del Ayuntamiento a través de un convenio en el centro de enseñanza no se desprende una competencia propia o una competencia de supervisión en los nombramientos controvertidos cuya designación se atribuye a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Y es que, en efecto, el apartado n) del artículo 25. 2 LBRL, atribuye a los ayuntamientos la participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la Administración educativa en la creación y sostenimiento de centros docentes públicos así como la intervención en sus órganos de gestión, y la D.A. del Decreto 59/2007, de 3 de marzo, que se refiere al “titular público promotor” de conformidad con la D. Final 2.^a de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, atribuyen al Ayuntamiento –que no ostenta dicha condición– una competencia específica relacionada con el nombramiento objeto del procedimiento, siendo así que la norma que regula la materia, la aludida Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Educación (LODE), asigna la competencia de nombramiento y cese de los cargos dirección de los centros educativos a la Comunidad Autónoma correspondiente.

En segundo término, tampoco se acredita que la estimación del recurso podría implicar un beneficio a la corporación local que podría repercutir o incidir de forma directa o indirecta en su esfera jurídica de intereses. Ciertamente, la entidad recurrente aduce en el motivo casacional la tramitación de unas diligencias penales (Diligencias Previas 7310/2011) sobre los nombramientos controvertidos, afirmando que en tales actuaciones se constatan una serie de graves irregularidades en el nombramiento cuestionado y razona que al negar legitimación al Ayuntamiento, los nombramientos litigiosos quedan “extramuros del control judicial”, sin reconocer el interés legítimo a que se respete el principio de legalidad en un centro de titularidad, “sin que sea dado abrigar conductas irregulares por quien asume su gestión”.

Tampoco esta alegación puede ser acogida, pues con independencia de la actuación penal y las consideraciones vertidas por el Juzgado de Instrucción en el Auto invocado –que acuerda el archivo de las diligencias– es lo cierto que tal circunstancia no fundamenta la legitimación que se reclama. La ley de la Jurisdicción reconoce la legitimación a los interesados en los términos del apartado 1.º del artículo 19, al que hemos de ceñirnos, y desde esta perspectiva, no concurre en el Ayuntamiento un interés propio en el nombramiento de director o jefe de estudios del centro educativo y de prosperar la pretensión de revisión de oficio de los nombramientos litigiosos, no reportaría ningún beneficio o ventaja para sus intereses o competencias propias definidas en la ley, de modo que no se observa un interés específico imprescindible para la viabilidad del proceso.

El Tribunal Supremo fija su doctrina sobre la interpretación del artículo 19 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, en los siguientes términos:

[...] la legitimación activa es la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas, y las Administraciones públicas, para actuar como parte demandante en un determinado proceso, que se vincula a la relación que media entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. La defensa de los derechos e intereses, en el recurso contencioso administrativo, es, por tanto, cualificada, pues no basta con que se discrepe de un acto administrativo, o considere que el mismo no es conforme a derecho, para proceder a su impugnación ante los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional. Es necesario que medie una concreta y determinada relación entre el sujeto promotor del recurso y el objeto del

proceso, que no concurre en este caso, en el que no se advierte un beneficio concreto para el Ayuntamiento recurrente derivado de un eventual pronunciamiento favorable, como hemos indicado.

2.2.2

La vía del artículo 29 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es idónea para que un ayuntamiento inste de la comunidad autónoma el cumplimiento de un convenio interadministrativo [STS de 18 de febrero de 2019 (RCA 3509/2017)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2019 (RC 3509/2017; ponente ESPÍN TEMPLADO) fija la siguiente doctrina jurisprudencial acerca del alcance del cauce procesal previsto en el artículo 29.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para fiscalizar la inefectividad de la Administración en realizar una prestación a la que está obligada en virtud de una disposición general, un acto o un convenio administrativo.

La acción prevista en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional por inactividad administrativa, no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas.

Con base en este criterio interpretativo que fija la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, y se desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento de Fuente Obejuna frente a la inactividad del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, en relación con los convenios de colaboración específicos suscritos el 1 de diciembre de 2010 por dicho Instituto y la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía, para la ejecución de sendos proyectos de infraestructuras complementarias de instalaciones eléctricas del polígono “El Blanquillo” y de mejora de instalaciones de telecomunicaciones en Fuente Obejuna.

El Tribunal Supremo delimita la controversia jurídica planteada en casación partiendo de los antecedentes de hecho que resultaban relevantes, con-

sistentes en la acción establecida por el Ayuntamiento de Fuente Obejuna para que se condenara al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras a que culminase la tramitación y firma de dos adendas, que modificaban los plazos de ejecución y justificación de las actuaciones previstas financiadas en los convenios suscritos entre dicho Instituto y la Junta de Andalucía, en los siguientes términos:

[...] El debate en casación versa en torno a si la falta de firma, por la autoridad competente, de las adendas a los convenios, en aquellos supuestos en los que se ha culminado el procedimiento administrativo previo con el parecer favorable de los órganos técnicos informantes, constituye un supuesto de inactividad administrativa, exigible al amparo del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional. En definitiva, se trata de determinar, tal y como señala el Auto de admisión de este recurso de casación, si nos encontramos ante un supuesto de inactividad material de la Administración, o debe entenderse, por el contrario, que la falta de firma de estas adendas implica la desestimación de la modificación, que habrá de recurrirse por vía del silencio administrativo, con su correspondiente régimen de recursos y plazos de interposición.

La tesis que propugnaba el Abogado del Estado, impugnando la sentencia de la Audiencia Nacional, se fundaba en el argumento de que “la firma, por parte del Presidente del IRMC, de una adenda por la que se modifica un convenio previamente suscrito no tiene la consideración de una mera actuación material, sino que debe considerarse un nuevo acto administrativo con un contenido sustantivo en cuanto modifica las condiciones de concesión de la subvención. A juicio del representante del Estado, la falta de firma de la modificación del convenio, por parte del órgano competente, no puede considerarse una simple inactividad administrativa, cuyo cumplimiento puede ser exigido a los tribunales por la vía del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción. La falta de firma de las modificaciones del convenio, en el plazo establecido, puede entenderse como la desestimación por silencio de la modificación del convenio que puede ser combatida en sede contencioso-administrativa, pero no puede ser considerada como una actuación debida que pueda ser exigida como una inactividad de la Administración”.

La sentencia del Tribunal Supremo considera que en este supuesto no concurre el presupuesto exigido por el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, de una inactividad administrativa exigible por ese cauce procesal, siguiendo la doctrina formulada en precedentes resoluciones, en la medida en que entiende que la firma del convenio exigida ante la Audiencia Nacional es el acto de determinación de las condiciones de la subvención, condiciones que para

ser modificadas requieren el acuerdo de las partes intervinientes en el convenio; así lo establecía también la cláusula quinta del convenio: “[...] podrá ser ampliado por las entidades firmantes, previa petición de la comisión de cooperación prevista en el protocolo de colaboración”.

El Tribunal Supremo sostiene, al respecto, que “la modificación de las condiciones de cumplimiento y ejecución de un convenio no es un aspecto accesorio o intrascendente sino uno de los elementos sustantivos del mismo, a los que se deben sujetar las partes firmantes y que condiciona el cumplimiento de las prestaciones financiadas. El plazo previsto en el convenio para su ejecución no fue cumplido por algunos de los ayuntamientos firmantes y su posible ampliación estaba prevista en el clausulado pero condicionada a que así lo acordasen las entidades firmantes, como no podía ser de otra forma, y siempre que concurriese ‘alguna circunstancia sobrevenida así lo aconseje y formalizándose a tal efecto’. Es más, en la medida en que el pago estaba condicionado a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio, se establecía que, si ‘dicha ampliación de plazo supusiera modificación de la distribución del gasto en anualidades, será sometida a los preceptivos actos de fiscalización y aprobación’. En definitiva, la modificación de los plazos de ejecución del convenio no era un acto debido y exigía no solo una tramitación, con los correspondientes informes, sino también y en último término la decisión de los órganos competentes para ello, entre ellos el Presidente del Instituto a cuyo cargo corría la subvención”.

2.2.3

La Administración condenada a la demolición de una construcción ilegal debe prestar garantía suficiente para responder del pago de eventuales reclamaciones, sin que sea precisa, a tal efecto, la tramitación de un procedimiento contradictorio [STS de 22 de enero de 2019 (RC 2048/2017)]

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2019 (RC 2048/2017; ponente TRILLO ALONSO) fija la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción contenida en el artículo 108.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone que “el Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de

garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

El Tribunal Supremo efectúa, al respecto, el siguiente pronunciamiento:

1.º) el artículo 108.3 LJCA no impide la ejecución de sentencias; 2.º) tampoco constituye causa alguna de inejecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 LJCA; y 3.º) no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente, pudiera suceder esto si prosperase el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 LJCA impide la ejecución de sentencias).

La controversia jurídica planteada en este recurso de casación había sido delimitada por el precedente Auto de Admisión dictado por la Sección Primera, que había declarado que consistía en dilucidar “si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal”.

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria, confirmando el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que, a su vez, avaló la resolución del Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, que, en un incidente de ejecución de sentencia, había requerido al Ayuntamiento de Argoños para que, en cumplimiento del art. 108.3 LJ, procediera a constituir garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a tercero de buena fe como consecuencia de la responsabilidad patrimonial en que pudiera incurrir, derivada de la demolición que se haga efectiva en este procedimiento.

Se ordenaba en el Auto, a tal efecto, que, si no estuvieran constituidas, deberá iniciar los trámites precisos para ello e informar cada 15 días de los mismos, con indicación de las cantidades calculadas a tal fin, personas afectadas, modalidades de garantía a prestar y procedimientos presupuestarios dirigidos a hacer posibles estas garantías, con apercibimiento de que, en caso de incumplir esta obligación, podrán imponerse multas coercitivas y deducir testimonio de particulares para proceder por delito de desobediencia.

El Tribunal Supremo sigue la doctrina jurisprudencial formulada en precedentes sentencias –sin necesidad de aclararla o alterarla–, que había declarado

que, “de acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo”.

Se subraya que la exigencia de prestación de garantía suficiente “se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional”.

2.3

Gobierno local: Estatuto jurídico de los electos locales y de los vecinos miembros de órganos de participación ciudadana

2.3.1

La causa de inelegibilidad e incompatibilidad contenida en el artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se aplica a los condenados por delitos contra la Administración pública cuando se haya impuesto la pena de inhabilitación especial de suspensión para empleo o cargo público, cualquiera que sea el ámbito de los empleos o cargos públicos a que se refiera, y aunque la sentencia no sea firme [STS de 1 de abril de 2019 (RC 5590/2017)]

La relevancia de la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2019 (RC 5590/2017; ponente PICO LORENZO) reside en que realiza una interpretación extensiva del artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Estatal General, basada en los principios de dignidad e integridad ética que resultan aplicables a quienes aspiren a desempeñar un cargo público representativo.

El Tribunal Supremo debía pronunciarse sobre el alcance del artículo 6.2 b) de la LOREG, que establece que “los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”, en relación con el artículo 6.2 c) del citado texto legal.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo se efectúa a propósito del enjuiciamiento revisor de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había estimado el recurso de apelación formulado contra una sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que había revocado el Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura, que declaró la incompatibilidad de Domingo González para el cargo de consejero del Cabildo como consecuencia de haber sido condenado por el Juzgado de lo Penal del Puerto del Rosario, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, a la pena de inhabilitación especial para el cargo público de alcalde, y para cualquier otro cargo de naturaleza electiva y de ámbito local que implique una participación en el Gobierno municipal durante nueve años.

La sentencia parte, como premisa, de la transcripción de los preceptos de la LOREG, que debe interpretar con el objeto de fijar jurisprudencia:

[...] Tras la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por la LO 3/2011, de 30 de enero su artículo 6.2 b) expresa:

2. Son inelegibles:

(..)

b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

Y el apartado 4 señala: “Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad (...)”.

El apartado 4 del art. 6 se encontraba en el origen de la Proposición de Ley Orgánica presentada por los Grupos Popular y Socialista de modificación de la LOREG 5/1985, de 19 de junio, publicada en el BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 22 de octubre de 2011.

La sentencia, tras analizar la naturaleza jurídica del cargo de consejero del Cabildo Insular, a la luz de la regulación contenida en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de Canarias, y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, formulada en relación con la equivalencia de las funciones del alcalde y consejero del Cabildo Insular, sostiene que el Acuerdo del Cabildo de Fuerteventura, que acordó la incompatibilidad del recurrente en la instancia, no infringe el derecho de participación política consagrado en el artículo 23 de la Constitución.

El Tribunal Supremo no comparte la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sobre la ilegalidad del Acuerdo del Cabildo de Fuerteventura, porque, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, considera que en un Estado democrático es exigible, a todos los cargos electos que ejercen funciones públicas, “ejemplaridad social”, en la medida en que actúan en representación de los ciudadanos.

La referencia en la sentencia al marco jurídico europeo resulta particularmente significativa para comprender el contexto en que deben interpretarse las causas de inelegibilidad e incompatibilidad previstas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: “Lo dicho por el Tribunal Constitucional no es cuestión novedosa en nuestro marco jurídico europeo y su herencia cultural. Si bien los regímenes de los Estados miembros de la Unión Europea sobre inelegibilidad reflejan tradiciones jurídicas distintas suelen coincidir en que una condena penal inhabilita para ocupar un cargo público. Incluso, en algún Estado haber incurrido en quiebra o ser indigno de ocupar un cargo público por otro motivo también es causa de inelegibilidad. En Dinamarca, una persona no puede ser elegible si ha sido condenada por realizar actos que según la opinión general la hagan indigna de pertenecer al Parlamento Europeo o al *Folketing*, Parlamento danés (www Comisión Europea)”.

Con estas bases hermenéuticas, el Tribunal Supremo formula la siguiente doctrina:

[...]

i) *Que no lesiona el art. 23. CE la declaración de incompatibilidad de D. Domingo para el cargo de consejero del Cabildo de Fuerteventura.*

ii) *Que la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el art. 6.2 b) en relación con el art. 6.4. de la LOREG debe ser entendida en el sentido de que afecta a los condenados por los delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración pública o contra las instituciones del Estado, cuando la sentencia, aunque no sea firme, haya impuesto la pena de inhabilitación especial o de*

suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena.

Frente a una interpretación literalista de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad contempladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, la sentencia del Tribunal Supremo efectúa una interpretación teleológica de los preceptos analizados con la finalidad de preservar los postulados inherentes a la moral pública, que impide que ejerzan cargos públicos aquellos que hayan sido condenados por violentar gravemente el orden jurídico.

2.3.2

El ejercicio del cargo de vocal-vecino de la junta de distrito de un ayuntamiento es compatible con la condición de funcionario público [STS de 2 de octubre de 2018 (RC 509/2017)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2018 (RC 509/2017; ponente MENÉNDEZ PÉREZ) fija doctrina legal en relación con la interpretación del artículo 5.1 b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que, por excepción, permite a ese personal compatibilizar sus actividades con el desempeño de “cargo electivo” de miembro de una corporación local, salvo que este sea un cargo retribuido en régimen de dedicación exclusiva.

La sentencia tiene indudable interés, en cuanto que analiza el régimen jurídico de los miembros componentes de órganos complementarios de participación ciudadana que forman parte de la organización política y administrativa municipal.

La controversia jurídica planteada ante el Tribunal Supremo consistía en determinar si era conforme a derecho –tal como había declarado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional– la resolución de la directora de la Oficina de Conflictos de Intereses (en uso de las atribuciones delegadas por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas) que denegó a un funcionario, que prestaba sus servicios en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, la compatibilidad para el desempeño de su actividad pública principal como funcionario estatal con la actividad pública secundaria de vocal-vecino de la Junta de Distrito del Retiro del Ayuntamiento de Madrid.

El Tribunal Supremo fija, al respecto, la siguiente doctrina legal:

[...]

Primera. El cargo de vocal vecino de la junta municipal de cualquiera de los distritos del Ayuntamiento de Madrid, sí está

comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, cuando su propuesta y nombramiento se ajusta a lo dispuesto en el Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 7, de 10 de enero de 2005.

Segunda. En tal caso, el vocal vecino ha de considerarse miembro de la corporación local a los efectos de aplicar la excepción prevista en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Para llegar a esta conclusión, con carácter prioritario, analiza la sentencia la naturaleza jurídica de los distritos del Ayuntamiento de Madrid, sosteniendo que son divisiones territoriales del municipio dotadas, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión de todo él, de órganos de gestión desconcentrada, creados como instrumento esencial para el logro de un doble fin: la aplicación y desarrollo de políticas municipales de proximidad, orientadas como tales a la corrección de los desequilibrios y a la representación de los intereses de los diversos barrios del municipio; y la efectiva, inmediata, regular y constante participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local. No son, pues, órganos de estricto quehacer administrativo, sino también, y más allá de ello, de adopción de decisiones de gobierno en su ámbito territorial, sujetas al control jurídico y político por el Pleno de la Corporación.

Asimismo, se precisa cuál es la naturaleza jurídica de la junta municipal de distrito, afirmando que se trata, conforme a lo dispuesto en la normativa municipal (art. 4 del Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid), de un órgano colegiado de representación político-vecinal, en el que, junto a cargos electivos, se articula la participación ciudadana a través de los vocales vecinos.

Y, partiendo de estas premisas, se desvela cuál es la condición jurídica de los vocales-vecinos integrados en ese órgano junto a miembros electos de la Corporación:

[...] Son cargos públicos representativos, pues: a) son designados para intervenir directamente en la toma de decisiones políticas; b) participan en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente; c) su participación es, así, no de cualquier índole, sino política; y d) el origen y causa de la propuesta y nombramiento de cada uno de los vocales-vecinos conecta y está ligado a los resultados de un sufragio universal, cual es el de la elección de

los concejales del Ayuntamiento; aspecto, este, que requiere unas reflexiones complementarias, que hacemos a continuación:

Cierto es que se trata de una “elección” indirecta o de segundo grado. Pero ello, aunque se aparte de la regla general con que se concibe el sufragio —directo—, no resulta prohibido por el texto constitucional, que contempla, como ya hemos dicho, mecanismos de elección indirecta o de segundo grado; ni, en concreto, por el tenor del art. 23 del mismo, que no añade al término universal esa nota de que el sufragio haya de ser directo. Además, aquella, la “elección” o, con más acierto, “designación”, no deja de guardar la necesaria correlación o correspondencia con la voluntad del elector expresada en las urnas, pues la propuesta y el nombramiento han de hacerse respetando los resultados electorales, de forma tal que la primera proviene de los grupos políticos que componen la Corporación y en proporción al número de concejales obtenidos en las últimas elecciones municipales, garantizándose, a su vez, la presencia de todos los grupos políticos que hayan obtenido representación en el Pleno del Ayuntamiento. Y, por último, esa concreta forma de “elección” o “designación”, ni es incompatible per se con el principio democrático, dado lo que acabamos de exponer sobre aquella correlación o correspondencia, ni deja de tener, sin perjuicio de otras formas o fórmulas posibles, una lógica correlación con la organización global del gobierno local, en la que tal vez sea necesaria o aconsejable que el deseable favorecimiento de la participación vecinal no dé lugar, en los distritos, a una composición de las diversas ideas o sensibilidades políticas distinta o alejada de la lograda en el Pleno del Ayuntamiento por mor de los resultados electorales.

Por tanto, considera el Tribunal Supremo que la expresión “cargos electivos” que emplea el precepto no tiene una única interpretación posible, que excluya del concepto de cargo electivo a aquel cuya designación sea producto de una elección indirecta o de segundo grado. Al contrario, cabe incluir en ella a este, y debe incluirse en todo caso si se trata de cargos públicos representativos titulares del derecho de participación política que protege el art. 23 de la Constitución, como es el caso.

Esta interpretación flexible de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas favorece la participación de funcionarios públicos en la vida política local, al facilitar su incorporación a órganos descentralizados a través de los cuales se ejerce cooperativamente el poder municipal.

2.4

Competencias municipales: Los ayuntamientos tienen competencias en materia de regulación de las instalaciones de equipos de radiocomunicación para tutelar intereses relativos a la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medio ambiente [STS de 11 de febrero de 2019 (RC 326/2016)]

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2019 (RC 326/2016; ponente HERRERO PINA) aborda el enjuiciamiento de ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de equipos de radiocomunicación, que había dado lugar a fijar una doctrina jurisprudencial oscilante, acerca del alcance de los títulos competenciales del Estado y de los municipios en esta materia.

Tras las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007) y de 8 de julio de 2013 (RC 6089/2011), se abrió paso una línea jurisprudencial que contribuyó a zanjar la controversia competencial, declarando que la competencia exclusiva estatal en el sector de las telecomunicaciones –artículo 149.1.21.^a CE– determina un ámbito propio infranqueable de regulación (y ejecución) sobre el ámbito físico, aun cuando puedan condicionarse otros títulos competenciales, incluso también exclusivos de otras Administraciones.

Se afirmaba que esta competencia exclusiva estatal no puede quedar soslayada o desvirtuada por el ejercicio que se realice por cada una de las autonomías y, previa habilitación legal, por las corporaciones locales, puesto que existe un interés general subyacente en la prestación del servicio de telefonía móvil que ha de preservarse por el Estado, aunque esta competencia exclusiva no supone la regulación íntegra y global del fenómeno, sino que ha de centrarse en los “aspectos propiamente técnicos” o aquellos que los predeterminen. De lo contrario, estaríamos ante una expansión estatal ilegítima de otras competencias autonómicas o locales. Por tanto, tampoco cabe que los ayuntamientos se extiendan en su regulación a cuestiones técnicas, bajo el pretexto de regular “temas urbanísticos, protección del patrimonio histórico-cultural, medio ambiente y salubridad pública”.

En la ulterior sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 (RC 695/2013) se sintetiza la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

[...]

1.º El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones –artículo 149.1.21.^a CE– lo que se circunscribe a los “aspectos propiamente técnicos”. Se está así ante un título competencial sectorial.

2.º *Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.*

3.º *Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio –suelo, subsuelo y vuelo–, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.*

4.º *La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.*

5.º *Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, esta tiene por finalidad que su titular –en esa sentencia, las comunidades autónomas– formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.*

6.º *La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.*

7.º *De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer*

condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

8.º Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.

9.º Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar.

Partiendo de este preciso contexto jurisprudencial, la sentencia analiza los preceptos impugnados de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), reguladora de las condiciones de instalación de equipos de radiocomunicación, en aspectos relativos a la exigencia de uso de la mejor tecnología, a la prohibición de instalar antenas en suelos calificados como urbanizables, o a obligaciones impuestas a las operadoras con carácter adicional o de naturaleza documental, así como la necesidad para prestar el servicio de telecomunicación de contar con una licencia de actividad.

El Tribunal Supremo anula las disposiciones de la Ordenanza, referidas a la utilización de la mejor tecnología, en cuanto estas pretensiones conculcan la competencia del Estado para fijar el nivel tecnológico exigible a las instalaciones de telecomunicaciones.

La sentencia considera conforme a derecho la exigencia de una licencia de utilización o de funcionamiento, por cuanto se refiere al control municipal sobre la utilización de la instalación, conforme a la licencia de obras concedida, cuya competencia tiene atribuida el municipio, de acuerdo al Reglamento de Disciplina Urbanística.

2.5

Convenios interadministrativos: Un ayuntamiento está legitimado para exigir el cumplimiento de un convenio formalizado entre otras Administraciones públicas si resulta beneficiario de la ejecución del mismo [STS de 25 de febrero de 2019 (RC 1071/2016)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2019 (RC 1071/2016; ponente CALVO ROJAS) tiene particular trascendencia, en cuanto refuerza la posición jurídica de un ayuntamiento para exigir el cumplimiento de un convenio formalizado entre dos Administraciones del que no fue parte.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis argumental que había desarrollado el Gobierno de Canarias, con base en los artículos 6 y 8.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto de que el convenio vinculaba únicamente a las Administraciones que lo habían firmado (Cabildo Insular de Gran Canaria y Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias), por lo que el Ayuntamiento de Agüimes no podía exigir su cumplimiento, en cuanto ocupó la posición de un tercero.

La sentencia expone que la controversia que da origen al presente recurso de casación viene referida al primero de los convenios, suscrito entre el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma; pero es indudable la interrelación que existe entre los dos convenios con relación al proyecto del teatro de Agüimes, de manera que, contemplados aquellos de manera conjunta, bien puede asumirse la síntesis que hace la sentencia recurrida, respecto de que para ejecutar el teatro de Agüimes tres Administraciones se ofrecieron a colaborar en la financiación: el Ayuntamiento de la localidad, el Cabildo Insular y la Comunidad Autónoma. El presente recurso versa sobre los 1 420 192 € que la Comunidad Autónoma se comprometió a abonar al Ayuntamiento de Agüimes, y el papel que el Cabildo asumió: transferirlos al citado Ayuntamiento, una vez recibiese de la Comunidad Autónoma el citado capital.

El Tribunal Supremo mantiene que, aunque el Ayuntamiento de Agüimes no es formalmente parte en el convenio que suscribieron el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma, es indudable que es interesado y beneficiario de dicho convenio. Además, en virtud de lo acordado en el segundo convenio —entre el Cabildo y el Ayuntamiento—, era necesario el concurso del Ayuntamiento de Agüimes para que el primer convenio pudiese tener cumplimiento, pues el Ayuntamiento debía emitir y enviar al Cabildo las certificaciones que luego el Cabildo debía reenviar a la Comunidad para que esta abonase las cantidades correspondientes.

Conforme a los razonamientos expuestos, la sentencia concluye que no es cierto que en el convenio que suscribieron el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma sea el Ayuntamiento un simple tercero ajeno a lo que allí se estipula. Y no cabe aceptar la afirmación que hace la representación del Gobierno de Canarias de que ese convenio de fecha 29 de octubre de 2002 no contiene estipulación alguna a favor del Ayuntamiento de Agüimes, pues, como acabamos de señalar, la ejecución de la obra teatro de Agüimes era precisamente uno de los proyectos a cuya financiación se comprometía la Comunidad Autónoma en ese convenio.

2.6

Actividad económica: La Administración autonómica no puede revocar injustificadamente la declaración de zona de gran afluencia turística de un municipio, a efectos de aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3505/2017)]

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 (RC 2858/2017; ponente ESPÍN TEMPLADO) se fijó la siguiente doctrina, respecto de la interpretación del artículo 5.4 de la Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales:

[...]

De conformidad con las razones expuestas en el anterior fundamento, el apartado 4 del artículo 5 de la Ley de Horarios Comerciales ha de interpretarse en el sentido de que la concurrencia de alguna de las circunstancias que se enumeran en las letras del apartado son suficientes por sí mismas para la declaración de zona de gran afluencia turística cuando lo solicite un ayuntamiento, según dispone el párrafo primero de dicho apartado. Asimismo, el precepto debe entenderse en el sentido de que una vez efectuada la declaración de un municipio o parte del mismo como zona de gran afluencia turística, dicha declaración solo puede ser revocada en caso de que tal circunstancia desaparezca o de que así lo solicite el Ayuntamiento.

Ha de tenerse en cuenta, además, que las circunstancias enumeradas en las letras comprendidas en el apartado son de diversa naturaleza, de forma que mientras que algunas se limitan a la constatación de un hecho incontrovertible (que una localidad haya sido

declarada patrimonio de la humanidad), otras requieren la apreciación y justificación motivada de la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho. Ahora bien, de concurrir estas circunstancias, la declaración de zona de gran afluencia turística es obligada en caso de solicitarlo el ayuntamiento correspondiente, tal como prevé el párrafo primero del apartado 4 del artículo 5.

El interés de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (RC 3505/2017; ponente CALVO ROJAS) reside en que se delimita restrictivamente el margen de apreciación de que goza la Administración de la Comunidad Autónoma para declarar o revocar la consideración de un municipio como zona de gran afluencia turística, a los efectos de aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

La sentencia del Tribunal Supremo ratifica la doctrina jurisprudencial formulada en la precedente sentencia de 17 de febrero de 2017, confirmando, en relación con el municipio de Cáceres, el criterio de que los distintos supuestos que enunciara el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales tienen entidad propia, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo hace procedente, si así lo promoviere el ayuntamiento correspondiente, su consideración como zona de gran afluencia turística.

Pero el Tribunal Supremo, enjuiciando en el recurso de casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Badajoz contra la resolución de la Consejería de Economía de la Junta de Extremadura, por la que se revoca la anterior resolución que había declarado al referido municipio de Badajoz zona de gran afluencia turística, considera que la Administración autonómica se ha extralimitado, puesto que, perdurando la concurrencia del presupuesto de hecho de que constituye “área de influencia de zona fronteriza”, no cabía revocar la resolución precedente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 delimita con claridad el distinto margen de apreciación que tiene la Administración autonómica, a los efectos de resolver los expedientes de declaración de zona de gran afluencia turística:

[...]

Partiendo de esa interpretación, y centrándonos ahora en las razones que determinaron la declaración de Badajoz como zona de gran afluencia turística, cabe admitir que la consideración de que ese municipio constituye un área cuyo principal atractivo es el turismo de compras comporta un margen de apreciación, pues se trata de una circunstancia susceptible de ponderación y de gra-

duación, y, también, variable a lo largo del tiempo. En cambio, el margen de apreciación es escaso, por no decir ninguno, en lo que se refiere al hecho de que el municipio de Badajoz limita o constituye un “área de influencia de zona fronteriza”, pues se alude aquí a una circunstancia fáctica (geográfica) sustraída al ámbito valorativo de la Administración autonómica y en la que, en todo caso, no se ha producido en los últimos años modificación alguna que justifique un cambio de parecer de la Administración en este punto.

Así las cosas, la resolución revocatoria impugnada y la sentencia que la ratifica no cuestionan –difícilmente podrían hacerlo– que Badajoz continúe estando en un “área de influencia de zona fronteriza”. Tanto la resolución administrativa como la sentencia de instancia invocan el informe emitido con fecha 14 de marzo de 2016 por la Dirección General de Turismo en el que se viene a indicar que la declaración del municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística no ha supuesto un mayor volumen de ventas ni de contrataciones para el comercio extremeño. Ello significa que la revocación se sustenta en una reconsideración sobre la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 5.4.f/ de la Ley estatal 1/2004 y en el artículo 32.1.e/ de la Ley autonómica 3/2002, de 9 de mayo.

Ahora bien, cualquiera que sea la relevancia y virtualidad que se atribuyan al citado informe la Dirección General de Turismo, resulta incuestionable en el caso de Badajoz la pervivencia de al menos una de las razones que en su día determinaron la declaración de zona de gran afluencia turística, esto es, la prevista en el artículo 5.4.c/ de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales (“... Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronteriza”). Tal constatación es por sí misma suficiente para concluir que la revocación de aquella declaración es contraria a derecho. A tal efecto es obligado recordar que los supuestos que enumera el artículo 5.4 de la Ley 1/2004 operan de manera autónoma, bastando la concurrencia de uno cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo para que, si así lo promueve el ayuntamiento correspondiente, resulte procedente su consideración como zona de gran afluencia turística; sin que tal consideración pueda ser revocada ni cuestionada a base de negar o relativizar la pervivencia de otra de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para emitir la declaración, pues, como decimos, los distintos apartados del artículo 5.4 operan de manera independiente.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (RC 4965/2017; ponente BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT) se consigna la doctrina del Tribunal Constitucional formulada en relación con el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, estableciendo los límites respecto de lo que las comunidades autónomas pueden hacer en este ámbito, en los siguientes términos:

[...]

Cabe poner de relieve que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 25/2017, de 16 de febrero, se ha pronunciado, siguiendo los criterios expuestos en sentencias precedentes (SSTC 156/2015, 195/2016 y 214/2016), respecto del alcance del contenido prescriptivo del artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, precisando que a las comunidades autónomas les corresponde, en el ejercicio de sus competencias en materia de horarios comerciales, con observancia del marco regulatorio establecido por el legislador estatal, la facultad de declarar Zona de Gran Afluencia Turística cuando aprecie que se cumplen los requisitos previstos en dicha disposición legal.

Se afirma en esta sentencia constitucional que lo que la comunidad autónoma no puede hacer, sin detrimento de la eficacia de la normativa básica, es regular un régimen alternativo y diferente que presenta un grado escaso si no nulo, de integración con las bases, al dejar la delimitación de zonas de gran afluencia turística que vienen impuestas como consecuencia obligada de la aplicación de los criterios mínimos establecidos por el artículo 5.4 y 5 de la Ley 1/2004, en manos de la decisión discrecional de la comunidad autónoma, con el resultado de restringir considerablemente el régimen de plena libertad horaria comercial que ha dispuesto el legislador básico estatal en el artículo 5.1 de la Ley 1/2004:

“[...] La STC 195/2016, FJ 5 a), ha reiterado que el art. 5.4 de la Ley 1/2004 recoge condiciones mínimas y comunes, establece ‘un minimum sobre el que la comunidad autónoma puede establecer una normativa adicional en el ejercicio de sus competencias ... añadiendo otras zonas con dicha calificación, haciendo uso de la circunstancia contenida en la letra g) del apartado 4 que les permite, no solo determinar las que deban considerarse como tales, teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en las letras a) a f) del apartado 4, sino añadir, también, otras zonas de gran afluencia turística cuando aprecie que concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen’. Recuerda asimismo que son posibles ‘desarrollos

normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, permitan que cada comunidad autónoma pueda establecer sistemas singularizados en materia de apertura de comercios en domingos y festivos y en materia de determinación de las zonas de gran afluencia turística’ (STC 156/2015, FJ 10).

En sentido parecido, el fundamento jurídico 5 b) considera que el régimen del art. 5.5 de la Ley 1/2004, aplicable a los municipios con población superior a 100 000 habitantes, a la vez fija ‘las circunstancias, en forma de umbral de pernoctaciones y de población, que deben tenerse en cuenta para la determinación de las zonas de gran afluencia turística’, y permite que las comunidades autónomas puedan establecer zonas adicionales.

En ambos casos, la comunidad autónoma ha de respetar los mínimos fijados por el legislador básico estatal, a partir de los cuales podrá desplegar su competencia legislativa en la materia y ejercer sus opciones en lo que concierne a la liberalización de los horarios comerciales. En términos de la STC 214/2016, el Estado, ‘en ejercicio de su competencia, con la finalidad de liberalizar los horarios comerciales, ha dispuesto la siguiente ordenación: las comunidades autónomas declararán las zonas de gran afluencia turística en los municipios de su territorio; esa facultad tiene un límite mínimo definido por la norma estatal: en los municipios que cumplan determinados requisitos tendrá que declararse al menos una zona de gran afluencia turística; y tiene también un techo obvio, la declaración de todo el término municipal como tal zona. En otras palabras, las comunidades autónomas son las competentes para regular la libertad horaria ordenada por la norma estatal dentro de los dos criterios fijados por esta. Así pues, es a la comunidad autónoma a quien corresponde la decisión última en el marco diseñado por el legislador estatal’ (FJ 4). Lo que la comunidad autónoma no puede hacer, sin detrimento de la eficacia de la normativa básica, es regular un régimen alternativo y diferente que presenta un grado escaso si no nulo de integración con las bases, al dejar la delimitación de zonas de gran afluencia turística, que vienen impuestas como consecuencia obligada de la aplicación de los criterios mínimos establecidos por el art. 5, 4 y 5 de la Ley 1/2004, en manos de la decisión discrecional de la comunidad autónoma, con el resultado de restringir considerablemente el régimen de plena libertad horaria comercial que ha dispuesto el legislador básico estatal en el art. 5.1 de la Ley 1/2004”.

De ello se infiere, que el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, debe entenderse en el sentido de que obliga a la Administración de la comunidad autónoma competente a declarar Zona de Gran Afluencia Turística cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en dicha disposición legal para establecer la plena libertad de horarios comerciales (existencia de una concurrencia suficientemente significativa de plazas de alojamientos turísticos o que el municipio haya sido declarado Patrimonio Universal de la Humanidad; emplazamiento en zonas fronterizas o próximo a reductos portuarios o áreas declaradas de turismo de compras; celebración de grandes eventos deportivos o culturales), sin que sea necesario ni exigible que entre a analizar o valorar si existe además una demanda turística que justifique la ampliación del horario comercial.

2.7

Función pública: Los ayuntamientos no pueden reconocer a los funcionarios que presten sus servicios el derecho a percibir premios o recompensas con ocasión de su jubilación, en cuanto esta retribución no está prevista en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local

En la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2019 (RC 2717/2016; ponente REQUERO IBÁÑEZ) se aborda nuevamente la cuestión relativa a si los ayuntamientos pueden reconocer a sus funcionarios premios o recompensas por la jubilación, al aprobar el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de su personal.

La sentencia, que resuelve estimatoriamente un recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que había enjuiciado el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, considera que estos premios o recompensas por jubilación no tienen cobertura en las modalidades de retribuciones de los funcionarios públicos locales, establecidas en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y, por ello, declara nula dicha previsión.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo se sustenta en los propios precedentes de la Sala, que había descartado que los premios de jubilación pudieran considerarse como ayuda social, en la medida en que no responde a

ninguna contingencia o infortunio sobrevenido, sino simplemente a la extinción de la relación funcional:

[...]

3.º En cambio –sigue diciendo la sentencia que ahora se invoca de 20 de marzo de 2018 (recurso de casación 2747/2015)– esta Sala *“ha hecho pronunciamientos expresamente dirigidos a los premios de jubilación y ha señalado que no son conformes a derecho” porque infringen la disposición adicional cuarta del TRRL y la disposición final segunda de la LRBRL; además no se pueden amparar en el artículo 34 de la Ley 30/1984 porque no atienden a los supuestos allí previstos porque no son retribuciones contempladas en la regulación legal, ni un complemento retributivo de los definidos en el artículo 5 del Real Decreto 861/1984 y tampoco se ajustan a las determinaciones del artículo 93 de la LRBRL (cf. sentencia de 9 de septiembre de 2010, recurso de casación 3565/2007, con remisión a las sentencias que cita).*

4.º Pues bien en el caso que enjuició la sentencia 20 de marzo de 2018 (recurso de casación 2747/2015) –referido al Ayuntamiento de Icod de los Vinos– esta Sala ha advertido la naturaleza retributiva del premio allí cuestionado pues no respondía *“a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales –esto es, determinantes de una situación de desigualdad– sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento sino común a toda la función pública, una gratificación”*.

[...] Lo expuesto es aplicable al caso de autos pues el artículo 12.B se limita a reconocer *“el derecho a percibir una recompensa de jubilación de 5 mensualidades íntegras, siempre que cuenten con más de diez años de servicios prestados a este Ayuntamiento o Administración pública”*. En efecto, aunque dicho precepto se ubica en el Capítulo IV cuya rúbrica es *“acción social”*, lo cierto es que de lo convenido se deduce, conforme a lo dicho por esta Sala en la sentencia antes glosada, que no compensa una circunstancia sobrevenida propia de las que se atienden acudiendo a medidas asistenciales en el sentido antes expuesto, sino que se vincula el

premio o recompensa a un “hecho natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento sino común a toda la función pública, una gratificación”.

La sentencia se muestra menos rigorista en el enjuiciamiento de la previsión contenida en el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de Chiclana de la Frontera, relativo al compromiso adquirido de reconocer flexibilidad horaria a los funcionarios que hubieren cumplido los 62 años, en la medida en que se considera acertado el pronunciamiento del Tribunal de instancia de diferir la eventual ilegalidad de esta disposición convencional a la impugnación de los actos de aplicación:

[...]

En el motivo Segundo la Junta de Andalucía con base en los preceptos citados en el Antecedente de Hecho Cuarto 2.º, impugna la sentencia de instancia en cuanto que confirma el artículo 12.C del Acuerdo según el cual “el Ayuntamiento facilitará una Flexibilidad Horaria a todo el personal que cumpla los 62 años”. Al respecto hay que entender con la recurrente que la sentencia de instancia, en puridad, sí comparte que lo pactado es inconcreto, pero la sentencia salva la legalidad del acuerdo porque difiere el juicio sobre la legalidad de lo pactado al momento en que se apliquen o concreten las consecuencias retributivas de esa flexibilización. El Ayuntamiento recurrido alega frente a este motivo que el artículo 6.1 del Acuerdo no fue impugnado, y en él se remite la fijación de la jornada de trabajo a la normativa vigente, a lo que añade como cuestión de hecho que en 2013 el Ayuntamiento cumplió con las previsiones de los preceptos que se reputan infringidos.

[...] Planteado así el motivo se desestima. En efecto, la sentencia de instancia desestimó en este punto la demanda porque lo pactado se limita a que el Ayuntamiento se compromete a facilitar la flexibilidad horaria, luego no es un pacto ya cerrado que exija más concreción en cuanto a su contenido y alcance por afectar al gasto y al régimen retributivo de los destinatarios, aparte de que tal flexibilidad no significa, per se, reducción horaria. Por tanto, ceñida la impugnación solo a la falta de concreción de los efectos retributivos, que la sentencia impugnada difiera el juicio de legalidad al momento de aplicar ese compromiso, no por ello la sentencia ha infringido la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, por cierto ya derogada por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

3

Epílogo: Los contrastes del nuevo modelo de recurso de casación en la interpretación de las normas jurídicas que inciden en la gobernanza de los entes locales

Un balance, aún provisional, del nuevo modelo de recurso de casación diseñado en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, revela que no se han cumplido todas las expectativas que el legislador y la doctrina científica habían depositado en esta modalidad de recurso extraordinario, instaurado con la finalidad de que el Tribunal Supremo pudiera asegurar la uniformidad de la aplicación judicial del derecho mediante la creación de jurisprudencia vinculante.

Se ha destacado que el nuevo recurso de casación tampoco ha logrado plenamente la función encomendada, en el sentido de que el Alto Tribunal conozca únicamente de aquellos recursos que presenten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, cumpliendo así estrictamente su función nomofiláctica, en relación con aquellos asuntos que tengan una gran transcendencia jurídica para la colectividad en general.

El profesor Francisco LÓPEZ MENUÑO ha analizado el nuevo modelo de recurso de casación incorporado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, poniendo de relieve que el designio de crear una jurisprudencia firme plantea inquietud acerca de la atención que debería prestarse al denominado *ius litigatoris* (vid. Francisco LÓPEZ MENUÑO, “El recurso de casación: ¿Jurisprudencia y/o Justicia?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, septiembre/diciembre 2018, págs. 13 y ss.).

Una de las dificultades estructurales que presenta la aplicación de la regulación del nuevo recurso de casación deriva de la configuración orgánica de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, puesto que es a las secciones de la Sala –y no al Pleno– a quienes se atribuye, con carácter ordinario, la formación de jurisprudencia.

La generalidad o transversalidad de muchas de las contiendas jurídicas que se suscitan ante el Tribunal Supremo por presentar interés casacional objetivo, en el sentido de que las disposiciones que se reputan infringidas pueden ser interpretadas por las distintas secciones de la Sala (*ad exemplum*, las leyes estatales de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), determina que la doctrina jurisprudencial formulada por una sección, en un ámbito material concreto, pueda ser contradictoria con la fijada por otras secciones, lo que promueve

que la doctrina fijada tenga un cierto carácter de provisionalidad, hasta que, en su caso, se pronuncie sobre la cuestión el Pleno de la Sala, dirimiendo las eventuales divergencias [STS 1671/2018, de 27 de noviembre de 2018 (RC 1653/2017)].

Otro elemento que coadyuva a dar una cierta inestabilidad al nuevo modelo de recurso de casación tiene que ver con que, desde la perspectiva subjetiva, todos los ciudadanos y Administraciones públicas que puedan verse afectados por las declaraciones doctrinales formuladas en la sentencia casacional no han tenido oportunidad de participar en la casación, por lo que, a veces, el conocimiento del caso enjuiciado por la Sección correspondiente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resulta limitado, al no incorporarse argumentos al proceso que pueden resultar de gran trascendencia para el enjuiciamiento equitativo del recurso.

Se ha cuestionado también por la doctrina administrativista y por los abogados y letrados defensores de las Administraciones públicas la práctica del Tribunal Supremo en relación con la admisión de los recursos de casación, por su rigorismo y cierta inflexibilidad en la interpretación de los supuestos que presentan interés casacional objetivo, lo que determina que muchas disposiciones del ordenamiento jurídico administrativo queden al margen de la formación de jurisprudencia.

Corregir esos desajustes exige, sin duda, una reflexión de la comunidad jurídica sobre la necesidad de introducir reformas adicionales en la regulación del recurso de casación establecida en la Ley Orgánica 7/2015.

Fortalecer la estructura interna de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, reforzando su Gabinete Técnico y estableciendo un Servicio General de Documentación, nutridos por una formación de letrados especialistas adscritos permanentemente a las Secciones de Enjuiciamiento, constituye un componente esencial para mejorar el rendimiento jurídico de la Sala, con el objetivo de pueda realizarse del mejor modo posible la función de crear doctrina jurisprudencial.

Pero el esfuerzo de mejorar el nuevo modelo de casación en lo contencioso-administrativo requiere del esfuerzo inteligente de todos los actores del proceso.

A los letrados defensores de los entes locales les compete preparar e interponer el recurso de casación de la forma más persuasiva posible desde la perspectiva técnico-jurídica, con el objetivo de contribuir a dar una mejor certidumbre jurídica a la aplicación del derecho regulador del régimen local, lo que redundará en la buena gobernanza de los entes locales, en la medida en que se garantiza que su acción administrativa se enmarque en el respeto debido a las leyes.

Los entes locales no pueden ignorar ni desconocer que, en un sistema democrático, la legitimidad del poder público proviene de cumplir adecuadamente las funciones públicas que constitucionalmente les han sido encomendadas, debiendo, para cumplir este objetivo, acomodar su actividad al imperio de la ley y el derecho.

Por ello, a los entes locales les corresponde garantizar la aplicación de la legalidad en los términos fijados por los pronunciamientos de los tribunales de justicia, asegurando, de este modo, su compromiso activo con los postulados que informan el Estado social y democrático de derecho, para procurar conseguir estándares de calidad de vida acordes con la dignidad humana que afiancen el bienestar de los ciudadanos [vid. Adrián VERMEULE, *La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al Estado administrativo* (traducción: Luciano PAREJO ALFONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018].

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
- En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

Ejemplo:

JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

Ejemplo:

PAREJO ALFONSO, L., “Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.



suscripciones



3 números al año

Suscripciones a través de:

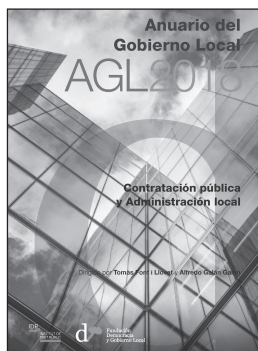
Teléfono: 917 020 414

Mail: fund@gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos
en cualquier modalidad de suscripción, salvo
entregas fuera de España**

QDL
Anual (3 números)
38 €

QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €



Anuario del
Gobierno Local
55 €

Última edición: enero 2019

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Gobierno Local @fundlocal

2m

RT @imdelga: Recién publicado tb el trabajo elaborado con @agusti_cerrillo y E. Guichot, con colaboración d D. Mesón, bajo el au... <https://t.co/XdFc8t3lwK>

[Inicio](#) [La Fundación](#) [Actividades](#) [Publicaciones](#) [Boletín](#) [Biblioteca Digital](#) [Actualidad](#) [Q](#)

Núria Marín,
proclamada nueva
presidenta de la
Diputación de
Barcelona



ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN

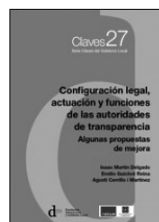


Si deseas conocer las actividades de la Fundación pincha aquí

VER TODAS

VER TODAS

Últimas publicaciones:



18 junio 2019
Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora



16 mayo 2019
Guía del concejal 2019



16 mayo 2019
La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017

QDL51SUMARIO

Estudios

- 12 La regulación del artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: demolición de edificaciones ilegales y garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe · ALFREDO GALÁN GALÁN E IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO
- 60 Concesiones mineras y ordenación urbanística · FERNANDO GARCÍA RUBIO
- 118 Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales · RAMON GALINDO CALDÉS
- 140 Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio: algunas cuestiones problemáticas · JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

Ponencias, crónicas y notas

- 164 Doctrina jurisprudencial sobre mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas: su relación directa con los derechos de libertad de expresión y acceso a los cargos públicos · SANTIAGO MILANS DEL BOSCH
- 188 Dos fórmulas de valoración de las ofertas económicas adecuadas a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público · CARLES ROS ARPA
- 204 La malversación del patrimonio público · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

Jurisprudencia

- 244 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Administración local 2018-2019 · JUAN ANTONIO XIOL RÍOS
- 266 La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referida al ámbito local · JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT

